

AFRANIO CARLOS CAMARGO DANTZGER

**- ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS -
ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

MESTRADO

UNIFIEO - Centro Universitário FIEO

Osasco - 2004

T
D219a
2004

UNIFICADO

- ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS -
ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

AFRANIO CARLOS CAMARGO DANTZGER

**– ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS –
ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

MESTRADO

UNIFIEO – Centro Universitário FIEO

Osasco – 2004

CDU	T
PHA	D219a
	2004
ASS.	Edlin

AFRANIO CARLOS CAMARGO DANTZGER

– ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS –
ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, dentro do projeto Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais, inserido na linha de pesquisa Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais, sob orientação do Prof. Sérgio Seiji Shimura.

UNIFIEO – Centro Universitário FIEO
Osasco – SP
2004



BANCA EXAMINADORA

Agustín Guzmán

Capitán

[Signature]

DEDICATÓRIA

**A Deus, que amo sobre todas as coisas,
por ter me dado o dom da vida.**

**Aos meus pais, pelo carinho que me
oferecem a todo o momento.**

**À minha esposa Claudimaris, luz de
Deus que ilumina minha vida, pela
dedicação e compreensão que lhe são
peculiares.**

AGRADECIMENTOS

Ao Mestre Sérgio Shimura

**Minha estima, consideração e gratidão,
pelo excelente trabalho desenvolvido.**

À Coordenadora do Curso de Mestrado

**Dr^a Anna Cândida da Cunha Ferraz,
pelo exemplo de dedicação ao ensino do
Direito.**

**Aos demais professores do Curso de
Mestrado do UNIFIEO, a minha estima e
consideração.**

RESUMO

A Lei nº 9.514/1997 dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário e, especialmente, insere no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da Alienação Fiduciária sobre bens imóveis como nova garantia aos financiamentos imobiliários, constituindo em favor do credor uma propriedade resolúvel (não definitiva) sobre o imóvel que lhe é dado pelo devedor, para garantir a dívida que este assumiu perante aquele.

Tal propriedade resolúvel sobre o imóvel - aquela que, no próprio título de sua constituição, encerra o princípio que a tem de extinguir uma vez realizada a condição resolutória - foi denominada pelo próprio legislador como fiduciária e se caracteriza pela limitação temporal do domínio do devedor, posto que, satisfeita a sua dívida, o bem, dantes alienado fiduciariamente ao credor, volta ao inteiro domínio do devedor, automaticamente e de forma imediata, com efeitos "*ex tunc*", isto é, retroativo, com a restituição ao "*statu quo ante*", reingressando a coisa ao patrimônio do fiduciante.

Esse novo tipo de garantia tem por finalidade conceder maior segurança ao credor e celeridade na execução de seu crédito, que pode se dar mesmo sem a análise do Poder Judiciário, caso o devedor não cumpra com sua obrigação de efetuar o pagamento da dívida no tempo oportuno e devido.

Na configuração dessa nova modalidade de garantia, adota-se a concepção básica do art. 66 da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto - Lei nº 911/69, que versa sobre a alienação fiduciária de bem móvel, com alguns

aperfeiçoamentos e, obviamente, com as adaptações requeridas pela natureza peculiar da propriedade imobiliária, sobretudo quanto aos aspectos registários.

A Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 dispõe ainda sobre outros assuntos pertinentes aos financiamentos imobiliários, porém, o presente estudo limita-se única e exclusivamente ao que concerne à alienação fiduciária de bens imóveis propriamente dita, procurando abranger os aspectos positivos e negativos dessa nova modalidade de garantia para, ao final, chegar a uma conclusão sobre os benefícios que este novo instituto poderá ou deverá trazer ao mercado financeiro imobiliário.

Ainda, questão de suma importância abordada no estudo diz respeito à constitucionalidade ou não da consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do fiduciário em caso de inadimplemento do fiduciante, em estreito paralelo com a questão levantada quanto à constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66, que permite, em caso de inadimplemento do mutuário que financiou imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação, a expropriação do imóvel financiado, que foi hipotecado ao credor, sem participação do Poder Judiciário.

RIASSUNTO

La legge n° 9514/1997 dispone sullo sistema finanziario immobiliare e specialmente, inserire nel' ordinamento giuridico brasiliano il'istituto della Alienazione fiduciaria sui beni immobili come nuova garanzia ai finanziamenti immobiliari, costituendo in favore dell creditore una proprietà non definitiva sul immobile che gli è dato dall debitore, per garantire il debito che questo ha accettato perante quello.

Tale proprietà *resolutive* sul immobile, che è quella che, nel proprio titolo di sua costituzione liquida il principio che l'ha di estinguere una vece realizzata la condizione che puoi stingerela, aveva stata denominata dal proprio legislatore come fiduciaria, e si caratterizza dalla limitazione temporale del dominio del debitore, posto che soddisfatto il debito, il bene, di prima alienato fiduciarmente al creditore, ritorna al intero dominio del debitore, immediatamente, con effetto "ex tunc", cioè, retroattivo con la restituzione allo "status quo ante", ritornando al patrimonio del debitore.

Questo nuovo tipo di garanzia ha la finalità di concedere maggiore sicurezza all creditore e celerità nel' esecuzione dell suo credito, che puoi stesso si dare senza l' analize dell Potere Giudiciario, caso il debitore non soddisfa la sua obbligazione di effettuare il pagamento del débito nel tempo opportuno e dovuto.

Nella configurazione di questa nuova modalità di garanzia, adottassi la concezione basica del articolo 66 della Legge n° 4728/65, con la redazione data dal Decreto-Legge n° 911/69, che dispone sull' alienazione dell bene mobile, con alcuni perfezionamento, e ovviamente, con l' adattamenti richieste dalla natura peculiare di proprietà immobiliare, soprattutto quanto l' aspetto dell registro.

La Legge n° 9.514, di 20 di novembre de 1997, dispone ancora, sull' altri teme pertinenti agli sussidi immobiliari, però, il presente studio limitasi inca e esclusivamente in que concerne l' alienazione fiduciaria di beni immobili propriamente detto, cercando involgere i aspetti positivi e negativi de questa nuova modalità di garanzia, affinché all finale, attingere una conclusione sull vantaggio che questo nuovo istituto potrà o dovrà portare all nostro mercato finanziario immobiliare.

Ancora, questione di moltissima importanza e che è trattata nel studio, è se è o non costituzionale la consolidazione della proprietà nelle mani del creditore in caso di inadempimento del debitore, in stretto parallelo con la questione alzata quanto la costituzionalità del Decreto-Legge n° 70/66, che autorizza, in caso di inadempimento del mutuatario, che aveva finanziato immobile attraverso del Sistema Finanziario della Habitazione, l'alienazione dell'immobile finanziato, che aveva stato ipotecato al creditore, senza l'analisi del Potere Giudiziario.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
RIASSUNTO.....	viii
INTRODUÇÃO.....	01
1. GENERALIDADES.....	09
2. NEGÓCIO FIDUCIÁRIO.....	13
3. DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.....	19
3.1. Conceito.....	23
3.2. Natureza Jurídica.....	25
3.3. Características.....	29
3.4. Elementos e Requisitos do Contrato.....	30
3.5. Espécies.....	33
4. CONCEITO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL.....	35
4.1. Natureza Jurídica - Propriedade Fiduciária.....	36
4.2. Elementos da Alienação Fiduciária de Bens Imóveis.....	40
4.2.1. Sujeitos.....	41
4.2.2. Objeto.....	42
4.2.3. Forma.....	46
4.2.4. Do fiduciante – Cessão de direitos	51
4.2.5. Do fiduciário – Cessão de crédito	58
4.2.6. Da Extinção da Obrigação	63
4.3. Do pagamento e suas conseqüências.....	63
4.4. Do inadimplemento e suas conseqüências.....	66
4.5. Da insolvência do fiduciante – Da desapropriação do imóvel.....	77
4.6. Peculiaridades da Lei 9.514/97.....	78

4.7. Da incidência ou não do artigo 53 da Lei 8.078/90.....	79
4.8. Da consolidação da propriedade nas mãos do fiduciário – Leilão Extrajudicial - Constitucionalidade.....	89
4.9. A execução extrajudicial e os princípios constitucionais.....	92
4.9.1. Posição contrária ao procedimento executório regulado pelo Decreto - Lei nº 70/66	94
4.9.2. Posição favorável ao procedimento executório regulado pelo Decreto - Lei nº 70/66	100
CONCLUSÕES.....	124
BIBLIOGRAFIA.....	128
ANEXOS.....	134

INTRODUÇÃO

São patentes as dificuldades encontradas pelo Brasil, atualmente, no que diz respeito a sistematizar, desenvolver e solidificar seu mercado imobiliário, sobretudo no âmbito da habitação.

Já desde tempos idos, os problemas surgidos no mercado imobiliário brasileiro são assistidos com temor por todos os que dele dependem, quer a título de investimento, quer a título de aquisição de imóveis para moradia, e mesmo por aqueles que extraem dele, indiretamente, a subsistência.

É fato notório que a construção civil emprega milhares de pessoas, e a importância dela para o país, inclusive no cenário do mercado internacional, é mostrada de modo claro, quando, pela quebra de Construtoras, registra-se o aumento do desemprego, caem as bolsas de valores e fomenta-se o temor dos investidores, que vêem na fragilidade do mercado imobiliário, um perigo iminente que ameaça a estabilidade da economia nacional.

A falta de investimentos é a principal responsável pelo entrave do mercado imobiliário.

Todavia, a carência de investimentos no setor imobiliário deve ser considerada apenas como uma consequência, cuja causa é o grande risco que enfrenta o investidor, de não recuperar o capital que empregou em imóveis, ou de recuperá-lo tão somente depois de muitos anos e, ainda assim, desgastado pela morosidade da Justiça, agravada em demasia pelos artifícios diversos empregados pelos devedores inadimplentes.

A questão crucial é encontrar, então, primeiro, um meio de se garantir ao investidor, a segurança e a rapidez na recuperação de seu crédito.

Para isto, necessário se mostra sistematizar o meio pelo qual ele terá garantida a recuperação do capital investido e não devolvido, espontaneamente, pelo devedor na data aprazada.

Encontrado tal meio, as conseqüências dele advindas não serão outras senão o desenvolvimento rotativo do mercado imobiliário que, com sua solidificação garantirá o benefício almejado aos que dele dependem, quer direta ou indiretamente, e devolverá aos investidores a confiança para investir, certos que estarão da eficiente e rápida recuperação do capital investido.

É sabido que para se recuperar um crédito afigura-se de vital importância a garantia que o credor recebeu quando de sua concessão. É por meio dela que o capital, outrora emprestado, deverá retornar ao credor em caso de inadimplência do devedor.

Portanto, para se ajustar o mercado imobiliário nacional, a primeira coisa a ser feita e que lhe trará, conseqüentemente, investimentos e solidez, é oferecer ao credor 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.

Foi exatamente isto que o legislador procurou alcançar com a elaboração da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, especificamente no que diz respeito à criação, no ordenamento jurídico pátrio, de uma nova modalidade de garantia a empréstimos e financiamentos.

A indigitada lei dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e, especialmente, insere no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da alienação fiduciária sobre bens imóveis como nova garantia aos financiamentos imobiliários, constituindo em favor do credor uma propriedade resolúvel (não definitiva) sobre o imóvel que lhe é dado pelo devedor, para garantir a dívida que este assumiu perante aquele.

Tal propriedade resolúvel sobre o imóvel, que é aquela que, no próprio título de sua constituição encerra o princípio que a tem de extinguir uma vez realizada a condição resolutória, foi denominada pelo próprio legislador como fiduciária, e se caracteriza pela limitação temporal do domínio do devedor, posto que, satisfeita a sua dívida, o bem, antes alienado fiduciariamente ao credor, volta ao inteiro domínio do devedor, automaticamente e de forma imediata, com efeitos "*ex tunc*", isto é, retroativo, reingressando a coisa no patrimônio do fiduciante.

Esse novo tipo de garantia tem por finalidade conceder maior segurança ao credor e celeridade na execução de seu crédito, caso este não seja satisfeito pelo devedor no tempo devido.

É fato incontroverso que as garantias, até então previstas, nem sempre tornam os negócios imobiliários seguros ou ágeis.

A hipoteca, por exemplo, que é também um tipo de garantia dada pelo devedor e representada por um imóvel, que deverá ser constrito e alienado judicialmente para a satisfação do débito em caso de não pagamento da dívida, tem uma execução lenta, entregue ao sabor da delonga dos processos judiciais.

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

Ainda, diferentemente da alienação fiduciária, pela qual há a transferência da propriedade fiduciária ao credor, a hipoteca não transfere a propriedade do bem hipotecado ao credor; antes, esta permanece nas mãos do devedor, que poderá, inclusive, hipotecá-la em outros graus a outros credores, não obstante constar da matrícula imobiliária o registro da garantia hipotecária.

Já a alienação fiduciária de bens imóveis, conforme prevista pela lei em estudo, transfere ao credor a propriedade resolúvel do bem, e lhe garante através de um procedimento extrajudicial, a recuperação rápida e simplificada de seu crédito sem que para isto seja necessária, sequer, a participação do Poder Judiciário.

Assim, quando a hipoteca, instituto milenar de garantia, perdeu a sua credibilidade pela excessiva demora na execução, advinda de problemas processuais ou mesmo institucionais do Poder Judiciário, o espírito criativo buscou outro instituto para substituí-la.

A essência da natureza humana e, conseqüentemente, de toda a sociedade, é o dinamismo das relações vivenciadas pelos seus integrantes que agora, com a globalização, reclama um enquadramento social que implica forçosamente em uma alteração interna em cada país, evidenciando a premente necessidade de que cada país evolua sua forma de interagir não só internamente, mas, sobretudo, que se adapte de modo a atender aos anseios e exigências existentes além fronteiras.

Foi exatamente para acompanhar o dinamismo da vida econômica e social não só na esfera nacional, mas também no âmbito externo, que se projetou e nasceu o arcabouço jurídico da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, fruto de um longo trabalho conjunto do setor privado e do governo, que logrou reunir o melhor da experiência brasileira e internacional na área de financiamento imobiliário¹.

Evidentemente, a necessidade, mãe de todas as invenções, criou um sistema de ampla proteção ao financiador, possibilitando rápida e pronta execução de seu crédito, de forma a estimular o aporte de capital para o financiamento imobiliário.

É infosismável que, para o bom funcionamento do mercado, no interesse da própria coletividade, são essenciais tanto a estabilidade das fontes de captação de recursos, como a rapidez nos processos de recuperação dos créditos.

No tocante a alienação fiduciária sobre bens imóveis, expuseram, os então Ministros do Planejamento e da Fazenda, Antônio Kandir e Pedro Malan:

Essa modalidade de contrato concilia a segurança e celeridade necessárias, superando as formas obsoletas de garantia, que tornam os negócios imobiliários demasiadamente lentos e onerosos, tolhendo o potencial de expansão do setor.²

Segundo ensina Melhim Namem Chalhub³, na configuração dessa nova modalidade de garantia, adota-se a concepção básica do art. 66 da Lei nº 4.728/65⁴, com a redação dada pelo Decreto – Lei nº 911/69, que versa sobre a

¹ **Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor**, publicada pela Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança, p. 05.

² *In*: Exposição de Motivos Interministerial nº 032/MPO-MF, datada de 09 de junho de 1997.

³ **Negócio Fiduciário**, p. 196.

⁴ Lei nº 4.728/65. "Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição, efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

alienação fiduciária de bem móvel, com alguns aperfeiçoamentos, e, obviamente, com as adaptações requeridas pela natureza peculiar da propriedade imobiliária, sobretudo, quanto aos aspectos registrários.

A alienação fiduciária é uma espécie de negócio em que se utiliza a transmissão da propriedade para fins de garantia, como será evidenciado no desenvolvimento do trabalho.

A Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, dispõe ainda sobre outros assuntos pertinentes aos financiamentos imobiliários, porém, o presente estudo deve ater-se única e exclusivamente ao que concerne à alienação fiduciária de bens imóveis propriamente dita, procurando abranger os aspectos positivos e negativos dessa nova modalidade de garantia para, ao final, chegar a uma conclusão sobre os benefícios que este novo instituto poderá ou deverá trazer ao mercado financeiro imobiliário.

Por outro lado, introduzido no nosso ordenamento jurídico este novo instituto, surgem dúvidas e controvérsias que, de alguma forma, poderão dificultar sua assimilação nas relações contratuais.

Um exemplo de assunto interessante, e que tem suscitado debates a seu respeito entre os operadores do mercado imobiliário, é se, quando da resolução do contrato pelo inadimplemento do fiduciante (devedor), incide ou não o disposto no artigo 53 da Lei nº 8.078/90, ou seja, se o fiduciário (credor) é obrigado a devolver àquele, em caso de extinção do contrato de financiamento, os valores das prestações já pagas.

Isto porque, como será visto no decorrer do trabalho, na Alienação Fiduciária de Imóveis, em havendo inadimplência por parte do fiduciante, o imóvel alienado fiduciariamente ao fiduciário, será levado a leilão e arrematado. Então, se aplicável ao caso o artigo 53 da Lei nº 8.078/90, tais valores devem ser, sim, devolvidos ao fiduciante. Se, porém, não se admitir a aplicabilidade de tal texto de lei no caso específico da alienação fiduciária de bens imóveis, tais valores não deverão ser devolvidos.

Outro assunto que pela sua pertinência se mostra extremamente interessante, suscitando também muitos debates a seu respeito, é o relativo à constitucionalidade ou não da consolidação da propriedade fiduciária em nome do fiduciário em caso de inadimplemento do fiduciante, em estreito paralelo com a questão levantada quanto a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66, que permite, em caso de inadimplemento do mutuário que financiou imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação, a expropriação do imóvel financiado, hipotecado ao credor em garantia da dívida, sem o processo perante o Poder Judiciário.

Ademais, há de se deixar anotada a escassez considerável da doutrina e jurisprudência sobre a matéria desta feita abordada, principalmente quanto à questão inerente à alienação fiduciária de imóveis e à constitucionalidade do procedimento de cobrança extrajudicial previsto na Lei nº 9.514/97, que, sendo matéria recente, não foi ainda objeto de julgamento de nossos tribunais, não existindo, então, referência jurisprudencial específica a seu respeito.

Tal fato acabou por forçar a elaboração deste trabalho, tendo como base, além da doutrina encontrada sobre a questão da Constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66 e a efetiva aplicação da Lei nº 9.514/97, grande número de julgados dos

tribunais brasileiros envolvendo a questão referente à execução extrajudicial, aplicável analogicamente à alienação fiduciária de imóveis, bem como vários seminários ministrados por profissionais de direito, já consagrados na área do Direito Imobiliário.

É com o objetivo de fazer transparecer os efeitos da efetiva aplicação da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, bem como a constitucionalidade do procedimento de cobrança extrajudicial por ela regulado, que foi desenvolvido este trabalho, no qual se pretendeu expor o mecanismo de funcionamento do novo instituto e seus efeitos no mercado financeiro imobiliário.

1. GENERALIDADES

A falta de garantia que, em caso de inadimplência, permita uma rápida recuperação do capital emprestado, é o principal obstáculo às aplicações dos investidores no setor imobiliário que, sem terem outro recurso, assistem à perda da liquidez de seu crédito, em face da morosidade dos procedimentos de cobrança judicial.

E mais ainda, além da morosidade dos tais procedimentos de cobrança judicial, não é raro que o credor assista ao detrimento da garantia dada ao seu crédito, em prol dos chamados créditos privilegiados, como os créditos trabalhistas e fiscais, que preferem, por exemplo, ao crédito hipotecário, em caso de falência.

Ou seja, o bem que hoje é dado em hipoteca para garantia de uma determinada dívida, amanhã poderá responder por um crédito trabalhista ou fiscal e, com isto, o credor hipotecário assiste, sem nada poder fazer, a perda da garantia que lhe foi prestada pelo crédito por ele anteriormente concedido.

Como sustenta Melhim Namem Chalhub:

[...] jamais se desenvolveu no Brasil um mercado de créditos imobiliários capaz de atrair as aplicações dos investidores, e isto se deve, fundamentalmente, à excessiva interferência do Estado e à perda de liquidez dos créditos, em razão da delonga dos procedimentos de cobrança judicial. Visando afastar esses obstáculos, principais responsáveis pela fuga dos recursos do setor imobiliário, a Lei nº 9.514/97 cuidou de criar condições que viabilizem a retomada dos investimentos, ao articular mecanismos operacionais inspirados nos mais modernos mercados, em especial o norte-americano, introduzindo profundas modificações no sistema de garantias, a partir da constatação de que 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 (...)

A Lei 9.514/97 estendeu a aplicação da alienação fiduciária aos bens imóveis para suprir essa lacuna, como instrumento que poderá propiciar rápida recomposição de situações de inadimplemento, em prazos compatíveis com os compromissos perante os investidores. Na medida em que se mostre eficaz, essa garantia poderá contribuir para a regularidade dos fluxos financeiros, a partir do desenvolvimento de um mercado secundário capaz de funcionar como permanente fonte geradora de recursos para o financiamento imobiliário.⁵

A perspectiva criada pela inserção da referida lei no ordenamento jurídico pátrio é que, com a sua efetiva aplicação nos negócios imobiliários, haverá melhorias no sofrível setor financeiro, benefícios estes que deverão refletir em outros seguimentos da economia, como afirma Geraldo Beire Simões:

[...] Estas são, em linhas gerais, as futuras normas que irão regular o novo Sistema Financeiro Imobiliário e a Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel.

Verifica-se que o legislador pretende dar largas passadas na questão do financiamento para a compra de imóvel, espanando a atual sistemática que emperra sobremaneira a retomada do imóvel quando não paga a dívida, desestimulando os financiadores e ocasionando déficit habitacional, sem falar que a indústria da construção civil é a maior geradora de empregos diretos e indiretos, notadamente da mão de obra não qualificada, pelo que o problema social do desemprego sofrerá rude golpe quando o novo Sistema de Financiamento Imobiliário estiver, futuramente, funcionando a todo vapor.⁶

A lei ora analisada permite a contratação da alienação fiduciária para garantia de qualquer operação de crédito imobiliário de maneira abrangente, podendo, portanto, envolver quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas.

⁵ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor**, p. 62.

⁶ SIMÕES, Geraldo Beire. **BDI – Boletim do Direito Imobiliário – Setembro/97**, nº 27, p. 26.

Não obstante essa abrangência é de se presumir que tal modalidade de negócio só venha a ser utilizada em larga escala pelas instituições financeiras, incorporadoras e construtoras.

Para a hipótese de falta de pagamento de alguma parcela do financiamento, a Lei nº 9.514/97 adota um conjunto de procedimentos similares àqueles já consagrados na Lei de loteamento (Lei nº 6.766, de 1979), atribuindo ao Oficial do competente Registro de Imóveis as diligências de notificação para purga da mora; efetivado o pagamento pelo fiduciante, o Oficial do Registro entregará ao fiduciário as quantias recebidas, ou, não purgada a mora, certificará esse fato e promoverá os assentamentos necessários à consolidação da propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Uma vez consolidada a propriedade (e não tendo ocorrido o previsto no § 8º, do artigo 26, da Lei nº 9.514/97⁷, como oportunamente será comentado), o credor deverá promover a venda do imóvel em público leilão, entregando ao devedor o *quantum* que exceder à dívida, encargos e despesas.

No entanto, se no segundo leilão não se alcançar o valor da dívida, encargos e despesas, o credor exonerará o devedor do pagamento da diferença, dando-lhe a quitação da dívida.

A mencionada lei prevê ainda a hipótese de cessão da posição contratual tanto do credor como do devedor com a correspondente sub-rogação, pelo que o cessionário do crédito passará a ser o proprietário fiduciário do bem, enquanto que o

⁷ Lei nº 9.514/97. "Art. 26. (...) § 8º. 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". (incluído pela Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004)

cessionário do débito passará a ocupar a posição do fiduciante, investido do direito expectativo à obtenção da propriedade plena sobre o bem.

Assegura-se ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive aquele que vier a adquirir o imóvel em público leilão, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente para a desocupação do mesmo em sessenta dias.

Na hipótese de insolvência do devedor fiduciante, ou seja, no caso de suas dívidas excederem à importância de seus bens⁸, é assegurada ao fiduciário a restituição do bem, na forma da legislação pertinente.⁹

⁸ Artigo 748 do Código de Processo Civil: "Art. 748. Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor."

⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**, p. 198.

2. NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

Muito embora nosso ordenamento jurídico tenha instituído diversas espécies de negócios jurídicos, cada qual com sua razão de ser e visando o alcance de determinado objetivo, pelo dinamismo do mundo dos negócios e do próprio direito, em determinados casos, admite-se a utilização de um tipo de negócio para a obtenção de fim que não seja necessariamente o normal daquele negócio, sendo a necessidade de sua obtenção, a razão que o constitui. Esta é a essência do negócio fiduciário.

Assim, sempre que a transmissão de uma propriedade tenha por objeto outro fim que não a própria transmissão, mas serve tão somente de negócio jurídico que não seja efetivamente o de alienação ao adquirente, diz-se que há negócio fiduciário.

O entendimento doutrinário, no que concerne ao negócio fiduciário, é exposto por vários autores que, analisando o instituto sob vários ângulos, acabam por explicitar seu conceito e sua razão de ser, como se vê a seguir.

No entender de Renan Miguel Saad¹⁰, o negócio fiduciário caracteriza-se pela transcendência dos meios sobre o fim. Para ele, entre o fim visado pelas partes e o meio utilizado para alcançá-lo não há congruência.

A nota de particularidade no negócio jurídico fiduciário, para Vilson Rodrigues Alves¹¹, está em que se transmite direito para fim econômico que não se

¹⁰ SAAD, Renan Miguel. **A Alienação Fiduciária Sobre Bens Imóveis**, p. 73.

¹¹ ALVES, Vilson Rodrigues, **Alienação Fiduciária em Garantia**, p. 28.

exige essa transmissão, e, em razão de não existir causa a justificar a aquisição definitiva, o adquirente obriga-se a restituí-lo ao transmitente quando se verificar determinada condição.

Conceituando o negócio fiduciário, Melhim Namem Chalhub usa as seguintes palavras:

Entende-se por negócio fiduciário o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito à outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprindo esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.¹²

Por sua vez, Marcelo Terra ensina que:

O negócio fiduciário se caracteriza pela existência do risco decorrente da confiança depositada pelo transmitente em garantia na pessoa do adquirente e, ainda, pelo fato de as partes, em face de um fim prático, escolherem um negócio jurídico (alienação), cujos efeitos excedem aos fins por elas pretendidos (garantia).¹³

No que concerne ao fator confiança, José de Mello Junqueira o analisa afirmando que:

No negócio fiduciário prevalece o fator confiança e a existência de dois elementos essenciais, um de natureza real e outro de natureza obrigacional. O primeiro compreende a transmissão da propriedade e o segundo a obrigação da restituição do bem ao transmitente, após exaurido o objetivo do contrato.¹⁴

¹² *Negócio Fiduciário*, p. 38.

¹³ TERRA, Marcelo. *Alienação Fiduciária de Imóveis em Garantia*, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, p. 19.

¹⁴ *Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel*, p. 13.

O fator confiança que existe no negócio fiduciário, segundo entendem Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe¹⁵, não se confunde com a boa-fé comum nos negócios. Remonta às origens da fidúcia e lhe justifica o nome, e continua presente nos negócios fiduciários da atualidade, qual seja: o transferente confia na lealdade e honestidade da outra parte, em se servir da propriedade ou direito solenemente transferido apenas para a destinação internamente convencionada, cumprindo a seguir a obrigação de transmitir.

Lecionando sobre negócio fiduciário, Orlando Gomes sustenta o seguinte:

Considerado na perspectiva das limitações do poder do adquirente da propriedade, o negócio fiduciário explica-se à luz de três principais construções teóricas.

A primeira serve-se de um pacto obrigacional agregado à transferência da propriedade, que se destina a neutralizar o efeito real da transmissão, condicionando-o ao fim especial para o qual ela se realiza. As raízes dessa explicação encontram-se no direito romano.

A segundo teoria, de inspiração alemã, recorre à condição resolutiva para justificar a limitação, no tempo e no conteúdo, do direito real do fiduciário. Sustentam seus adeptos que ele adquire uma propriedade temporária, para fim determinado.

A terceira teoria dissocia o direito do fiduciário, assinalando que, nas relações externas, é de propriedade, e nas relações internas, de crédito, figurando ele em certos casos, como um mandatário (*fiduciae cum creditore* e *cum amico*), e em outros como *accipiens*.¹⁶

É de se esclarecer aqui, no que diz respeito à terceira teoria, que a *fiduciae cum creditore* (fidúcia com credor) se dava pela transmissão do bem oferecido pelo devedor (fiduciante) em garantia da dívida ao credor (fiduciário), e a *fiduciae cum amico* (fidúcia com amigo), se dava na forma de um favor prestado pelo fiduciário ao fiduciante, posto que este último transferia para aquele a propriedade do bem,

¹⁵ Garantia Fiduciária, p. 32.

¹⁶ Alienação Fiduciária em Garantia, p. 42.

unicamente para se livrar de eventuais credores ou em caso de longas viagens, por exemplo.

Embora o referido autor não tenha feito menção à efetiva aplicação prática da terceira teoria, de modo a esclarecê-la mais detalhadamente já que se mostra um pouco mais complexa, é de se entender o seguinte:

Na *fiduciae cum creditore e cum amico*, o fiduciário exercia uma relação de mandatário, relação esta mantida apenas entre ele e o fiduciante e, portanto, interna.

Isto porque era sabido que não havia adquirido a propriedade com ânimo definitivo, mas que haveria de devolvê-la ao fiduciante assim que este pagasse a dívida (no caso da fidúcia com credor), ou assim que o amigo lhe reclamasse (no caso da fidúcia com amigo).

Já no que diz respeito às relações externas, ou seja, aquelas mantidas entre o fiduciário e outras pessoas que não o fiduciante, para todos os efeitos o fiduciário era o proprietário do bem, figurando como *accipiens*, ou seja, aquele que recebeu a propriedade do fiduciante.

Por outro lado, Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, advertem:

Em caso de violação, por parte do fiduciário, do dever internamente assumido de restituir, caberá ao fiduciante tão-somente o direito a uma prestação de ordem pessoal, consubstanciada em composição pecuniária dos prejuízos sofridos.

É a única forma de solução do abuso de confiança, dada a eficácia real da transmissão, incondicionada e irreversível, no nosso direito, e a que os negócios fiduciários hão de necessariamente amoldar-se, o que só é possível com a adoção da fidúcia do tipo romano.¹⁷

¹⁷ **Garantia Fiduciária**, p. 33.

E os mesmos autores ainda elucidam:

1. No direito brasileiro reconhecem os doutrinadores várias figuras de negócio fiduciário, destacando-se: a venda com escopo de garantia; a venda com fins de administração; a venda para recomposição de patrimônio; a doação fiduciária; a cessão fiduciária de crédito para cobrança ou para fins de garantia; a do acionista fiduciário, além de outras, desde que não contrariem a lei, nem prejudiquem terceiros (art. 82 do CC).

(...)

Os institutos de que nos ocuparemos mais adiante (cessão fiduciária e alienação fiduciária), por terem regulamentação legal específica, só constituem espécie do gênero compreendido pelos negócios fiduciários, com os quais não se confundem.¹⁸

Quanto a jurisprudência de nossos Tribunais, esta já se manifestou quanto à validade do negócio fiduciário, como se vê:

O negócio fiduciário encerra uma transação válida, efetivamente realizada e formalmente em ordem. O proprietário a quem se transferiu a coisa o é realmente perante a lei e terceiros. Guarda, tão somente, para com o alienante, um pacto de fidejussão que o obriga a lhe retransmitir a propriedade. Quebrada a fidejussão, pelo não cumprimento da obrigação pessoal assumida pelo fiduciário, não deixa este de continuar como proprietário legítimo; e nem pode a transação formal ser anulada por vício inexistente, tal seja o de dissimulação, pois, em suma, o negócio se efetivou segundo a vontade das partes.¹⁹

E ainda,

Perante o direito nacional, admite-se como válido o negócio fiduciário, desde de que capazes as partes, seja lícito o objeto e não haja forma prescrita ou não defesa em lei. O fiduciário fica obrigado a restituir o bem recebido, não lhe sendo dado, conseqüentemente, trair a confiança nele depositada e apropriar-se da coisa ou direitos que, através do instituto, lhe foram transmitidos.²⁰

¹⁸ **Garantia Fiduciária**, p. 48/49.

¹⁹ Acórdão da 4ª Câmara Civil do antigo TASP, Ap. 29.651, rel. Juiz Batalha de Camargo; RT 292/505.

²⁰ Acórdão da 2ª Câm. Civil do TJSP, Ap. 159.580, de 21.02.1967, rel. Des. Adriano Marrey; RF 224/144.

E no mesmo sentido: "É válido o negócio fiduciário desde que, através dele, não se despreste a lei, nem se venha a causar prejuízo a terceiro".²¹

Finalmente, tem-se que o negócio fiduciário é bem diferente do negócio simulado, isto porque o negócio simulado não passa de um contrato fingido, não existente (como, por exemplo, no caso das partes simularem, em um mútuo, a feitura de alienação fiduciária de bem que sequer existe), enquanto que o negócio fiduciário é um negócio querido pelas partes e verdadeiro.

Além disto, o objetivo do negócio simulado é produzir uma aparência, é enganar, enquanto que pelo negócio fiduciário, o que se pretende, na realidade, é suprir um ordenamento jurídico defeituoso.

O negócio simulado é um único negócio fingido, já o negócio fiduciário é a combinação de dois negócios verdadeiros, sendo um real (transferência da propriedade) e outro obrigatório (que é caracterizado pelo fator confiança decorrente da obrigação de restituição da propriedade ao transmitente, com o exaurimento do contrato).

²¹ Acórdão da 4ª Câm. Civil do TJSP, de 19.09.1968, Ap. 166.166, res. Bandeira de Mello; RT 402/135.

3. DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

A alienação fiduciária em garantia é conhecida desde o direito romano, em que o *pactum fiduciae* compreendia as já dantes mencionadas “*fiducia cum amico*” e a “*fiducia cum creditore*”²², que eram as duas espécies da *fiducia*.

Fidúcia, segundo Renan Miguel Saad²³, é definida como “uma convenção, pela qual aquele que recebeu uma coisa ou um direito, pela *mancipatio* ou pela *iure cessio*²⁴, se obriga à restituição, quando satisfeito o fim ou preenchida a destinação.”

Depreende-se dos ensinamentos de Mário Pazutti Mezzari²⁵, que a *fiducia cum amico*, nada mais era que a transmissão da propriedade a um amigo, para o resguardo de interesses do próprio fiduciante, que teria seu bem seguramente guardado contra diversos tipos de ataque ao seu patrimônio.

Este tipo de transferência de propriedade se dava em ocasiões especiais, de risco de perecer em guerra, ou em razão de longas viagens, por exemplo, e não tinha como objetivo a real transferência da propriedade para o fiduciário como

²² MEZZARI, Mário Pazutti, **Alienação Fiduciária da Lei nº 9.514**, p. 15.

²³ SAAD, Renan Miguel. **A Alienação Fiduciária Sobre Bens Imóveis**, p. 47.

²⁴ “Atos jurídicos solenes que, em princípio, não admitiam variações em sua forma e finalidade, mas que por força da evolução dos negócios foram sendo flexibilizados com a inserção de certas obrigações das partes, que utilizavam esses tipos negociais para atingir uma finalidade outra, tais como o depósito e o penhor. Essas obrigações, por seu turno, que tinham por objetivo alcançar interesse outro que não aquele propriamente de transmitir a propriedade, amparavam-se exclusivamente na confiança e na boa fé, eis que inexistia meio perante a justiça romana para exigir-lhe o adimplemento, sendo, pois, esta a razão do nome *pacta fiduciae*.” **A Alienação Fiduciária Sobre Bens Imóveis**, p. 48.

²⁵ MEZZARI, Mário Pazutti, **Alienação Fiduciária da Lei nº 9.514**, p. 16.

garantia de alguma dívida, antes apenas conferia a este (*amico*), a custódia ou administração dos bens, embora para terceiros, este fosse o proprietário.

Tal modalidade de geração de propriedade fiduciária, na realidade, objetivava fins políticos e jurídicos, pois acabava por burlar as proibições legais ou ocorria para suprir suas lacunas, se prestando, muitas vezes, para fraudar os credores do fiduciante, já que também era usada como forma de subtrair bens à garantia genérica dos credores.

Já a *fiducia cum creditore*, por seu turno, tinha como razão de ser a necessidade de se oferecer uma garantia ao credor, e então, o fiduciante, fazendo uso dela, transferia certos bens ao credor com a ressalva de recuperá-los mais adiante, quando cumprisse com sua obrigação e quitasse sua dívida.

O credor, através do *pactum fiduciae*, se obrigava a devolver o bem ao devedor fiduciante, tão logo fosse paga a dívida por ele garantida.

Mario Pazutti Mezzari, no entanto, aponta um grave defeito nessas duas antigas modalidades de pactos fiduciários, e o faz através do seguinte comentário:

A devolução da propriedade era uma obrigação pessoal do credor, mas não se constituía em obrigação real. Em se tratando de obrigação pessoal, poderia resolver-se em perdas e danos, não sendo oponível senão ao próprio fiduciário. Se direito real fosse, o fiduciante, após o pagamento da dívida, seria reinvestido na propriedade do bem, estivesse este em mãos do fiduciário ou de terceiro. Mas, como se tratava de direito pessoal, necessitava de procedimento judicial sempre que houvesse recusa do fiduciário em outorgar o instrumento de retorno da propriedade ao fiduciante.²⁶

²⁶ MEZZARI, Mário Pazutti, *Alienação Fiduciária da Lei nº 9.514*, de 20-11-1997, p. 16.

George Siqueira, que foi um dos juristas a auxiliar o Congresso Nacional na formulação das regras que mais tarde viriam a disciplinar a alienação fiduciária no direito pátrio, pela incorporação das suas sugestões ao artigo 66 da Lei 4.728 – diploma inaugural do instituto no Brasil –, expressamente se referiu à fidúcia romana como fonte da alienação fiduciária em garantia:

Cremos, porém, que não se faz necessário recorrer ao direito anglo-saxônico e sim retornar às prístinas e ricas fontes romanísticas. Nelas vamos encontrar o instituto do negócio fiduciário, que incorporamos ao nosso direito positivo na presente emenda.²⁷

Alguns autores, a exemplo de Renan Miguel Saad²⁸, afirmam que a alienação fiduciária não é espécie de negócio fiduciário uma vez que não se vislumbra, para sua constituição, a imprescindibilidade do elemento confiança, outros, porém, afirmam o contrário, como José de Mello Junqueira que salienta categoricamente que “a alienação fiduciária em garantia é espécie do gênero negócio fiduciário”.²⁹

²⁷ Diário do Congresso Nacional, de 11.6.1965, Seção II, p. 1.740.

²⁸ **Alienação Fiduciária Sobre Bens Imóveis**, p. 79:

“O eminente mestre, de certo, assim classificou a alienação fiduciária em garantia, por entender que este instituto é uma das espécies do gênero fiduciário.

Nada obstante e em que pese ao seu abalizado entendimento, a alienação fiduciária em garantia, como já visto, não se confunde com negócio fiduciário.

A fiducia, como bem ensina José Carlos Moreira Alves, calca-se em sua essência em elemento contratual subjetivo que é a confiança recíproca entre fiduciário e fiduciante, sem o qual não se configura o negócio fiduciário propriamente dito.

Remarque-se então: para que se constitua um negócio fiduciário, propriamente dito, faz parte de sua essência o risco assumido pelas partes contraentes ao depositarem-se, reciprocamente, acentuada dose de confiança no cumprimento do pacto.

Por sua vez, na constituição da alienação fiduciária em garantia prescinde-se o tal elemento, podendo-se dizer inclusive ser o mesmo insignificante, na medida em que a estabilidade da alienação fiduciária erige-se, não sobre a fides, mas sobre a disciplina legal do instituto.”

E conclui o autor na mesma obra, p. 81:

“Nesta ordem, cabe infirmar que a alienação fiduciária não é espécie de negócio fiduciário e sim direito real de garantia de categoria autônoma e que se identifica por ser acessório a um negócio jurídico principal e conferir a garantia ao credor através da transferência resolúvel da propriedade.”

²⁹ *In: Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel – ARISP - Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo*, p. 13.

Melhim Namem Chalhub, exarando seu entendimento no mesmo sentido do sustentado por José de Mello Junqueira, afirma que a alienação fiduciária em garantia é sim, espécie de negócio fiduciário, e encerra a transmissão da propriedade para um fim econômico. Sustenta tal entendimento com os seguintes argumentos:

Há quem entenda que a alienação fiduciária em garantia não é espécie de negócio fiduciário, fundamentalmente por duas razões, a saber: a) a confiança é elemento desnecessário à realização do contrato de alienação fiduciária, pois a Lei sempre protege o fiduciante contra qualquer espécie de abuso, descaracterizando, outrossim, a situação de perigo que seria peculiar do negócio fiduciário; e, b) a transmissão da propriedade sempre é temporária.

Não obstante essas ressalvas, a doutrina é majoritária no sentido de conceber a alienação fiduciária como espécie do gênero negócio fiduciário, basicamente por dois motivos: a) porque o fiduciário deve agir sempre com lealdade, no sentido de devolver a propriedade assim que implementar a condição resolutiva, até porque, como observa Orlando Gomes, o fiduciário não age como proprietário, mas sim como titular de uma garantia, enquanto não se der a satisfação do crédito; b) porque a transmissão da propriedade ocorre em dois momentos: primeiro, como garantia ao fiduciário, esta sim, temporária e transitória, como no negócio fiduciário, e depois, cumprindo o fiduciante a sua obrigação, o bem retorna automaticamente ao seu domínio, independentemente de interpelação.³⁰

Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe³¹, assim como Orlando Gomes³², também consideram a alienação fiduciária em garantia como espécie do gênero negócio fiduciário, esclarecendo ainda, como visto, que o instituto da alienação fiduciária por ter regulamentação legal específica, só constitui espécie do gênero compreendido pelos negócios fiduciários, com os quais não se confunde.

³⁰ **Negócio Fiduciário**, p. 136.

³¹ **Garantia Fiduciária**, p. 313 e 49.

³² **Alienação Fiduciária em Garantia**, p. 19, 31 e 40.

O direito pátrio assistiu ao nascimento da alienação fiduciária em garantia apenas em 1965, quando foi inserida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 4.728, tendo como objeto de garantia somente bens móveis.

Agora, em 1997, a Lei nº 9.514 trouxe à tona a previsão legal de se alienar fiduciariamente bens imóveis, assunto esse que, aliás, é o principal a ser abordado neste estudo, como adiante se verá.

3.1. CONCEITO

Renan Miguel Saad³³ sustenta que a alienação fiduciária não é espécie de negócio fiduciário e sim direito real de garantia de categoria autônoma e que se identifica por ser acessório a um negócio jurídico principal e conferir garantia ao credor através da transferência resolúvel da propriedade.

Em seu entendimento³⁴, a alienação fiduciária é um contrato de efeitos reais que visa a constituição de direito real acessório de garantia, segundo o qual se transferem ao fiduciário (credor) a propriedade resolúvel (não definitiva) e a posse indireta de uma coisa, com a finalidade de assegurar o cumprimento da obrigação principal pelo fiduciante (devedor) que se tornará possuidor direto do aludido bem.

E, por sua vez, Mário Pazutti Mezzari³⁵ ao conceituar o instituto da alienação fiduciária em garantia, o tem como o contrato pelo qual o devedor ou fiduciante,

³³ A Alienação Fiduciária Sobre Bens Imóveis, p. 81.

³⁴ A Alienação Fiduciária Sobre Bens Imóveis, p. 82.

³⁵ Alienação Fiduciária da Lei nº 9.514, de 20-11-1997, p. 12.

como garantia de uma dívida, pactua a transferência da propriedade fiduciária do bem ao credor ou fiduciário, sob condição resolutive expressa.

Complementando seu raciocínio, o referido autor tem a alienação fiduciária como a transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida.

Portanto, a alienação fiduciária é o instituto pelo qual o devedor de uma obrigação principal, que na maioria esmagadora das vezes é um contrato de mútuo, como garantia de que efetivamente irá honrar sua obrigação e quitar sua dívida, transfere ao credor a propriedade de um determinado bem, sob condição resolúvel expressa, ou seja, uma vez quitada a dívida perante o credor, fiduciário, resolvida estará também a propriedade que lhe foi transferida em garantia do cumprimento da obrigação e, então, o devedor, fiduciante, terá novamente agregado ao seu patrimônio a propriedade plena da coisa outrora alienada fiduciariamente e, conseqüentemente, recobrará de igual modo a posse indireta do bem, que até o efetivo cumprimento da obrigação permanecia em poder do fiduciário.

Na realidade, por meio do referido instituto de garantia, é possível se oferecer um crédito a determinada pessoa que não possui, no momento, dinheiro para adquirir determinado bem, mas que deverá possuí-lo dali a algum tempo.

Concede-se o crédito, a pessoa toma posse direta do bem e aliena-o fiduciariamente ao credor.

O devedor não deixa de possuir o bem que lhe falta e o credor não deixa de vender o seu produto, que apesar de ter sido vendido para ser pago a prazo, o pagamento está cabalmente garantido pelo bem a ele alienado fiduciariamente.

Neste sentido, analisando a importância da alienação fiduciária, José Carlos Moreira Alves, em palestra proferida em Debate sobre o tema *Alienação Fiduciária e Patrimônio de Afetação – Considerações Gerais sobre a Alienação Fiduciária*, discorre:

A alienação fiduciária é uma garantia altamente socializante. Graças a ela é que se pode permitir que um indivíduo que não tenha dinheiro, mas que possa vir a ter, adquira coisas com crédito e possa utilizar-se dessas coisas pagando parceladamente com garantia para o credor. Isso é importantíssimo. Nós temos sempre o vezo de considerar que o credor é o explorador e o explorado é o devedor. Eu não sou ligado a banco nem a nenhuma instituição de crédito, mas os senhores hão de convir que o crédito é o conceito nuclear, fundamental, absolutamente básico de toda a vida econômica do mundo inteiro, desde que o mundo é mundo. Mais vale ter crédito na praça, diz o ditado, do que ter dinheiro no bolso. Muitas vezes ter o dinheiro no bolso não resolve. Agora, o crédito na praça resolve porque muitas vezes ultrapassa aquilo que ele tem no bolso.³⁶

3.2. NATUREZA JURÍDICA

A alienação fiduciária em garantia se dá pela feitura de um contrato acessório, de garantia, como o próprio nome diz, típico, formal, oneroso, bilateral ou sinalagmático e cumutativo. Este contrato é o título aquisitivo da propriedade fiduciária.

³⁶ Palestra - *Alienação Fiduciária e Patrimônio de Afetação – Instrumentos jurídicos para assegurar a expansão do SFI – IBRAFI* – Seminário realizado entre 4 e 6 de maio de 2000.

É um contrato acessório, porque pela sua feitura, o que se almeja, na verdade, não é a transferência do domínio pleno e irreversível do bem ao credor, fiduciário, mas sim, visa tão somente garantir o mesmo contra eventual inadimplência do devedor, fiduciante, no tocante ao cumprimento de uma obrigação principal, como por exemplo, um mútuo.

Explicando a acessoriedade do referido contrato, sustenta Frederico Henrique Viegas de Lima:

A alienação fiduciária, como negócio de garantia que é, se desenvolve como um direito acessório, dependente de uma obrigação principal, notadamente um contrato de mútuo, pelo qual o devedor – chamado de fiduciante – realiza, por si, ou por intermédio de terceiro, a entrega de bem imóvel, para o credor – dito fiduciário -, em propriedade resolúvel, enquanto durar a obrigação principal.

A acessoriedade, inerente à propriedade fiduciária em geral, consoante prescreve o art. 648 do Código Civil, sujeita o bem, por vínculo real, ao destino da obrigação principal. Isto quer dizer que a sorte da propriedade fiduciária está intimamente ligada ao da obrigação principal. Ou seja, por exemplo, uma vez que haja o adimplemento da obrigação principal, extinguem-se todos os direitos reais concedidos na sua pendência.³⁷

Trata-se indubitavelmente de contrato acessório, isto porque nunca se viu ou se verá efetivar-se um contrato de alienação fiduciária em garantia independente de um outro contrato, principal, pois é este que, ao reclamar uma garantia para o seu cumprimento, faz surgir aquele.

³⁷ Da Alienação Fiduciária em Garantia de Coisa Imóvel, p. 41.

É obviamente, também, pelas próprias razões acima referidas, um contrato de garantia por excelência, já que nasce para garantir um crédito gerado por um outro contrato, tido como principal.

É um contrato típico, e sua tipicidade está no fato de serem, suas regras disciplinares, ditadas de maneira precisa pela lei.

É ainda, um contrato formal, devendo ser escrito, e além do formalismo do ato há ainda o formalismo registrário, já que é necessário ser levado a registro público para que seja constituída a propriedade fiduciária, bem como para que o direito adquira validade contra terceiros (a alienação fiduciária é o contrato e a garantia é a propriedade fiduciária, que é instituída como consequência do registro do contrato de alienação fiduciária).

Até antes da edição da Medida Provisória nº 2.223, de 04 de setembro de 2001, o contrato de alienação fiduciária de imóveis, com se verá adiante, só poderia ser formalizado por instrumento particular se o destinatário final da operação fosse pessoa física, como previsto expressamente no antigo texto do art. 38 da Lei nº 9.514/97.

A partir da edição da predita Medida Provisória, mesmo que o destinatário final da operação não seja pessoa física, não será necessária a feitura de instrumento público, antes, poder-se-á firmar o contrato por instrumento particular, ao qual é atribuído o caráter de escritura pública³⁸, convindo esclarecer, ainda, que a

³⁸ Medida Provisória nº 2.223, de 04/09/2001. "Art. 24. A Lei nº 9.514, de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...) Art. 38. Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real e, bem assim, quaisquer outros atos e contratos resultantes da aplicação desta Lei, mesmo aqueles constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito, não se lhes aplicando a norma do art. 134, II, do Código Civil." (NR).

Lei nº 10.931³⁹, de 02 de agosto de 2004, que revogou a Medida Provisória nº 2.223/20001, alterou parcialmente o texto do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, que, em 1º de outubro de 2004, sofreu nova alteração, desta vez por força da Medida Provisória nº 221⁴⁰ que, uma vez transformada em lei, deverá sacramentar a alteração, dando, assim, o texto definitivo ao artigo 38, da Lei nº 9,514/97.

Não obstante todas estas alterações ocorridas no referido texto legal, nenhuma delas proibiu a possibilidade de se firmar o contrato por instrumento particular, ao qual a lei atribui força de escritura pública.

Com efeito, tal possibilidade foi prevista por todos os textos dados ao artigo 38, da Lei nº 9.514/97, a partir da Medida Provisória nº 2.223/2001, e continua prevista na última versão, dada pela Medida Provisória nº 2.221/2004.

No contrato de alienação fiduciária, é certo que ambas as partes têm como objetivos a obtenção de vantagens ou benefícios, impondo-se a cada uma delas, determinados encargos. Tal fato torna forçosa sua classificação como um contrato oneroso.

É de igual modo, bilateral ou sinalagmático, pois que gera obrigações tanto para o fiduciante, que se compromete a pagar a dívida na data aprezada, limitando-se a permanecer apenas com a posse direta do bem até então, como para o

³⁹ Lei nº 10.931, de 02/08/2004. "Art. 57. A Lei nº 9.514/97, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...) Art. 38. Os contrato de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito."

⁴⁰ Medida Provisória nº 221, de 01/10/2004. "Art. 27. Os artigos 22 e 38 da Lei nº 9.514/97, de 20 de novembro de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação: (...) Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes de sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular, com efeitos de escritura pública."

fiduciário, que tendo a propriedade e posse indireta do bem enquanto pendente a obrigação, deverá devolvê-las ao fiduciante tão logo cumprida sua obrigação.

Por fim, observa-se que o contrato desta feita analisado é também um contrato cumulativo, na medida que as prestações obrigacionais por ele geradas para os contratantes, são de antemão conhecidas, e guardam entre si, uma relativa equivalência de valores.

3.3. CARACTERÍSTICAS

A alienação fiduciária apresenta duas características marcantes, a saber: a resolubilidade e a restrição da propriedade.

A primeira característica 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.

Isto porque, uma vez implementada a condição, que é o adimplemento da obrigação por parte do fiduciante, este, automaticamente, em razão da resolubilidade da propriedade fiduciária, recobra a condição de proprietário pleno do bem, e os efeitos do implemento da condição são *ex tunc* (retroativos).

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.

Com isso, a propriedade do fiduciário sofre restrições, tanto que se cumprida a obrigação pelo devedor, o efeito do implemento da condição resolutiva é *ex tunc*, e o fiduciário nunca terá tido as faculdades de usar e perceber os frutos da propriedade, que, como se sabe, foi transmitida com o escopo de garantia.

Nesse sentido dispõe Frederico Henrique Viegas de Lima, a saber:

Note-se ainda, que, caso haja o adimplemento da obrigação principal e o conseqüente retorno da propriedade fiduciária ao devedor fiduciante, o credor fiduciário, embora proprietário sob a forma limitada, nunca terá tido as faculdades de usar e perceber os frutos da mesma.⁴¹

3.4. ELEMENTOS E REQUISITOS DO CONTRATO

A alienação fiduciária, como qualquer negócio jurídico, pressupõe agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, como também exige requisitos de ordem subjetiva, objetiva e formal.

Na esfera dos requisitos de ordem subjetiva figuram a capacidade e a legitimação.

No que diz respeito à capacidade para contratar, extrai-se dos ensinamentos de Melhim Namem Chalhub⁴², que o devedor, fiduciante, poderá ser qualquer pessoa que seja capaz para exercer todos os atos da vida civil, e que seja

⁴¹ Da Alienação Fiduciária em Garantia de Coisa Imóvel, p. 77.

⁴² Negócio Fiduciário, p. 161/167.

proprietária de um bem sobre o qual tenha poder de disposição, e que o aliena fiduciariamente com o escopo de garantia do pagamento de sua dívida.

Já o credor, fiduciário, é aquele que, também plenamente capaz para exercer todos os atos da vida civil, adquire a propriedade resolúvel do bem objeto da garantia.

Quanto à legitimidade para ser fiduciante, é certo que qualquer pessoa, física ou jurídica, capaz de alienar e de contrair obrigações, pode transmitir a propriedade fiduciária de seus bens.

Entretanto, há controvérsias quanto à legitimidade para ser fiduciário, especificamente no que diz respeito à alienação fiduciária de bens móveis, já que uma corrente doutrinária entende que a lei reservou tal posição somente às instituições financeiras, enquanto outra sustenta que a alienação fiduciária poderia ser contratada por qualquer pessoa.

Melhim Namem Chalhub, tem a seguinte opinião sobre o assunto:

A controvertida questão ainda não tem orientação segura da jurisprudência, muito embora se registre firme tendência no sentido da aplicação restritiva do instituto, sobretudo considerando-se que outros diplomas legais vieram autorizar a utilização da alienação fiduciária a outras situações, caso a caso, reforçando a tese de que só podem ser garantidas por propriedade fiduciária as operações que a Lei define, de maneira específica.⁴³

Porém, quanto à alienação fiduciária de imóveis, é certo que não há restrição alguma no sentido de que a contratação só possa ser desenvolvida no âmbito do Sistema de Financiamento Imobiliário, tendo como credoras as entidades

⁴³ **Negócio Fiduciário**, p. 163.

que nele operam. Antes, os particulares também estão legitimados a figurar no contrato como credores fiduciários

Tal entendimento é conclusivo nos termos do artigo 22 da Lei nº 9.514/97, cujo texto do parágrafo primeiro foi inicialmente inserido na mencionada lei por força da Medida Provisória nº 2.223, de 04 de setembro de 2001⁴⁴, tendo posteriormente, o predito artigo 22, sido parcialmente modificado pela Lei nº 10.931/2004⁴⁵ (que revogou a Medida Provisória nº 2.223/2001) e, finalmente, alterado pela Medida Provisória nº 221/2004⁴⁶, tendo esta última (que deverá ser transformada em lei), dado a redação final ao parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 9.514/97, que, expressamente, dispõe que a alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI (Sistema de Financiamento Imobiliário).

Os requisitos de natureza objetiva dizem respeito às coisas que podem ser objeto do contrato. A Lei nº 4.728/65, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 911/69, é explícita no sentido de que somente bens móveis podem ser objeto da alienação fiduciária regulada nesse diploma legal.

⁴⁴ Medida Provisória nº 2.223, de 04 de setembro de 2001. "Art. 24. A Lei nº 9.514, de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...) Art. 22. § 1º. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI."

⁴⁵ Lei nº 10.931, de 02/08/2004. "Art. 57. A Lei nº 9.514/97, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...) Art. 22."

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ter como objeto bens enfitêuticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário."

⁴⁶ Medida Provisória nº 221, de 01/10/2004. "Art. 27. Os artigos 22 e 38 da Lei nº 9.514/97, de 20 de novembro de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação: Art. 22."

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário."

Já a Lei 9.514/97 veio instituir em nosso ordenamento jurídico a possibilidade, também, da alienação fiduciária de bens imóveis.⁴⁷

E por fim, os requisitos de cunho formal referem-se às formalidades necessárias para dar validade e eficácia ao negócio. A alienação fiduciária em garantia deverá ser sempre contratada por escrito, por instrumento público ou particular, assinado pelas partes juntamente com duas testemunhas, que só terá validade depois de registrado no Cartório competente. A propriedade fiduciária só há de ser considerada constituída com o registro do contrato de alienação fiduciária.

3.5. ESPÉCIES

Como é sabido, duas são as espécies de alienação fiduciária em nosso ordenamento jurídico: alienação fiduciária de bens móveis e alienação fiduciária de bens imóveis.

A primeira surgiu em 1965, com a Lei nº 4.728 de 14.07.1965, cuja redação foi dada pelo Decreto-Lei nº 911 de 01/10/1969, tendo como objeto de garantia somente bens móveis.

Melhim Namem Chalhub conceitua alienação fiduciária de bens móveis da seguinte maneira:

Na linha dessa concepção, é a alienação fiduciária o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia do pagamento de uma dívida, convencionou a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de determinada coisa móvel, mantendo-se na posse

⁴⁷ Lei 9.514/97. "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."

direta da mesma. A condição para que o devedor recupere a propriedade é a efetivação do pagamento da dívida. Com esse contexto, dá-se o desdobramento da posse, mantendo-se o devedor (fiduciante) na posse direta da coisa, enquanto o credor (fiduciário) torna-se possuidor indireto.⁴⁸

Podem ser objeto de alienação fiduciária os bens móveis que o devedor esteja adquirindo com o produto do financiamento, assim como aqueles que já integram seu patrimônio. Não são, porém, suscetíveis de alienação os bens fungíveis (substituíveis pela mesma quantidade, qualidade e espécie) e os consumíveis (comerciais), tais como: mercadorias comercializáveis pela empresa, que compõe estoque, ou destinados à indústria da empresa devedora.

Já na dinâmica delineada pela lei ora analisada, que especialmente interessa ao presente estudo, explicita-se a segunda espécie de alienação fiduciária, que, por seu turno, foi inserida em nosso ordenamento jurídico apenas em 1997, com a vigência da Lei nº 9.514/97, que abordou a possibilidade de se dar bem imóvel em alienação fiduciária.

Dá-se a alienação fiduciária de imóvel quando o devedor (fiduciante), sendo proprietário de um imóvel, aliena-o ao credor (fiduciário) a título de garantia.

A propriedade adquirida deste modo tem caráter resolúvel, pois está intimamente vinculada ao pagamento da dívida, já que, uma vez ocorrendo o pagamento desta em sua integralidade, opera-se a automática revogação da fidúcia, com o conseqüente retorno da propriedade plena ao patrimônio do devedor, fiduciante, enquanto que ao contrário, se verificado o inadimplemento contratual por parte do devedor, opera-se a consolidação da propriedade plena em nome do credor, fiduciário.

⁴⁸ **Negócio Fiduciário**, p. 163.

4. CONCEITO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL

A Lei nº 9.514/97 define a alienação fiduciária da coisa imóvel nos seguintes termos:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Já o artigo 23, constitui o que se convencionou chamar de “propriedade fiduciária” ou “propriedade resolúvel”, a saber:

Art. 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.

Extrai-se dos ensinamentos de José de Mello Junqueira⁴⁹, que a alienação fiduciária de coisa imóvel, tal qual a de um bem móvel, é uma espécie do gênero negócio fiduciário, pois a transmissão da propriedade ao fiduciário é feita unicamente para garantir outro contrato, que uma vez cumprido, ensejará na devolução da mesma ao fiduciante. É um contrato de características próprias e que se rege por lei e princípios que lhe são peculiares.

Da análise dos dispositivos legais supramencionados, verifica-se que a alienação fiduciária de imóvel é um negócio jurídico por si único, ainda que

⁴⁹ **Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel**, p. 15.

complexo, pelo qual a alienação da propriedade é limitada pela finalidade própria do negócio, que é a garantia de um crédito.

Daí ter o legislador se apropriado do mecanismo da propriedade resolúvel para permitir o restabelecimento automático e imediato do domínio ao fiduciante quando do implemento da condição, que outra não é senão o cumprimento da obrigação pelo pagamento da dívida.

José de Mello Junqueira ensina ainda, que:

[...] a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel se constitui pela transferência feita pelo devedor ao credor, da propriedade resolúvel e da posse indireta de um imóvel, para garantia de seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o pagamento da dívida garantida, retornado o alienante à sua situação de domínio pleno da coisa.⁵⁰

4.1. NATUREZA JURÍDICA – PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

A alienação fiduciária se dá por um contrato típico, formal, bilateral pela onerosidade, tendo assim, por natureza jurídica, a concepção de negócio jurídico de garantia.

As partes, como visto, chamam-se fiduciante (o que aliena em garantia e tem a qualidade de devedor) e fiduciário (que adquire a propriedade resolúvel, ou a quem se aliena em garantia, e tem a qualidade de credor).

⁵⁰ JUNQUEIRA, José de Melo. **Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel**, p. 16.

O devedor, fiduciante, transmite ao credor, fiduciário, uma propriedade resolúvel, denominada pela própria lei de propriedade fiduciária, cuja característica é a limitação temporal do domínio do devedor.

Tal limitação decorre do seguinte fato: uma vez paga a dívida na sua integralidade pelo devedor, o bem, anteriormente transmitido ao credor, retorna ao seu patrimônio, automaticamente e por força de lei, com efeitos "ex tunc", ou seja, retroativos.

No entender de José de Mello Junqueira, anteriormente citado, é como se o negócio não tivesse existido, decorrendo disto as mais variadas conseqüências, dentre elas aquela em que o fiduciante, no ato da transmissão é solteiro e, depois, quando do recobro já está casado. Evidente que essa propriedade, caso seu casamento não se tenha realizado pelo regime da comunhão universal, a ele somente é atribuída.

Resolução do domínio nada mais é do que a extinção do domínio. Propriedade resolúvel, então, na definição de Frederico Henrique Viegas de Lima⁵¹, é aquela que, "excepcionando o princípio da irrevogabilidade inerente às propriedades em geral, a transforma em propriedade temporal, mediante uma cláusula, inserida no negócio jurídico que a institui e subordina, por ato de vontade, à duração do direito a um evento futuro, que pode ser certo ou incerto".

No Código Civil foi dedicado um capítulo à propriedade resolúvel, sob o título "Da Propriedade Resolúvel".

⁵¹ Da Alienação Fiduciária em Garantia de Coisa Imóvel, p. 68.

Não obstante, nesse capítulo não se encontra qualquer definição do que seja a propriedade resolúvel.

Seus dois artigos, que são o 1.359⁵² e o 1.360⁵³, únicos que integram o capítulo, não a tipificam, antes, apenas estabelecem as conseqüências da resolução do domínio no que diz respeito aos direitos reais concedidos na sua pendência, segundo as causas da resolução.

Como visto, a propriedade resolúvel decorre de uma cláusula que se adiciona ao ato para o fim de modificar uma ou algumas de suas conseqüências naturais, e os estudos e os conceitos emitidos sobre ela baseiam-se no elemento acidental – condição –, definida no artigo 121 do Código Civil⁵⁴, como a cláusula que subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

E o artigo 127 do Código Civil estabelece que:

Se for resolutive a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.

Por sua vez, o artigo 128 do mesmo Código Civil, preceitua:

Sobrevindo a condição resolutive, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

⁵² Código Civil. “Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possuía ou detinha.”

⁵³ Código Civil. “Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa, ou o seu valor.”

⁵⁴ Código Civil. “Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

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

Na verdade, a Lei nº 9.514/97, em seu artigo 33, apenas manda aplicar à propriedade fiduciária, as disposições contidas nos artigos 647 e 648 do Código Civil anterior, atuais artigos 1.359 e 1.360 do Código Civil em vigor, respectivamente, no que couber (*vide notas 52 e 53 do rodapé*).

Disto se deduz, segundo José de Mello Junqueira⁵⁵, que não se trata de propriedade resolúvel, "*stricto sensu*".

Segundo seu entendimento, a condição resolutiva não resulta de um pacto ou cláusula contratual que as partes, por vontade própria, estipularam. Na propriedade fiduciária, essa resolução (com volta do bem à propriedade do fiduciante devedor) se dá por força da lei, sendo, portanto, elemento integrante da estrutura da propriedade fiduciária.

E mais, enquanto não satisfeita a dívida pelo fiduciante devedor, o fiduciário, ao contrário do que ocorre na propriedade resolúvel normal, não pode se utilizar de todas as faculdades inerentes ao seu direito de propriedade, como a de usar o bem, porque não há que se olvidar, que houve um desdobramento da posse, ficando o devedor como possuidor direto, podendo usar e tirar os frutos da coisa alienada em garantia.

⁵⁵ *Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel*, p. 16/18.

Outra diferença, ainda, está em que a propriedade fiduciária somente é transferível a terceiros, se houver, concomitantemente, cessão do crédito do fiduciário, e nesse aspecto é incisivo o art. 28 da Lei nº 9.514/97⁵⁶.

A propriedade do bem adquirido pelo credor fiduciário não é plena e definitiva, antes, é transitória e restrita, sujeitando-se a uma condição futura e incerta, que nada mais é que o pagamento da dívida pelo devedor fiduciante.

Nos termos do art. 25 da Lei 9.514/97, com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel, dando-se, conforme preceituado pelo § 2º do indigitado artigo, o cancelamento do seu respectivo registro, com a reversão da propriedade por força de lei.

Então, quando uma pessoa tiver necessidade de crédito para aquisição ou construção de um imóvel, ela pode transmitir o próprio imóvel fiduciariamente ao credor que o financia, e, uma vez paga a dívida, a propriedade plena do bem regressará ao seu patrimônio.

A restituição é elemento essencial do negócio, porém, em não sendo paga a dívida, a propriedade se consolidada em nome do credor fiduciário, que posteriormente promoverá, nos termos da lei, público leilão para aliená-lo.

4.2. ELEMENTOS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS

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

⁵⁶ “Art. 28. A cessão do crédito objeto da alienação fiduciária implicará à transferência ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia”.

4.2.1. Sujeitos

Sujeitos são o alienante e o adquirente, denominados respectivamente fiduciante e fiduciário.

O primeiro, alienante-fiduciante, é o que busca um crédito e o segundo, adquirente-fiduciário é aquele que concede o empréstimo, recebendo em garantia um bem. Tanto um, como o outro, deverão ser capazes e legitimados para o negócio, nas condições e exigências estabelecidas pela própria lei.

Tomando proveito dos ensinamentos de Melhim Namem Chalhub⁵⁷, segundo os princípios gerais, deve ambas as partes ter capacidade para contratar, especialmente para dispor de seus bens, pois o contrato encerra a transmissão da propriedade do imóvel do devedor-fiduciante para o credor-fiduciário e, subseqüentemente, com o advento da condição resolutiva, o retorno da propriedade para o fiduciante, ou, no caso de inadimplemento contratual por parte do mesmo, sua transmissão do credor fiduciário para terceiro, pois, tendo a propriedade fiduciária consolidada em seu nome, a alienará para satisfação do seu crédito.

É necessário, portanto, que ambos os contratantes tenham capacidade para alienar. Assim, tem-se por certo que na contratação da alienação fiduciária devem ser observados os requisitos exigidos para a alienação de imóveis por pessoas absolutamente ou relativamente incapazes para exercer os atos da vida civil, mediante autorização judicial, bem como pelos cônjuges e pelas pessoas jurídicas.

No que diz respeito à legitimidade, a Lei nº 9.514/97 autoriza a contratação da alienação fiduciária de maneira generalizada, não havendo para a alienação

⁵⁷ **Negócio Fiduciário**, p. 202/203.

fiduciária em garantia de bens imóveis, que interessa especialmente ao presente estudo, as restrições que há quando se trata de bens móveis.

Como se sabe, a Lei do Mercado de Capitais (Lei nº 4.728/65), ao instituir a alienação fiduciária sobre bens móveis, restringiu-as às operações das instituições integrantes do mercado de capitais e para outras situações que a lei viesse a indicar de maneira explícita, como é o caso, por exemplo, dos débitos perante a Previdência Social (Decreto nº 62.789/68).

Diferentemente, segundo argumenta Melhim Namem Chalhub, a Lei nº 9.514/97, que instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário e disciplinou a alienação fiduciária sobre bens imóveis, atribuiu legitimidade para contratação dessa alienação a qualquer pessoa, quer física, quer jurídica, não a restringindo às entidades que operam no mencionado sistema. Com a generalização, o legislador teria deixado 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.

4.2.2. Objeto

O objeto da alienação fiduciária de que trata a Lei nº 9.514/97 é a coisa imóvel, tal como enunciado no art. 22⁵⁸ e seu parágrafo único, cuja redação original

⁵⁸ Lei nº 9.514/97: (...) "Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é 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.

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário". (Redação do Parágrafo único dada pela Medida Provisória nº 221, de 01/10/2004).

foi parcialmente alterada pela Medida Provisória nº 2.223, de 04/09/2001, tendo, posteriormente, sido objeto de nova modificação, trazida pela Lei nº 10.931/97 (que, como já dito, revogou a Medida Provisória nº 2.223/97) concluindo-se, finalmente, nos moldes como hoje se apresenta, por força da Medida Provisória nº 221/2004, conforme já relatado acima.

Antes de virem à tona as modificações trazidas inicialmente pela Medida Provisória 2.223/2001, o parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 9.514 dizia que poderiam ser objeto de alienação fiduciária, apenas "imóvel concluído ou em construção".⁵⁹

Tal especificação sobre o objeto provocou grande discussão, tanto porque neste caso não seria admitido o terreno, imóvel que as construtoras e incorporadoras poderiam alienar fiduciariamente para, em obtendo financiamento junto as instituições financeiras, edificar sobre eles, os prédios.

Mesmo antes da edição da agora revogada Medida Provisória nº 2.223, de 04/09/2001, o entendimento correto era que, em estando definido no *caput* do artigo supracitado, que o objeto da alienação era a propriedade resolúvel de coisa imóvel, não havia dúvida de que estaria a lei se referindo inclusive a terreno e acessões, porque bem imóvel é constituído pelo solo e por tudo aquilo que nele se incorporar permanentemente, sendo, portanto, desnecessária a particularização contida no parágrafo único daquele artigo⁶⁰.

⁵⁹ Antiga redação do parágrafo único do art. 22 da Lei 9.514/97: "Parágrafo único – A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, podendo ter como objeto imóvel concluído ou em construção, não sendo privativa das entidades que operam o SFI."

⁶⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*, p. 206/208.

É suscetível de alienação fiduciária todo imóvel que seja passível de alienação plena, isto é, que não esteja fora do comércio. Se o imóvel não puder ser alienado por qualquer razão, como por exemplo, em decorrência de cláusula de inalienabilidade, o contrato de alienação fiduciária haverá de ser nulo.

É de se notar que a especificação anteriormente referida, que admitia como objeto *imóvel concluído ou em construção*, não se fazia, de fato, necessária, pois a lei civil já contempla definição precisa e consagrada para designar qual o objeto da alienação fiduciária de imóvel.

Bem imóvel, nos termos do art. 79 do Código Civil atual, cujo dispositivo correspondente no Código Civil anterior era o art. 43, I e II, é o solo com sua superfície e tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como os edifícios e construções. Daí porque, ao indicar como objeto da transmissão fiduciária a coisa imóvel, o *caput* do art. 22 da Lei nº 9.514/97 já está especificando que podem ser objeto de alienação fiduciária tanto o terreno como as acessões que sobre ele se forem erigidas.

Portanto, a particularização contida no antigo parágrafo único do art. 22 seria perfeitamente dispensável, e foi exatamente isto que fez a Medida Provisória nº 2.223, editada em 04/09/2001. Como já é sabido, posteriormente a mencionada Medida Provisória foi revogada pela Lei nº 10.931/2004⁶¹, que deu nova redação ao parágrafo único do artigo 22 da Lei 9.514/97, sendo, tal redação, parcialmente

⁶¹ Lei nº 10.931, de 02/08/2004. "Art. 57. A Lei nº 5.914/97, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...) Art. 22.
Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ter como objeto bens enfitêuticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário."

modificada pela Medida Provisória 2.221/2004⁶². Não obstante, nenhuma das alterações trazidas à baila, foi no sentido de fazer valer, novamente, a redação antiga da Lei, que restringia o objeto da alienação fiduciária apenas para imóvel concluído ou em construção.

Sendo assim, pôs-se, efetivamente, um basta na calorosa discussão, excluindo-se da redação do texto legal, que agora está no parágrafo primeiro do artigo 22 da Lei nº 9.514/97, aquela particularização desnecessária.

Com a atual redação, todos os imóveis poderão ser objeto de alienação fiduciária, e ao que tudo indica, a indigitada Medida Provisória 221/2004 deverá ser convertida em lei, tendo em vista as providenciais alterações trazidas em seu bojo, e saudadas pelos operadores do direito como salutares, sobretudo por aqueles afeitos ao direito imobiliário.

Ainda, é de se admitir que possa ser objeto de alienação fiduciária o imóvel gravado, mas tal faculdade não deve ter utilização prática, já que o gravame sabidamente poderá neutralizar os efeitos de garantia que são pretendidos pelo credor.

Outra discussão travada entre os operadores do direito, dizia respeito ao imóvel enfiteutico, quando se perguntava se poderia ou não tal imóvel ser objeto de alienação fiduciária.

⁶² Medida Provisória nº 221, de 01/10/2004. "Art. 27. Os artigos 22 e 38 da Lei nº 9.514/97, de 20 de novembro de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação: Art. 22. Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto bens enfiteuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário."

A enfiteuse, como é sabido, se dá quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto, uma pensão ou foro, anual, certo e invariável.

Já desde a edição da Medida Provisória nº 2.223, de 04/09/2001, a discussão quanto à possibilidade ou não de se alienar fiduciariamente um imóvel enfiteutico também foi pulverizada, pois foi inserido o parágrafo segundo no artigo 22 da referida lei, cuja redação encontra-se hoje na parte final do parágrafo único do mencionado artigo, por força da mencionada Medida Provisória nº 221/2004, prevendo de forma expressa a possibilidade do imóvel enfiteutico também poder ser objeto de alienação fiduciária.

Ainda, visando a expansão do crédito imobiliário em geral, a lei deverá ter larga aplicação nas incorporações imobiliárias, quando a alienação fiduciária terá como objeto a fração ideal do terreno objeto do financiamento e as acessões que sobre ela vierem a ser erigidas.

4.2.3. Forma

Tal como estabelecido no Sistema Financeiro da Habitação, a Lei nº 9.514/97 prevê que os contratos resultantes de sua aplicação sejam formalizados por instrumento particular, com força de escritura pública.

A lei estabelece a forma escrita para a prova, e o contrato pode ser público ou particular (já que fazê-lo por instrumento particular é faculdade prevista pela lei, e

não obrigatoriedade), dando-se a efetiva transmissão da propriedade fiduciária apenas mediante o registro do contrato que lhe serve de título, na respectiva Matrícula Imobiliária.

Forma, no dizer de José de Mello Junqueira:

[...] é o modo pelo qual se exterioriza a vontade das partes. Exigência da Lei é a exteriorização por instrumento escrito, particular ou público, conforme a hipótese. Mister se focalize o ato que efetiva o negócio, qual o registro e sua conseqüente publicidade, com todas as implicações formais no Registro de Imóveis.⁶³

Esses elementos merecem análise destacada, porquanto integrantes do próprio negócio, sem os quais estaria desnaturado o contrato da alienação fiduciária.

A Lei nº 9.514/97 dispõe sobre os requisitos do contrato, determinando explicitamente quais as cláusulas essenciais que deverão ser nele inseridas, nos termos do artigo 24.⁶⁴

Aproveitando novamente os ensinamentos de Melhim Namem Chalhub⁶⁵, considerada a hipótese mais comum de operação imobiliária com alienação fiduciária, o instrumento de financiamento, compra e venda e alienação fiduciária tendo como objeto um imóvel já individualizado, com habite-se averbado no Registro de Imóveis, poderá ter uma estrutura semelhante à que se enuncia a seguir.

No contrato, deverão figurar três partes, a saber: o vendedor (que geralmente será o incorporador), o comprador e a financiadora (instituição financeira, que de

⁶³ JUNQUEIRA, José de Mello. **Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel – Lei 9.514, de 20.11.97** – Associação Dos Registradores Imobiliários de São Paulo, p. 21/22.

⁶⁴ "Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá: I – o valor do principal da dívida; II – o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito 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 indicação, para efeito de venda em público Leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; VII – a cláusula dispondo sobre procedimentos de que trata o art. 27."

⁶⁵ **Negócio Fiduciário**, p. 209/210.

início haverá de figurar como mutuante e credora, e, depois, tornar-se-á proprietária fiduciária do imóvel em decorrência da alienação fiduciária em garantia).

No contrato necessariamente deverá constar a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a devida descrição do imóvel objeto do negócio e a indicação do título e modo de sua aquisição.

Indicar-se-á, de igual modo, para efeito de venda em leilão público, no caso de inadimplemento do devedor-fiduciante, o valor do imóvel e os critérios para sua revisão (revisão e não reajuste).

O valor do imóvel não precisa necessariamente coincidir com o valor da dívida sendo, porém, de suma importância sua fixação para estabelecer qual será o valor mínimo para lance no primeiro leilão. É que o § 1º do artigo 27 da lei ora analisada, prevê como valor mínimo de lance para o primeiro leilão, exatamente o valor estipulado para o imóvel.

Dentre outras cláusulas, Melhim Namem Chalhub destaca ainda, a que firma o pacto de alienação do imóvel ao credor, em caráter fiduciário para garantia do financiamento; a relativa ao reposicionamento da garantia em caso de deterioração ou diminuição da garantia prestada; a que se refere ao desdobramento da posse entre o comprador, fiduciante, detentor da posse direta, e o credor, fiduciário, detentor da posse indireta, assegurando ao primeiro sua permanência no imóvel, bem como a livre utilização do mesmo, por sua conta e risco, enquanto adimplente; as obrigações de zelo e guarda do fiduciante, além de seu direito de transmissão dos direitos relativos ao contrato; e, ainda, a cláusula dispondo sobre os procedimentos para a realização do leilão.

Finalmente, tem-se que o § 2º, do art. 26, da lei em análise, estabelece que deverá ser definido no contrato o prazo de carência para que, após, seja expedida a intimação para purgação da mora. Sem o decurso de tal prazo, o fiduciante devedor não haverá de ser constituído em mora.

Quanto ao instrumento pelo qual há de se formalizar a alienação fiduciária de imóveis, o contrato, como dito, poderá ser formalizado por instrumento particular, não se lhe aplicando a norma do art. 108 do Código Civil⁶⁶.

Por conseguinte, a partir do texto legal, conclui-se que se o contrato pelo qual se há de formalizar a alienação fiduciária de imóveis pode ser feito por instrumento particular, igualmente eventuais alterações e distratos também o poderão, nos exatos termos do artigo 472 do Código Civil⁶⁷.

Como já dito, antes da edição da já referida Medida Provisória nº 2.223/01, apenas os contratos celebrados com pessoa física, beneficiária final da operação, poderiam ser formalizados por instrumento particular, nos termos da antiga redação do art. 38⁶⁸ da lei em questão.

Como é sabido, a discussão gerada a esse respeito, pela qual se indagava o porquê da prerrogativa de se formalizar o contrato de alienação fiduciária por instrumento particular ter sido concedida apenas às pessoas físicas, em detrimento do mesmo direito às pessoas jurídicas, foi calada com a edição da Medida Provisória

⁶⁶ Código Civil. "Art. 108. Não dispendo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no País."

⁶⁷ Código Civil. "Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato."

⁶⁸ "Art. 38. Os contratos resultantes da aplicação desta Lei, quando celebrados com pessoa física, beneficiária final da operação, poderão ser formalizados por instrumento particular, não se lhes aplicando a norma do art. 134, II, do Código Civil."

nº 2.223 de 04 de setembro de 2001, quando então, o artigo 38 da Lei 9.514/97⁶⁹, passou a prever, de forma genérica, a possibilidade de ser formalizar o contrato de alienação fiduciária de bem imóvel por instrumento particular, quer seja participante dele pessoa física ou jurídica.

É certo que a Lei nº 10.931⁷⁰, de 02 de agosto de 2004, revogou a Medida Provisória nº 2.223/2001, alterando parcialmente o texto do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, que, em 1º de outubro de 2004, sofreu nova alteração, desta vez por força da Medida Provisória nº 221⁷¹ que, uma vez transformada em lei, deverá sacramentar a alteração, dando, assim, o texto definitivo ao artigo 38, da Lei nº 9.514/97.

Não obstante, nenhuma destas alterações ocorridas no referido texto legal, proibiu a possibilidade de se firmar o contrato por instrumento particular, ao qual a lei atribui força de escritura pública.

Com efeito, tal possibilidade foi prevista por todos os textos dados ao artigo 38, da Lei nº 9.514/97, a partir da Medida Provisória nº 2.223/2001, e continua prevista na última versão, dada pela Medida Provisória nº 2.221/2004.

⁶⁹ Medida Provisória nº 2.223, de 04/09/2001. "Art. 24. A Lei nº 9.514, de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 38. Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real e, bem assim, quaisquer outros atos e contratos resultantes da aplicação desta Lei, mesmo aqueles constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito, não se lhes aplicando a norma do art. 134, II, do Código Civil." (NR)

⁷⁰ Lei nº 10.931, de 02/08/2004. "Art. 57. A Lei nº 9.514/97, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...) Art. 38. Os contrato de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito."

⁷¹ Medida Provisória nº 221, de 01/10/2004. "Art. 27. Os artigos 22 e 38 da Lei nº 9.514/97, de 20 de novembro de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação: (...) Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes de sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular, com efeitos de escritura pública."

4.2.4. Do fiduciante – Cessão de direitos

O fiduciante, que pode ser o próprio devedor ou terceiro interveniente garantidor, com o escopo de garantia, aliena o imóvel ao fiduciário, credor, que pode ser instituição financiadora ou não, estando legitimadas à prática do negócio, pessoas físicas ou jurídicas, ainda que não integrantes do Sistema de Financiamento Imobiliário, nos termos do artigo 22 da Lei nº 9.514/97.

José de Mello Junqueira⁷², lecionando sobre a matéria, explica que pressuposto impreterível é que o fiduciante seja proprietário do imóvel, tendo sobre ele o poder de disposição, capacidade e legitimação para alienar nos termos dos arts. 104 e 1.647 do Código Civil⁷³. O negócio envolve disposição, daí aplicarem-se a esse contrato as regras atinentes à alienação de imóvel.

Por capacidade, entenda-se capacidade civil, capacidade de agir. Assim, o fiduciante deverá ser proprietário do bem, sobre o qual tenha o poder de disposição.

Em sendo pessoa relativamente incapaz, tem de ser assistida pelo seu representante legal, pois, sem a assistência, o negócio será anulável, o que fatalmente provocará sua anulação caso algum interessado venha arguir em juízo sua anulabilidade.

Tratando-se de absolutamente incapaz, seu representante legal terá de representá-lo no negócio, que caso contrário, será nulo por excelência.

⁷² **Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel**, p. 23.

⁷³ Código Civil. "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei". "Art. 1.647. Ressalvado o disposto no artigo 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; (...)."

Além da assistência ou representação, conforme seja a pessoa relativamente ou absolutamente incapaz, em ambos os casos haverá ainda a necessidade de autorização judicial.

Concernente à legitimidade, o art. 22 da Lei nº 9.514/97, prevê que tem legitimidade para alienar fiduciariamente um imóvel em garantia, todo aquele que pleitear um financiamento e for proprietário do respectivo bem, isto porque a lei, como dito, não restringiu o uso da garantia fiduciária de bem imóvel em nenhum momento.

Então, está legitimado a ser fiduciante, todo aquele que, sendo proprietário de bem imóvel, obtém um empréstimo que deverá ser pago dentro de determinado prazo. Ou ainda, fiduciante também poderá ser, na qualidade de interveniente garantidor, aquele que der imóvel seu para garantir dívida de terceiro.

Concernente à legitimidade para ser fiduciante na alienação fiduciária de imóveis, Artur Oscar de Oliveira Deda, comenta:

(...) A nova lei, entretanto, legitima à prática do negócio qualquer pessoa, física ou jurídica, não sendo privativo das entidades que operam no Sistema de Financiamento Imobiliário.⁷⁴

E Marcelo Terra neste mesmo sentido, sustenta:

No regime do decreto lei nº 911/69 muito se discute se entes ou entidades não financeiras podem contratar a alienação fiduciária de bens móveis; com o texto explícito da lei nº 9.514/97, esta dúvida não existe, o que certamente induzirá a um maior desenvolvimento prático do instituto, ampliando-se o leque de sua utilização.

Assim, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser o transmitente em garantia, o devedor (fiduciante), ou o credor (fiduciário) somente se lhes

⁷⁴ **Alienação Fiduciária em Garantia**, p. 67.

exigindo o requisito geral da capacidade para alienar ou para praticar atos civis.⁷⁵

A intenção do fiduciante se mostra como um dos aspectos mais importantes do negócio, pois o seu propósito não é transmitir de forma plena e definitiva a propriedade do imóvel para o fiduciário, antes, a transmissão se deve dar de uma forma temporária, com a intenção insofismável de que apenas servirá o negócio como garantia de um crédito.

Destarte, depreende-se dos ensinamentos de José de Mello Junqueira⁷⁶, que o fiduciante-alienante, após transmitir a propriedade ao credor, tem um direito que alguns autores, a exemplo de Moreira Alves, denominam de expectativo à aquisição da propriedade, que é o direito expectado, esperado.

O fiduciante, enquanto não paga a dívida na sua integralidade, não é um mero possuidor direto do imóvel alienado fiduciariamente, pois um *plus* se acrescenta ao conjunto de seus direitos, a saber, a absoluta certeza de recuperar, automaticamente e por força de lei, o domínio do indigitado imóvel tão logo satisfeito o crédito do fiduciário. Partindo dessa premissa, alguns autores dizem tratar-se de um direito expectativo de caráter real e não uma simples expectativa de direito.

José de Mello Junqueira aduz que essa posição supracitada ganha força com o dispositivo do art. 29, da Lei nº 9.514/97⁷⁷, que possibilita ao fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia.

⁷⁵ **Alienação Fiduciária de Imóveis em Garantia** – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, p. 28.

⁷⁶ **Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel**, p. 23/24.

⁷⁷ **Lei 9.514/97. “Art. 29. O fiduciante, com a anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.”**

Frisa-se que o citado art. 29 refere-se a "direitos sobre o imóvel" alienado, e esses direitos não se restringem à mera posse, mas também, e principalmente, o direito de assegurar a recuperação do domínio pleno do imóvel, assim que a dívida for quitada junto ao credor fiduciário. Esse direito incide diretamente sobre a coisa, de forma e caráter real, e entrosa-se na composição da propriedade fiduciária, que apresenta natureza jurídica própria e peculiar.

Tal peculiaridade, ainda fazendo uso dos ensinamentos de José de Mello Junqueira⁷⁸, se reforça na medida em que art. 23 da Lei nº 9.514/97, em seu parágrafo único, estabelece o desdobramento da posse entre o alienante e adquirente, não se podendo estabelecer em contrário no contrato de alienação fiduciária.

Não seria demais citar, ainda, para corroborar o entendimento acima exposto, os termos do § 8º, do artigo 26 da predita Lei nº 9.514/97 que, inserido pela Lei nº 10.931/2004, prevê a possibilidade do fiduciante, mediante a anuência do fiduciário, *dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida*. Tal direito é o chamado direito expectativo de caráter real, ou direito expectativo à aquisição da propriedade do fiduciante.

O fiduciante, por ter a posse direta do bem, tem ao seu dispor toda a ação cujo exercício se fizer necessário para sua defesa, contra terceiros e contra o próprio credor, proprietário fiduciário, através dos interditos possessórios.

Tem-se que os direitos do fiduciante, além de serem passíveis de transmissão pela vontade deste com a anuência do expressa do credor conforme disposto no art. 29 da Lei nº 9.514/97, são também suscetíveis de serem

⁷⁸ *Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel*, p. 24/29.

penhorados, arrestados, arrematados, pois representam determinado valor econômico.

Ainda, como dito anteriormente, é plenamente possível que terceira pessoa, na qualidade de interveniente garantidor, aliene fiduciariamente imóvel de sua propriedade ao credor, para garantir débito de outrem. Neste caso, o tomador do empréstimo figurará simplesmente como devedor, enquanto que o alienante do imóvel assumirá a posição de fiduciante.

Na verdade, porém, ambos serão devedores, porque, em não cumprindo o tomador do empréstimo (que teve sua dívida garantida pelo bem alienado fiduciariamente pelo terceiro ao credor) com a obrigação de pagamento, a propriedade transferida pelo fiduciante se consolidará, em definitivo, em nome do fiduciário, que a levará a público leilão, na forma prevista pela lei.

Caso o pagamento seja feito pelo fiduciante (terceiro que ofereceu imóvel de sua propriedade para garantir a obrigação do devedor), óbvio que este sub-roga-se nos direitos daí decorrentes, figurando-se como terceiro interessado no pagamento, o que ocorrerá igualmente na hipótese de a propriedade se consolidar na pessoa do fiduciário.

Obviamente, não há de se duvidar da possibilidade de figurar como alienante, construtoras e incorporadoras, pois, sendo o objetivo dessas empresas o comércio de bens imóveis, poderão alienar fiduciariamente o terreno em favor do financiador do empreendimento, a exemplo do que já ocorre no caso da hipoteca.

Alienando-o, tais empresas adquirem a titularidade de um direito expectativo, de caráter real, e estão legitimadas a alienarem referido direito, por frações e benfeitorias a serem erigidas no terreno.

Já o condômino de imóvel também está legitimado a alienar fiduciariamente em garantia sua parte indivisa, e para isso sequer precisa do consentimento dos demais, pois o direito de preferência existirá somente se o fiduciante não quitar sua dívida e o imóvel, com a consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor, nos termos da lei, for levado a público leilão.

Quanto à cessão dos direitos, o fiduciante, com a anuência expressa do fiduciário (art. 29, da Lei nº 9.514/97), excetuando-se os casos de sucessão hereditária e arrematação judicial, onde, obviamente, não há que se falar em tal anuência, pode ceder os direitos que detém sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

O contrato de cessão desses direitos, nos termos do art. 38 da Lei nº 9.514/97, poderá ser celebrado por instrumento particular, a ele se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito.

Ao assumir a posição do cedente, o cessionário obtém todos os direitos e obrigações do contrato originário, recebendo assim, o direito expectativo de um dia obter, também, o domínio pleno do imóvel quando implementada a condição resolutiva, qual seja, o pagamento total da dívida perante o credor.

Então, adquire o cessionário a posse direta do bem, assumindo, obviamente, a obrigação de pagar a dívida sob pena de ser constituído em mora e, após, em caso de inadimplemento e consolidação da propriedade fiduciária em nome credor, perder não só o direito de adquirir o domínio pleno do mesmo, mas também, a posse direta.

A cessão dos direitos do fiduciante, que poderá ser a título gratuito ou oneroso, não é, jamais, transferência de propriedade do imóvel, pois o cedente, no

momento da cessão, não tem a titularidade da propriedade, que foi anteriormente transferida ao credor. O que se transfere, e isto é de suma importância, é a posse direta do imóvel e o direito expectativo de vir a ser proprietário.

Ainda segundo José de Melo Junqueira⁷⁹, o contrato de cessão dos direitos do fiduciante, necessariamente será levado a registro no competente Registro de Imóveis, tal como o contrato originário.

Para o referido autor, o ato será de registro, já que envolve transmissão de direitos reais, e então o registro será necessário para que se tenha observado o princípio da continuidade, no momento do cancelamento da propriedade fiduciária, quando paga toda a dívida.

Apesar de plenamente justificado o entendimento retro mencionado, é de se admitir, no entanto, que por força da Lei nº 10.931, de 02/08/2004⁸⁰, o ato não será de registro, mas sim de averbação, pois ela inseriu o item 21 no inciso II do artigo 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), para determinar, ao invés do registro, o ato de averbação para o contrato de cessão de crédito imobiliário, que será analisado logo a seguir (na verdade, a inserção do item 21 ao inciso II do artigo 167 da Lei nº 6.015/1973, já havia ocorrido, anteriormente, por força da Medida Provisória nº 2.223, de 04 de setembro de 2001, que foi revogada pela Lei nº 10.931/2004, acima referida).

⁷⁹ **Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel**, p. 29.

⁸⁰ Lei nº 10.931, de 02/08/2004. "Art. 59. A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 167.

.....

II -

.....

21) da cessão do crédito imobiliário." (NR)

Assim, se para o contrato de cessão de crédito imobiliário, pelo qual o cedente transferirá ao cessionário o crédito juntamente com a propriedade fiduciária do imóvel dado em garantia, a lei prevê o ato de averbação, muito embora ela não tenha disposto o mesmo no que diz respeito ao contrato de cessão dos direitos do fiduciante, é de se entender que também para este caso o ato será de averbação.

4.2.5. Do fiduciário – Cessão de crédito

O credor fiduciário, ao receber o imóvel em alienação fiduciária, torna-se proprietário resolúvel do mesmo, sendo o titular do domínio sob uma condição resolutiva, que haverá de resolver-se automaticamente e por força de lei, assim que a dívida por ele garantida for integralmente paga.

Daí, segundo José de Mello Junqueira⁸¹, aplicar-se à propriedade fiduciária as disposições do art. 1.359 do Código Civil atual, correspondente ao art. 647 do Código Civil de 1916, mencionado pela Lei nº 9.514/97 em seu art. 33. Se o fiduciário tiver imposto ao imóvel quaisquer atos de disposição (direitos reais, hipotecas) a resolução de seu direito não só o priva da propriedade, como também inutiliza retroativamente todos aqueles atos.

Como será visto a seguir, apesar do disposto no art. 1.359 do Código Civil, a Lei nº 9.514/97, em seu art. 28, possibilita ao fiduciário, a cessão do seu crédito, o que implicará na transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia.

⁸¹ Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel, p. 32.

No que se refere à legitimidade para figurar como fiduciário, o art. 22, da Lei nº 9.514/97, estabelece que estão legitimadas a ser fiduciante ou fiduciário, pessoas jurídicas ou físicas, ainda que não integrantes do Sistema de Financiamento Imobiliário, não fazendo restrição a que possam figurar no pólo credor e devedor do negócio da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel.

A restrição contida nos artigos 2º e 3º da lei em pauta, que dá legitimidade somente às caixas econômicas, aos bancos comerciais, aos bancos com carteira de crédito imobiliário, às sociedades de crédito imobiliário, às associações de poupança e empréstimo, às companhias hipotecárias e, a critério do Conselho Monetário Nacional, a outras entidades, refere-se àquelas operações que, pelo empréstimo, integrarão o novo Sistema de Financiamento Imobiliário, visando possibilitar não só a operação de crédito em si, como também, a captação dos capitais necessários à sua mobilização e posterior securitização dos respectivos créditos, através de recebíveis imobiliários junto às companhias securitizadoras, o que, diga-se de passagem, foge da matéria enfocada neste trabalho.

A legitimidade para operar neste sistema integrado é que é restrita àquelas pessoas que poderão se valer de quaisquer garantias indicadas no artigo 17, da Lei nº 9.514/97, inclusive da própria alienação fiduciária.

Porém, a alienação fiduciária de bens imóveis em garantia, como já explicitado, está aberta a todas as pessoas, pois em síntese, não existem restrições quanto às pessoas que podem integrar o contrato.

Já no que diz respeito à cessão do crédito, é claro o texto do artigo 28 da Lei nº 9.514/97.⁸²

Segundo extrai-se dos ensinamentos de Melhim Namem Chalhub⁸³, a Lei nº 9.514/97 basicamente reproduz o princípio de que o acessório segue o principal, prevendo que a transferência para o novo credor implica a transferência para este da garantia desse crédito, que é a propriedade fiduciária.

Na cessão do crédito então, opera-se, obviamente, a substituição do credor fiduciário originário da relação contratual, pelo cessionário, que ao assumir a posição daquele, ficará sub-rogado integralmente nos direitos que lhe são inerentes.

Segundo o autor acima mencionado, merece destaque, no que diz respeito à cessão da posição de credor fiduciário, sua peculiar titularidade sobre o imóvel alienado fiduciariamente.

Isto porque, na contratação da alienação fiduciária, o credor fiduciário adquire a propriedade, não na plenitude das suas faculdades, pois essa propriedade é transmitida com escopo de garantia, em caráter fiduciário, com as limitações e exclusões próprias da natureza dessa garantia.

O credor adquire a propriedade do imóvel, assim, sob condição resolutiva, pois tal propriedade, uma vez paga na sua integralidade a dívida do fiduciante, por força de lei será resolvida, e retornará ao patrimônio deste último com efeitos retroativos, como se nunca houvera sido alienada.

⁸² Lei 9.514/97. "Art. 28. A cessão do crédito objeto da alienação fiduciária implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia."

⁸³ **Negócio Fiduciário**, p. 227/228.

Como dito anteriormente, por força da Lei nº 10.931/2004, que deu nova redação à Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), inserindo no inciso II do artigo 167, o item 21, o contrato de cessão de crédito haverá de ser levado à averbação no Registro de Imóveis⁸⁴.

Assim, uma vez efetivada a cessão e com a respectiva averbação no Registro de Imóveis, o cessionário passa a ser o titular da propriedade fiduciária, adquirindo todos os direitos e obrigações inerentes a essa posição, principalmente, de um lado, o de receber o crédito e seus acessórios e, de outro, o de restituir imediatamente, nos termos da lei, a propriedade plena do imóvel ao fiduciante, uma vez quitada a dívida.

A averbação da cessão, segundo depreende-se dos ensinamentos de Melhim Namem Chalhub⁸⁵, afigura-se como que indispensável não só para eficácia contra terceiros, mas também perante o próprio fiduciante, pois o credor fiduciário deve estar formalmente investido dos seus direitos para legitimar-se aos procedimentos de cobrança, constituição do devedor em mora, consolidação da propriedade em seu nome no caso de inadimplemento contratual por parte do devedor, e ajuizamento da ação de reintegração de posse, que lhe é assegurada pela lei.

O cedente, por consequência da cessão da posição de credor fiduciário, exonera-se de todas as suas obrigações, salvo, se, no contrato de cessão, tiverem

⁸⁴ Lei nº 10.931, de 02/08/2004. "Art. 59. A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 167.

II -

21) da cessão do crédito imobiliário." (NR)

⁸⁵ **Negócio Fiduciário**, p. 228

as partes convencionado que responda o cedente pela solvência do devedor, nos exatos termos do art. 296 do Código Civil⁸⁶.

Da mesma forma, o fiador ou o terceiro interessado que pagar a dívida, assumirá a posição do credor fiduciário, pois, nos termos do art. 31 da lei⁸⁷, em tal situação, haverá uma sub-rogação de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária.

Sendo assim, o fiador ou terceiro interessado, tendo solvido o débito, poderá exercer todos os direitos inerentes à figura do credor fiduciário, estando sujeito, na contrapartida, a todas as obrigações que lhe são imputáveis.

Em exceção à regra do art. 290 do Código Civil⁸⁸, a Lei nº 9.514, em seu art. 35⁸⁹, dispensa, nas cessões de crédito, a notificação do devedor.

A cessão da posição do fiduciário não constitui hipótese de incidência de imposto de transmissão *inter vivos*, porque não configura nenhuma das hipóteses do art. 156, II, da Constituição Federal⁹⁰. No caso, tem-se apenas uma cessão de crédito, acompanhada da transmissão da garantia representada pela propriedade fiduciária, estando explicitamente excepcionada pela Constituição a transmissão dos *direitos reais de garantia*. Obviamente, se verificado o inadimplemento do fiduciante que justifique a consolidação da propriedade no fiduciário, nesse caso estará ele

⁸⁶ Código Civil. "Art. 296: Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor."

⁸⁷ Lei 9.514/97. "Art. 31: O fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária."

⁸⁸ Código Civil. "Art. 290: A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita."

⁸⁹ Lei 9.514. "Art. 35: Nas cessões de crédito a que aludem os arts. 3º, 18 e 28, é dispensada a notificação do devedor."

⁹⁰ Constituição Federal. 1988. "Art. 156: Compete aos Municípios instituir imposto sobre: I – (...) II – transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos e sua aquisição."

adquirindo a propriedade, configurando-se, nessa hipótese, a *transmissão (...) de bens imóveis* de que trata o art. 156, II da Constituição Federal⁹¹.

4.2.6. Da Extinção da Obrigação

A obrigação garantida pela alienação fiduciária pode extinguir-se pelo seu cumprimento ou pelo seu inadimplemento.

Se a extinção da obrigação se der pelo pagamento, ante a ocorrência da condição resolutiva, o bem alienado fiduciariamente em garantia da dívida é imediatamente restituído ao alienante.

Por outro lado, se a extinção da obrigação se der em decorrência do inadimplemento do devedor da obrigação, que não precisa ser necessariamente o alienante, o bem alienado é que irá responder pela dívida.

4.3. DO PAGAMENTO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

Como se depreende do estudo até aqui desenvolvido, na alienação fiduciária o fiduciante transfere ao credor fiduciário a propriedade resolúvel do bem imóvel com o escopo de garantia. Tal propriedade, denominada de fiduciária, permanecerá com o credor até que seja cumprida a obrigação pelo pagamento da dívida.

⁹¹ **Negócio Fiduciário**, p. 229.

Desta forma, tem-se que, irrefutavelmente, o pagamento outra coisa não é senão a condição para que a propriedade plena retorne ao fiduciante.

Bem por isso o art. 25 da Lei 9.514/97 reza que com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel, e o faz nos mesmos termos do art. 1.359 do Código Civil, aplicável à alienação fiduciária em garantia, por força do art. 33 da mencionada lei.

Os princípios gerais estabelecidos nos artigos 304⁹² e seguintes do Código Civil, que dizem respeito ao pagamento, são também aqui aplicados, de modo que devem responder pela obrigação assumida, efetuando o pagamento da dívida, o devedor principal (fiduciante) e seus coobrigados, ficando estes, se pagarem, sub-rogados no crédito e na garantia fiduciária, nos termos do art. 31 da referida Lei⁹³.

Observa-se que o art. 31 supracitado, refere-se, além do fiador, ao "terceiro interessado".

Conforme ensina José de Mello Junqueira⁹⁴, entende-se que terceiro interessado não pode ser qualquer pessoa, mas somente aquele que tem alguma ligação com o contrato e que seja também, de alguma forma, obrigado a pagar a dívida em razão de uma responsabilidade conjunta, solidária ou subsidiária, tanto que, combinando o art. 31 da Lei 9.514/97 com o art. 346, III do Código Civil⁹⁵, nota-

⁹² Código Civil. "Art. 304. Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor. Parágrafo único. Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste."

⁹³ Lei nº 9.514/97. "Art. 31. O fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária."

⁹⁴ **Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel**, p. 54/55.

⁹⁵ Código Civil. "Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor: (...) III – do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

se que o pagamento com sub-rogação está reservado ao terceiro interessado que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

Os herdeiros e sucessores do fiduciante indubitavelmente são terceiros interessados, bem como o é aquele que penhorar os direitos do fiduciante.

No caso da penhora dos direitos do fiduciante, é de se admitir, obviamente, que aquele que penhorou tais direitos, salde a dívida junto ao fiduciário sub-rogando-se na titularidade da garantia.

Porém, não há que se olvidar que os terceiros interessados e fiador, só poderão efetuar o pagamento se constituído em mora o fiduciante, nos termos do art. 26 da lei ora analisada, e é preciso que ocorra o pagamento da dívida na sua integralidade, com a extinção da obrigação, caso contrário, se o terceiro interessado satisfizer apenas algumas parcelas da dívida, aplicar-se-á o disposto no art. 350 do Código Civil⁹⁶, com direito de regresso apenas sobre o valor que efetivamente foi pago por ele, no limite e proporção das importâncias pagas.

Já no pólo oposto, como titular do crédito e, portanto, como legitimado para recebê-lo, está o credor (fiduciário) ou seu cessionário a qualquer título.

O pagamento é o fato jurídico que tem o condão de extinguir a obrigação e, uma vez efetuado, como dispõe a própria lei em seu art. 25, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel, devendo o fiduciário fornecer ao fiduciante o termo de quitação no prazo de 30 dias e, à vista do referido termo, o Oficial do Registro de Imóveis competente cancelará o registro da propriedade fiduciária, com o que a

⁹⁶ Código Civil. "Art. 350. Na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até à soma, que tiver desembolsado para desobrigar o devedor."

propriedade plena do imóvel, automaticamente e por força de lei, imediatamente retornará ao fiduciante.

Extrai-se do entendimento de Melhim Namem Chalhub⁹⁷, que o pagamento é o evento caracterizador do implemento da condição, e cria para o credor a obrigação de dar quitação ao fiduciante, viabilizando para este a recuperação da plena propriedade do imóvel. E ainda, para evitar que o fiduciário, tendo já recebido seu crédito, retenha a entrega do termo de quitação causando prejuízo ao fiduciante, a lei impõe àquele a multa de meio por cento sobre o valor do contrato, por mês ou fração, caso postergue a entrega do termo por mais de trinta dias contados do pagamento da última parcela do preço.

4.4. DO INADIMPLENTO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

De proêmio, tem-se que em caso de inadimplemento contratual por parte do devedor fiduciante, ao credor fiduciário, *a priori*, cabe optar por recuperar seu crédito em sede de execução judicial ou pelo procedimento de consolidação em seu nome, da propriedade fiduciária que lhe foi transferida voluntária e anteriormente, quando da concessão do crédito, em garantia do mesmo.

Tal entendimento justifica-se, forçosamente, pelo fato de a própria Lei 9.514/97, em seu artigo 31, prever a possibilidade de, além da garantia real representada pela propriedade fiduciária, haver ainda outro tipo de garantia para a dívida, estampada na forma de garantia pessoal, citada na lei como fiança.

⁹⁷ **Negócio Fiduciário**, p. 213.

Entende-se que no caso da opção pela execução judicial, em tendo o credor logrado êxito no recebimento judicial de seu crédito, efetuado estará o pagamento da dívida, e, conseqüentemente, por esse pagamento, haverá de ser cancelada a propriedade fiduciária nos termos do art. 25 da Lei 9.154/97⁹⁸.

Todavia, é sabido que a indigitada Lei nº 9.514/97 afluou-se em nosso ordenamento jurídico exatamente para proporcionar eficácia e celeridade na recuperação do crédito, e então, é de se entender que o credor fiduciário acabará por optar, no geral, em caso de inadimplemento contratual por parte do devedor, pelo procedimento de consolidação da propriedade fiduciária em seu nome e não pela execução judicial, já que esta última, atualmente, não oferece a celeridade e eficácia almejadas.

Assim, no que diz respeito à consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor, em linhas gerais, conforme aduz Melhim Namem Chalhub⁹⁹, a Lei nº 9.514/97 adota, para a alienação fiduciária de imóveis, procedimentos de cobrança e de comprovação da mora semelhantes ao da Lei nº 6.766/79 (compromisso de compra e venda de lote e terreno).

Nos termos do art. 26, *caput*, da Lei 9.514/97, vencida e não paga, no todo ou em parte a dívida, e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Para fins do disposto no referido texto de lei, preceitua o § 1º do mesmo artigo, que o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, deverá ser intimado, a requerimento do fiduciário, pelo Oficial do

⁹⁸ Lei nº 9.514/97. "Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel."

⁹⁹ CHALHUB, Melhim. Op. cit., p. 214.

competente Registro de Imóveis (aquele em que estiver matriculado o imóvel alienado fiduciariamente) para que, no prazo de 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 encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

A Lei nº 9.514/97, ao contrário da Lei nº 4.591/64 (Lei de Incorporações, que prevê a possibilidade de notificação após o atraso de pagamento de três prestações), não estipulou um número mínimo de prestações em atraso, para que posteriormente, constituído em mora o devedor, se proceda à venda do imóvel em público leilão.

Antes, no § 2º do art. 26, ela dispõe que o prazo de carência, após o qual será expedida a intimação ao fiduciante para purgar a mora, deverá ser definido pelo contrato, sendo, portanto, a estipulação do tal prazo de carência, um requisito do contrato, que deve acrescer-se aos demais requisitos elencados no art. 24.

Assim, a intimação do fiduciante, frisa-se, far-se-á após decorrido o prazo de carência estipulado no contrato, e deverá ser procedida na pessoa do fiduciante ou de seu representante legal ou procurador regularmente constituído.

Apesar de estar previsto, na parte final do § 3º do artigo 26 da mesma lei, a possibilidade de ser promovida tal intimação pelo correio, com aviso de recebimento, se mostra muito mais segura, como ensina José de Mello Junqueira¹⁰⁰, a intimação pessoal, dadas às ocorrências e circunstâncias da intimação via correio, pois o ato

¹⁰⁰ Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel, p. 58.

se reveste de grande importância, devido os efeitos e conseqüências de eventual má efetivação.

Não obstante, tendo a lei expressamente previsto a possibilidade da intimação dar-se via correio, com aviso de recebimento, tal meio mostra-se plenamente válido, muito embora, como já dito, entendemos não ser o melhor e mais seguro meio de intimação, pois se for mal executado, acabará por não oferecer a certeza de o fiduciante, pessoalmente, ter recebido a intimação.

O fiduciário deverá instruir o requerimento de intimação do fiduciante, para purgar a mora, com o demonstrativo do débito (do mesmo modo previsto pelo art. 614 do Código de Processo Civil¹⁰¹ para a hipótese de execução judicial), e o Oficial do Registro de Imóveis, como dito, intimará pessoalmente o devedor para que, no prazo de quinze dias, efetue o pagamento da dívida, nos exatos termos do já mencionado § 1º do art. 26 da Lei 9.514/97.

Se o devedor não for encontrado, ou se estiver em lugar incerto e não sabido, o fato deverá ser devidamente certificado e então competirá ao Oficial do Registro de Imóveis promover a intimação editalícia.

Segundo o disposto no § 4º do art. 26 da lei nº 9.514/97, o edital pelo qual far-se-á a intimação do fiduciante, deverá ser publicado, ao menos por três dias, em um dos jornais de maior circulação local ou noutra de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.

¹⁰¹ Código de Processo Civil. "Art. 614 - Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial: I - com o título executivo, salvo se ela se fundar em sentença (art. 584); II - com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa; III - com a prova de que se verificou a condição, ou ocorreu o termo (art. 572)."

Purgada a mora, diz o § 5º do art. 26 da mesma lei, convalidará o contrato de alienação fiduciária.

Com o pagamento restabelece-se a conservação do negócio fiduciário que, segundo José de Melo Junqueira¹⁰², foi apenas perturbado pelo inadimplemento do devedor. O negócio entre as partes será tido por eficaz, embora essa eficácia tenha estado periclitante, e daí o porquê de a lei se referir ao seu convalidamento, com a purgação da mora.

A purgação da mora pelo fiduciante, deverá ser feita perante o Oficial de Registro de Imóveis competente, observando-se os valores que lhe tiverem sido apresentados pelo fiduciário e, conforme reza o § 6º, do art. 26, da Lei nº 9.514/97, nos três dias seguintes à purgação, o referido Oficial deverá entregar a este as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

Porém, nos termos do § 7º, do art. 26, da Lei nº 9.514/97, se o devedor deixar de purgar a mora no prazo legal, o Oficial do competente Registro de Imóveis deverá certificar o fato e, à vista da prova do pagamento, pelo fiduciário, do imposto de transmissão *inter vivos* e, se for o caso, do *laudêmio* (imóvel *enfitêutico*), promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário (a lei, anteriormente, dizia que o ato seria de registro, contudo, a Lei nº 10.931/2004, com muita propriedade, alterou a redação do mencionado texto legal, para dispor que o ato será de averbação).

Após a consolidação da propriedade em seu nome, em cumprimento ao preceito do art. 27 da Lei nº 9.514/97, o fiduciário, no prazo de trinta dias a contar da data da averbação de que trata o § 7º, do artigo 26, acima mencionado (e não

¹⁰² *Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel* – ARISP, p. 58.

registro, conforme continuou, equivocadamente, constando no *caput* do artigo 27, mesmo após a alteração promovida pela Lei nº 10.931/2004, conforme esclarecido acima), deverá promover público leilão para alienação do imóvel, a menos que o fiduciante, nos termos do § 8º¹⁰³, do artigo 26 da Lei nº 9.514/97, tenha, mediante a anuência do fiduciário, dado seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, com o que ficam dispensados os procedimentos previstos no predito artigo 27.

Segundo o art. 30, o fiduciário poderá requerer em juízo, antes da venda do imóvel, a reintegração na posse do mesmo, que será concedida liminarmente para a desocupação em sessenta dias, porém, não é condição *sine qua non* para a venda em leilão que o imóvel esteja na posse do fiduciário, tanto que o mesmo art. 30, após a venda do imóvel, legitima também o adquirente à propositura da referida ação de reintegração de posse.

Não há que se olvidar ainda, conforme anota José de Mello Junqueira¹⁰⁴, que uma vez consolidada a propriedade do imóvel em nome do fiduciário, impõe-se a ele o respeito a todas restrições ou ônus obrigacionais, como o da obrigatoriedade de sua alienação em público leilão pelo menos duas vezes, caso o primeiro leilão resulte negativo.

Reza o art. 24, VI da Lei nº 9.514/97, que o contrato deverá conter cláusula em que se explicita a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão, inspirando-se na regra do art. 1.484

¹⁰³ Lei nº 9.514/97. "Art. 26 (...) § 8º. 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." (incluído pela Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004)

¹⁰⁴ **Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel** – ARISP, p. 61/62

do novo Código Civil¹⁰⁵, que anteriormente já havia sido prevista pelo art. 818 do Código Civil de 1916.

Nestas condições, ensina Melhim Namem Chalhub¹⁰⁶, que ao contratar a alienação fiduciária, as partes convencionarão de antemão, o valor pelo qual concordam em promover a venda do imóvel em leilão na eventualidade do devedor, depois de notificado, deixar de purgar a mora.

Assim, no primeiro leilão, o imóvel deverá ser oferecido pelo preço mínimo que as partes tiverem, quando da contratação da alienação fiduciária em garantia, pactuado para esse fim (§ 1º, do art. 27). Se o maior lance oferecido for inferior ao valor estipulado para o imóvel, deverá o fiduciário promover o segundo leilão.

No segundo leilão, 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 (§ 2º, do art. 27).

Se o credor obtiver preço superior à importância devida pelo fiduciante, deverá entregar ao devedor, nos termos do art. 27, § 4º, o sobejo, com a quitação da dívida.

Se, porém, o maior lance oferecido for recusado por não ser sequer igual ao mínimo valor referido no § 2º do art. 27 (valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais), então, considerar-se-á extinta a dívida, e o credor, no prazo de cinco dias a contar

¹⁰⁵ Código Civil. "Art.1.484. É lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual, devidamente atualizado, será a base para as arrematações, adjudicações e remissões, dispensada a avaliação."

¹⁰⁶ **Negócio Fiduciário**, p. 217.

da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio, conforme preceituado pelo art. 27, §§ 5º e 6º da Lei nº 9.514/97.

Neste caso entende-se que, por falta de previsão legal, o credor estará desobrigado de efetuar novas tentativas para alienar o imóvel em público leilão, podendo gerar, em princípio, a impressão de que, sendo o valor estipulado para o imóvel, superior ao valor da dívida, o credor poderia estar enriquecendo sem causa.

Porém, tal enriquecimento sem causa não há de ocorrer, jamais, e isto pelo seguinte:

- a) como foi dito acima, no segundo leilão o imóvel deverá ser alienado, no mínimo, pelo valor da dívida;
- b) supondo então, que mesmo sendo o valor da dívida inferior ao valor estipulado para o imóvel, ainda assim este não foi alienado no segundo leilão, porque o lance oferecido não chegou sequer ao valor da dívida;
- c) sendo assim, tem-se que, no momento do segundo leilão, o imóvel, na verdade, está a representar um valor inferior ao valor da dívida, pois mesmo podendo ser alienado pelo valor desta, não o foi por ausência de alguém que o considerasse a tal ponto valioso;
- d) então, o que resta ao credor, com efeito, é um imóvel que além de não lhe proporcionar a recuperação de seu crédito na integralidade, ainda lhe causará despesas com débitos fiscais, condominiais e de manutenção, valendo sempre lembrar, que o credor emprestou em dinheiro e está recebendo em imóvel, e em imóvel que representa um crédito, pelo menos no momento, ilíquido.

E ainda, apenas para complementar o raciocínio, não se pode olvidar também que no caso de execução judicial, o imóvel penhorado para satisfação do crédito do exeqüente irá a primeira praça pelo valor da avaliação, e se negativa esta, voltará a ser levado a segunda praça, quando então poderá ser alienado a quem der o maior lance, desde que o valor do mesmo não seja considerado preço vil.

Assim sendo, é possível que um bem avaliado, por exemplo, em cem mil reais, seja alienado em sede de execução judicial por setenta mil reais, pouco mais ou pouco menos, desde que o lance seja aceito pelo juiz, sem que tal fato venha representar enriquecimento sem causa do arrematante, que, inclusive, poderá ser o próprio credor.

Neste sentido pacificou-se já o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se observa pelo julgamento do Recurso Especial nº 163.539 – MG, provido por unanimidade, cujo Acórdão restou ementado da seguinte forma:

Ementa:

Processual Civil. Execução. Arrematação pelo credor. Segunda hasta. Valor inferior à avaliação. Possibilidade. Preço vil não configurado. Validade do ato. CPC, arts. 690 e 692.

I – Legítima a arrematação de lote de bens móveis penhorados pelo credor em segunda hasta pública em lance inferior ao preço avaliado.

II – A ocorrência ou não de arrematação a preço vil deve ser examinada caso a caso, de acordo com as circunstâncias fáticas expostas no Acórdão a quo.

III – Caso em que se cuidava de lote de bens móveis, cujo lance correspondeu a 70% da avaliação, registrando-se que mesmo em segunda praça não se apresentaram interessados, sendo de se afastar a hipótese de venda a preço lesivo ao devedor e o enriquecimento sem causa da instituição bancária recorrente.

IV – Recurso conhecido e provido.¹⁰⁷

¹⁰⁷ STJ – Resp nº 163.539/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJ de 11.06.2001.

Interessante transcrever ainda, destacando deste julgado supracitado, o voto do Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator), que assim decidiu:

Trata-se de recurso especial aviado pelas letras "a" e "c" do permissor constitucional, objetivando a reforma de acórdão que indeferiu a arrematação de lote de bens móveis, à conclusão de que o lance deveria ser igual ao da avaliação por tratar-se de credor, bem como o valor ofertado em segunda praça, correspondente à 70% do valor avaliado do lote, configuraria preço vil.

Presentes os pressupostos constitucionais e legais da espécie, analisa-se o mérito recursal.

Primeiramente, afasta-se o fundamento do aresto estadual, no sentido de que a arrematação pelo credor em segunda hasta pública, deva ser igual ao preço da avaliação. O art. 690 da Lei Instrumental Civil não faz qualquer ressalva nesta direção.

Neste sentido:

"Execução. Arrematação pelo credor. Lance inferior ao da avaliação. Admissibilidade.

-É ilícito ao credor participar da hasta pública como qualquer outra pessoa que não esteja arrolada entre as exceções previstas no art. 690, § 1º do CPC, podendo arrematar por valor inferior ao da avaliação, desde que este não se qualifique como vil, sendo irrelevante, de todo modo, que não haja outros licitantes.

Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido e provido

(4ª Turma, Resp nº 243.880/SC, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, DJU de 27.11.00) "

Conquanto muito discutível a matéria no que tange aos percentuais para a configuração do preço vil, que efetivamente podem variar de acordo com inúmeras circunstâncias ditadas pela situação da economia nacional, pela natureza do bem praceado, etc., tenho que, na hipótese, não aconteceu o apontado vício. Como visto, cuidava-se, já, da 2ª praça, sem que nem na primeira, nem na segunda oportunidade, se apresentassem interessados. É natural que na venda judicial se obtenha resultado bastante inferior ao que se logra conseguir quando a busca por interessados se faz sem urgência,

de forma reiterada ao longo do tempo, com o auxílio de corretores profissionais e em que haja elasticidade na negociação, seja nas condições de pagamento, seja até aceitando-se outro bem em troca.

No caso dos autos, como visto, o valor ofertado chegou a 70% do lote de móveis penhorados, de sorte que não se configuram, a meu juízo, a lesão ao patrimônio do devedor e o enriquecimento sem causa do adquirente/credor. Inexistiu, na espécie, a situação nulificadora da segunda praça prevista no art. 692, **caput**, do Código de Processo Civil.

Sobre o tema, assim me manifestei em precedente:

“Processual Civil. Arrematação. Preço vil não configurado. Validade do ato. CPC, art. 692.

I – A ocorrência ou não de arrematação a preço vil deve ser examinada caso a caso, de acordo com as circunstâncias fáticas expostas no Acórdão a quo.

II – Caso em que se cuidava de sítio para lazer rural, de utilização limitada, e o valor oferecido pelo credor, correspondente ao total da dívida executada, correspondia a 57% da avaliação, registrando-se que mesmo em segunda praça não se apresentaram interessados, sendo de se afastar a hipótese de venda a preço lesivo ao devedor e o enriquecimento sem causa da instituição bancária recorrente.

III – Recurso conhecido e provido.”

(4ª Turma, Resp. nº 128.362/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 06.12.99)

Registro que, recentemente, esta Turma, conduzida pelo voto do eminente Ministro Barros Monteiro, sem deixar de explicitar que a aferição da ocorrência ou não de arrematação a preço vil deve ser avaliada casuisticamente, deu como boa a praça que resultou na alienação de imóvel por valor de 57,3% da avaliação, ou seja, percentual inferior ao dos autos (cf. Resp nº 167.976/RJ, unânime, DJU de 13.12.99).

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para validar a arrematação feita pelo recorrente.

É como voto.

Quanto aos mecanismos e procedimentos para a realização do público leilão extrajudicial, a lei não os explicita, antes, as partes é que deverão estipular as regras a isso relativas, devendo, para tanto, observarem os princípios gerais pertinentes à

questão, já consagrados no direito positivo, como os explicitados no art. 686 e seguintes do Código de Processo Civil, na Lei nº 4.591/64 e no Decreto-Lei nº 70/66. Aliás, o inciso II do art. 39 da Lei 9.514/97, faz remissão expressa à aplicação das disposições dos art. 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70/66.

Destarte, em atenção à segurança jurídica, os mecanismos e procedimentos referentes à realização do leilão, se o caso, deverão ser previstos no contrato, e da forma mais clara e transparente possível, de modo a não deixar dúvidas passíveis de viciar a alienação extrajudicial do bem, o que, em vindo a ocorrer, poderá, inclusive, culminar na sua anulação.

4.5. DA INSOLVÊNCIA DO FIDUCIANTE – DA DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL

Ainda, tema importante que não deve ser olvidado, é a hipótese de insolvência do fiduciante (no caso de suas dívidas excederem à importância de seus bens¹⁰⁸), que uma vez ocorrida, acaba por assegurar ao fiduciário, nos termos do art. 32, da Lei nº 9.514/97, a restituição do imóvel alienado fiduciariamente.

Por outro lado, como ensina José de Melo Junqueira¹⁰⁹, em caso de desapropriação do imóvel, deverão ser chamados ao processo, o credor-fiduciário e o devedor-fiduciante, pois ambos têm direitos reais sobre o imóvel e o resultado da expropriação, e, nos termos do art. 31, da Lei nº 3365/41, todos os direitos que recaírem sobre o imóvel se sub-rogam no preço e, em virtude da sub-rogação, por

¹⁰⁸ Artigo 748 do Código de Processo Civil: "Art. 748. Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor."

¹⁰⁹ **Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel**, p. 64.

força da lei, deve-se consignar em favor do credor-fiduciário, o valor necessário para seu integral pagamento, considerando-se vencida a dívida, sendo o sobejo entregue ao devedor-fiduciante.

Segundo o referido autor, por analogia, é a aplicação do art. 762, V do Código Civil de 1916, cujo dispositivo correspondente no Código Civil atual é o art. 1.425¹¹⁰ e, nesta hipótese, a sentença prolatada no processo de desapropriação valerá como título hábil para o registro no respectivo Registro de Imóveis, extinguindo-se, assim, a propriedade fiduciária.

4.6. PECULIARIDADES DA LEI Nº 9.514/97

É perfeitamente previsível, quanto aos efeitos práticos da aplicação da referida lei, a discussão que será levantada pelos estudiosos do direito a respeito de dois pontos polêmicos, a saber:

1 – Haverá, quando da inadimplência do fiduciante e conseqüente alienação do imóvel pelo fiduciário, que teve a propriedade consolidada em seu nome, a incidência do disposto no artigo 53 da Lei 8.078/90¹¹¹?

¹¹⁰ Código Civil. "Art. 1.425. A dívida considera-se vencida: (...) V – Se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor."

¹¹¹ "Art. 53 – Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado."

2 – E quanto à consolidação da propriedade em nome do fiduciário em virtude do inadimplemento do fiduciante, através de procedimento executório extrajudicial, sem se passar pelo crivo do Poder Judiciário, seria ela constitucional?

Ferir-se-ia, com ela, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição e outros princípios constitucionais a ele inerentes? Poderia tal texto de lei, a exemplo do que ocorre com a execução extrajudicial regradada pelo Decreto-Lei nº 70/66, ter sua constitucionalidade questionada?

Assim sendo, antevendo o surgimento de grande polêmica em torno destes assuntos, e buscando uma conclusão em relação a eles, é que se desenvolve a seguir, um raciocínio pautado em discussões já iniciadas entre os operadores do direito imobiliário a esse respeito, bem como em jurisprudência análoga a estes pontos polêmicos, já que ainda não é possível saber qual entendimento prevalecerá nos tribunais quanto à alienação fiduciária de imóveis, pois a lei que a instituiu é ainda recente.

4.7. DA INCIDÊNCIA OU NÃO DO ARTIGO 53 DA LEI Nº 8.078/90

É fato notório que vivemos em um mundo capitalista, onde é por demais explícito que a maioria esmagadora das atividades sociais, e com elas toda a estrutura do sistema financeiro nacional e internacional, centraliza-se no capital.

Percebe-se, ainda, que o mútuo é um empréstimo de dinheiro e, então, o capital emprestado deve não só ser remunerado em dinheiro, mas também deve, quando do final do empréstimo, ser integralmente devolvido em dinheiro.

Por sua vez, a Lei nº 9.154/97, quando dispõe sobre as conseqüências do inadimplemento do devedor nos contratos de mútuo com garantia fiduciária, impõe ao credor o dever (frise-se) de, uma vez consolidada a propriedade em seu nome, alienar o imóvel objeto da garantia oferecida ao financiamento, e entregar ao devedor a quantia que exceder o valor de seu crédito, tratando exaustivamente dos procedimentos correspondentes, através de seu artigo 27¹¹².

Ora, o sistema pela lei esquematizado, representa um verdadeiro “acerto” de contas entre credor e devedor.

Deixando o devedor de cumprir com as obrigações assumidas, que são os pagamentos das prestações ajustadas contratualmente, a propriedade consolidar-se-á em nome do credor que, apesar de ter, então, a propriedade plena do imóvel, obrigatoriamente deverá levá-lo a público leilão, onde, se o lance oferecido for superior à dívida e acessórios ou acrescidos (encargos contratuais tais como multa, juros, etc.), a diferença caberá ao devedor, porém, sendo o lance inferior à dívida e demais encargos, o credor haverá de arcar com o prejuízo.

¹¹² “Art. 27 – Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior promoverá público Leilão para a alienação do imóvel. § 1º - Se, no primeiro público Leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo Leilão, nos quinze dias seguintes. § 2º - No segundo Leilão, 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; § 3º - Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por: I – dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do Leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais; II – 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. § 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 esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil. § 5 – Se, no segundo Leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º. § 6º - Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo Leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.”

E esta, aliás, como se verá adiante, é uma das maiores diferenças entre a alienação fiduciária de coisa móvel e imóvel, pois, em se tratando de coisa móvel, também será realizado o leilão, porém, se o lance obtido for inferior à dívida, o credor poderá perseguir outros bens do devedor até que seu crédito seja integralmente satisfeito.

Por seu turno, como é sabido, a Lei nº 8.078/90, em seu artigo 53, estabelece que:

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

Em que pese ter sido a Lei nº 9.514/97 promulgada sete anos depois da Lei nº 8.078/90, e ser norma específica, com disciplina própria acerca da alienação fiduciária sobre bens imóveis, é de se presumir, na prática, a ocorrência de grande polêmica no sentido de ser ou não o disposto no referido artigo 53 do Código de Defesa ao Consumidor aplicável à alienação fiduciária de imóveis, uma vez que em tal artigo é clara a utilização da expressão "alienação fiduciária em garantia".

Surge, então, a polêmica: em deixando o devedor de cumprir com a obrigação de adimplir as prestações advindas do financiamento e, então, consolidada a propriedade em nome do fiduciário com a conseqüente alienação do imóvel em público leilão, o credor fiduciário é obrigado a devolver ao devedor fiduciante as prestações que ele já pagou?

Antes da insinuação de qualquer posição a respeito da polêmica acima levantada, tem-se por demais importante, preliminarmente, a promoção de uma confrontação e qualificação das normas legais em questão, para que, assim, possa ser definido, *a posteriori*, qual delas será efetivamente aplicada ao caso, em detrimento da outra.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu Artigo 2º¹¹³, preceitua que “*não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue*” e o mesmo artigo, em seu parágrafo segundo, prevê que a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Ora, o significado incontestável do § 2º da norma legal em epígrafe, outro não é senão que a lei geral disciplina o tema de uma forma geral, deixando espaço para a incidência da lei especial.

Assim sendo, partindo da premissa que a lei específica deve prevalecer em caso de conflito de normas, e levando em consideração a incompatibilidade entre os preceitos existentes nas Leis nº 9.514/97 e nº 8.078/90, mais precisamente no artigo 53 desta última, tem-se que, de plano, a Lei nº 9.514/97, que institui a alienação fiduciária de bens imóveis, por ser especial, deve prevalecer.

Neste sentido, temos o entendimento de Melhim Namem Chalhub¹¹⁴, a saber:

¹¹³ “Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º (...) § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a Lei anterior.”

¹¹⁴ Parecer registrado in: **Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor**, publicada pela Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança, p. 66.

Com efeito, a alienação fiduciária de bens imóveis (assim como a de bens móveis) tem disciplina própria, que regula de maneira específica e exaustiva as conseqüências da mora e a excussão do bem objeto da garantia, tudo com vistas à observância dos mesmos princípios de equidade e de equilíbrio das relações contratuais também perseguidos pelo CDC e, assim sendo, não de prevalecer as Leis especiais, em caso de conflito de normas.

No caso da alienação fiduciária de bens imóveis, a prevalência se dá não só em razão do critério da especialidade da lei, como, também, pelo critério da cronologia, pois a lei que disciplina a alienação fiduciária de bens imóveis é posterior ao CDC.

Depreende-se ainda dos ensinamentos do referido autor, que os §§ 4º e 5º do art. 66 da Lei nº 4.728/65, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 911/69, estabelecem que, havendo inadimplemento por parte do mutuário, o mutuante, alienando o bem objeto da garantia fiduciária, entregará ao mutuário o saldo que eventualmente sobejar, mas na hipótese de o valor obtido mostrar-se insuficiente para quitar a dívida, o mutuário continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado.

Já no que diz respeito à alienação fiduciária de bens imóveis, a Lei nº 9.514/97 estabelece que o fiduciário deverá reembolsar-se do seu crédito mediante venda do imóvel, em leilão, devolvendo ao devedor o valor que por ventura sobejar. Esta regra, que é estabelecida pelo art. 27 da lei em comento, determina a devolução ao devedor, da diferença eventualmente existente entre o valor da sua dívida e o valor superior alcançado pela venda do imóvel em leilão, afastando a possibilidade de perda total das quantias pagas pelo fiduciante e é, sob esta ótica, coerente com os ditames do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, a Lei nº 9.514/97, diferentemente do estabelecido pela legislação que regula a alienação fiduciária de bens móveis, reza que, se no

segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor devido pelo fiduciante, a dívida será considerada extinta, sendo vedado ao credor a cobrança de eventual saldo devedor.

Ocorre, em tal hipótese, um verdadeiro sistema de compensação, pois, se por um lado o fiduciante inadimplente acaba ficando sem o imóvel (que foi dado em garantia de sua dívida para com o fiduciário), por outro, se no segundo leilão não houver lance que sequer cubra integralmente o valor de sua dívida, será considerado, por força da lei, exonerado dela.

Sendo certo que as leis especiais prevalecem sobre as gerais, em caso de antinomias, e sendo certo também que a lei que regula a alienação fiduciária de bem imóvel é lei especial em relação ao Código de Defesa do Consumidor, então, parece-nos inaplicável o art. 53 do mesmo, havendo de prevalecer os ditames da Lei nº 9.514/97.

Normalmente a lei especial traz normas mais específicas do que as que já existiam anteriormente, mas que são compatíveis e conciliáveis com estas. Bem por isto os casos de incompatibilidade são raros, porém, caso ocorram, prevalece a lei especial nova pelos critérios da especialidade e cronologia.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor, como lei geral de proteção dos consumidores que é (pois não regula contratos específicos, antes, traça normas de conduta gerais) pode ser afastado para a aplicação de uma lei nova especial, tal qual a Lei nº 9.514/97, que, sendo posterior àquele, cuida especificamente do contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel.

Embora o assunto não tenha sido ainda suscitado em juízo de forma a ensejar posição jurisprudencial, diversos doutrinadores já se posicionaram a seu

respeito, e seus argumentos são deveras contundentes quanto à inaplicabilidade do indigitado preceito do CDC, no que diz respeito à alienação fiduciária de imóveis.

José Manoel de Arruda Alvim Netto, nas conclusões de seu Parecer, concedido à Associação Brasileira de Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança, aduz um outro motivo para a não devolução das prestações pagas pelo devedor, quando da alienação do imóvel frente a sua mora. Eis o motivo referido:

No contrato de compra e venda a prestações, o devedor recebe uma coisa, pela qual vai pagando; havendo rescisão haverá de devolver a coisa, e é por isso que, deve receber de volta o que por ela pagou; no sistema da Lei nº 9.514/97 o numerário destina-se à aquisição da coisa, é originariamente do Credor e, por isso deve devolvê-lo, pois que foi recebido com a obrigação de devolução; se o credor, a seu turno, houvesse de devolver 'esse mesmo numerário', que recebera em pagamento, estaria sempre perdendo; e, estaria 'sempre perdendo' porque o produto da alienação do bem imóvel destina-se ao pagamento do "resto do débito" ou seja, destina-se à reposição do patrimônio do credor, nada mais.¹¹⁵

Neste sentido, ainda, os ensinamentos do mesmo Arruda Alvim, exarado de forma detalhada quando da exposição do Parecer retro referido, a saber:

Na alienação fiduciária de imóveis, toda a forma de restituição e acertos entre credor-fiduciário e devedor-fiduciante é regulamentada pelo art. 27 da Lei nº 9.514/97, exaurindo-se aí essa disciplina, dispondo-se que, no caso de inadimplemento do devedor, após a sua intimação para purgação da mora, será consolidada a propriedade em nome do fiduciário, que promoverá Leilão público, no prazo de 30 dias, para a venda do imóvel.

Em sendo obtido lance igual ou maior do que o do valor do imóvel consignado no contrato, válido será o primeiro Leilão. Do contrário, um novo Leilão será realizado, sendo que será aceito lance igual ou superior ao da dívida objeto da operação de alienação fiduciária.

O dinheiro arrecadado com o Leilão será empregado para pagamento da dívida (original mais encargos e taxas), sendo devolvido o restante ao devedor. Se o dinheiro do Leilão não for suficiente para pagamento da

¹¹⁵ **Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor**, p. 45.

dívida, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o devedor da obrigação.

Se se vier a entender que o devedor tem direito à devolução das quantias pagas, na forma do art. 53, CDC, chagar-se-á ao absurdo de admitir-se que o devedor terá o direito de utilizar-se do bem, sem nada pagar. Isso porque, o fiduciário emprestou quantia suficiente para a compra do imóvel. Na verdade, portanto, as parcelas pagas pelo devedor nada mais são do que amortização de sua dívida, com os encargos decorrentes do negócio.

Sublinhe-se, ainda, estar presente, no caso, a regra do art. 1.256, do Código Civil: 'O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. **O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.**' O princípio que se encontra inserido nesse artigo 1256 do Código Civil, que é o da igualdade de tratamento que o legislador dispensa a todos os mutuários, sugere a seguinte observação e o desdobramento do princípio: 1º) todos os mutuários são obrigados a devolver, ao credor, o objeto do mútuo; 2º) mas, o devedor (= fiduciante) não o seria, em nome e por causa do art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ora desdobrando-se isto, teremos a seguinte situação: a) o fiduciante (= devedor) utiliza-se do bem, durante certo tempo; b) nada paga, especificamente, por essa fruição; c) ulteriormente, não mais reúne condições de continuar adimplindo o que contratou; **d) se obtiver devolução do que pagou, à luz do disposto no art. 53 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é certo estar configurado manifesto enriquecimento sem causa, e o que, pior do que tudo, isso decorreria do sistema jurídico.**

A situação, portanto, é absolutamente diversa da que ocorre no compromisso de compra e venda de imóvel a prestações, em que as parcelas pagas ao credor são provenientes do patrimônio do próprio devedor, daí o art. 53, CDC prever a sua devolução no caso de inadimplemento, com a perda do sinal, para composição das perdas e danos. Ademais, o vendedor do imóvel lucrará com a própria venda do imóvel, ao contrário do que ocorre na alienação fiduciária de imóvel, em que o negócio principal é o empréstimo.

Na alienação fiduciária, o Credor não irá lucrar com a venda do imóvel, mas sim, com encargos e taxas do financiamento feito.

Fica claro, portanto, que as parcelas pagas pelo fiduciante são mera amortização daquilo que recebeu previamente do Credor para a aquisição

do imóvel, mais encargos e taxas contratuais inerentes a qualquer contrato de empréstimo.

Admitir-se a devolução das parcelas pagas, seria o mesmo que se admitir que, num contrato de empréstimo bancário comum, fosse o Credor obrigado a devolver, na hipótese de inadimplemento do devedor, as quantias recebidas a título de amortização da dívida. Ora, o dinheiro é do próprio Credor que o adiantou ao devedor, não havendo, assim, como se admitir seja o Credor obrigado a devolver aquilo que recebeu em pagamento.

De outro lado, os encargos e taxas contratuais são a remuneração do Credor, que, da mesma forma, haverão de ser pagos, tal como se dá no empréstimo comum, em que, não obstante o inadimplemento do devedor, não perde o Credor o direito de execução de toda a dívida.

Na hipótese da alienação fiduciária de imóvel, o devedor tem ainda uma grande vantagem, qual seja, na hipótese da venda do imóvel em Leilão público não ser suficiente para pagamento da dívida, considerar-se-á a mesma extinta.

Há que se ter presente, que na alienação fiduciária de imóvel da Lei nº 9.514/97 pode estar envolvido um 'empréstimo' ou mútuo, contudo, com uma garantia real, qual seja, o imóvel comprado com o dinheiro objeto do empréstimo. Não se diferencia, portanto, a alienação fiduciária, no que diz respeito à dívida, dos contratos de empréstimos bancários comuns.

O Credor, p. ex., recebe em alienação fiduciária um imóvel de devedor fiduciante no valor de R\$ 100.00.00 (Cem mil reais). O devedor, por sua vez, compromete-se a devolver esta quantia, acrescida de encargos e juros contratuais, a título de remuneração do Credor. Não sendo paga toda a dívida, o imóvel é levado a Leilão, com o produto de sua venda utilizado para a amortização de toda a dívida, sendo que, na hipótese de haver saldo credor, será o mesmo devolvido ao devedor.

Na espécie, certo é, que até o valor do imóvel, os valores pagos pelo devedor serão devolvidos, com a venda do imóvel. O que será pago e não devolvido, é a quantia referente à remuneração do Credor.

Ademais, o art. 5º da Lei 9.514/97 dispõe serem condições ou elementos essenciais para as operações de financiamento imobiliário em geral, no âmbito do SFI: (I) reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste; (II) remuneração do capital emprestado à taxas convencionadas no contrato; (III) capitalização de juros.

Sendo, pois, a Lei nº 9.514/97 posterior ao Código do Consumidor e, além disto, sendo Lei específica em que se disciplina exaustivamente todo o assunto referente à alienação fiduciária sobre imóveis, fazendo-o em face de negócio jurídico não compatível com a devolução a que se refere o art. 53, do CDC, deverá prevalecer inteiramente o sistema da Lei nº 9.514/97, em face da lei que pretende ser genérica e que é anterior (CDC) e, que, ademais, é contrária à própria natureza do contrato de alienação fiduciária, como visto acima.¹¹⁶

E em consonância com este entendimento, ainda no que diz respeito a doutrina, temos os ensinamentos de Marcelo Terra:

Ainda que, como argumentação, se queira analisar a incidência da regra do citado art. 53 (do Código do Consumidor), concluo que, alienado a terceiros o imóvel em Leilão extrajudicial, poderá ou não haver quantia sobejável e restituível ao devedor (fiduciante): na hipótese negativa, absolutamente não incide a regra do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, eis que o credor (fiduciário) não fica com o imóvel, tudo se passando como se o próprio devedor (fiduciante) houvesse alienado, com prejuízo, a terceiro seu direito real de expectativa, sub-rogando-se o adquirente nos direitos e obrigações do contrato cedido, como se dá no Leilão extrajudicial na Lei de condomínio e incorporações.¹¹⁷

No mesmo sentido o entendimento de Arnoldo Wald¹¹⁸, que traz à tona o fato de que, em caso de inadimplemento do devedor fiduciante, o leilão será realizado com a finalidade de amortizar a *dívida* e as *despesas*. *Dívida*, nos termos do § 3º, I, do artigo 27 da Lei nº 9.514/97, corresponde ao valor original da dívida, somados os juros, correção monetária, encargos e multas e subtraídas as *prestações já pagas*. Então, na sistemática legal, as prestações pagas já foram consideradas na fixação do saldo devedor, não se cogitando de perda das parcelas pagas.

¹¹⁶ *Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor*, p. 21.

¹¹⁷ *Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia*, p. 74.

¹¹⁸ *Do Regime Legal da Alienação Fiduciária de Imóveis e sua Aplicabilidade em Operações de Financiamento de Bancos de Desenvolvimento*, Nº 51 – Julho – Dezembro de 2001.

Desta forma, tem-se que, quanto à questão da incidência do artigo 53, da Lei nº 8.078/90, restou de todo explícito, que, conclusão inarredável é a sua não aplicação, pois que, em sendo a Lei nº 9.514/97 mais recente que a anteriormente citada, e tratando ela de matéria especialíssima, enquanto que o Código de Defesa do Consumidor é norma genérica, não há como se pleitear a devolução das prestações pagas pelo devedor em caso de inadimplemento e consolidação da propriedade em nome do fiduciário, pois que se isso vier a ocorrer, além de se sacrificar o novo Sistema de Financiamento Imobiliário que acaba de nascer, ainda estaria ocorrendo uma inegável teratologia jurídica.

Jamais se viu, dentro dos parâmetros da normalidade e racionalidade jurídica, um credor que recebeu em parte seu crédito, quando da inadimplência do devedor, ser compelido a devolver a ele a parte da dívida paga. Tal fato vai de encontro a todas as normas não só da lógica jurídica como da própria matemática.

Então, solapados todos os argumentos em contrário, conclusão inarredável é a não aplicação do artigo 53 da Lei nº 8.078/90 nos casos especiais que envolverem este novo e promissor instituto denominado alienação fiduciária de bens imóveis.

4.8. DA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE NAS MÃOS DO FIDUCIÁRIO – LEILÃO EXTRAJUDICIAL – CONSTITUCIONALIDADE.

O tópico que ora se inicia tem o objetivo de analisar um ponto de enorme relevância ao mercado financeiro imobiliário, notadamente no âmbito da habitação, onde atualmente é bem alta a inadimplência.

Além disto, espera-se que, com o presente estudo, após análise de todos os ângulos da cobrança extrajudicial da dívida contraída quando da concessão de um financiamento imobiliário, possa-se chegar à conclusão de taxá-la como constitucional e, portanto, plenamente válida, ou inconstitucional e, assim, viciada e imprestável.

Já se nota em discussões havidas entre operadores do direito imobiliário e representantes de Instituições Financeiras, credoras em potencial dos mutuários do Sistema de Financiamento Imobiliário, cujos contratos de financiamento deverão prever como garantia da dívida a alienação fiduciária de bens imóveis, a crescente argumentação de que, no que concerne à consolidação da propriedade em nome do fiduciário em caso de inadimplemento do fiduciante, tal texto de lei seria inconstitucional, a exemplo da questão levantada quanto à inconstitucionalidade da execução extrajudicial instituída pelo Decreto-Lei nº 70/66 que prevê, em caso de inadimplemento do mutuário, a expropriação do imóvel financiado sem que tal procedimento passe pelo crivo do Poder Judiciário.

Os argumentos, tanto a favor como contra a constitucionalidade do decreto-lei supra-referido, são basicamente os mesmos usados na questão da constitucionalidade ou não da consolidação da propriedade nas mãos do fiduciário previsto pelo § 7º, do art. 26, da Lei nº 9.514, de 1997.

Tal método de procedimento extrajudicial de cobrança e leilão para fins de realização de garantia, que alguns aduzem ser inconstitucional e, portanto, inválido, para outros é plenamente constitucional e admissível em nosso ordenamento jurídico.

Trata-se de método similar ao previsto nos artigos 30, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, que franqueia aos Agentes Financeiros, em caso de insistente mora dos mutuários, executarem-nos extrajudicialmente, levando a leilão o imóvel hipotecado, depois de cumprida uma série de requisitos previsto em lei, como, por exemplo, a inequívoca ciência – por notificação enviada mediante Cartório de Títulos e Documentos – ao mutuário em débito.

A questão especificamente referente à execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei nº 70/66, que com exceção do item 2, a seguir transcrito, é a mesma já levantada com relação à consolidação da propriedade imobiliária em nome do credor fiduciário e posterior alienação extrajudicial, centraliza-se nas seguintes indagações:

1 - Os artigos 30, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70/66, são constitucionais ou inconstitucionais?

2 - Tal dispositivo legal, que permite a cobrança da dívida de um modo extrajudicial, foi ou não recepcionado pela Constituição Federal de 1988?

3 - Referido procedimento de cobrança extrajudicial fere ou não o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição (devido processo legal)?

O presente trabalho, fruto de largo estudo doutrinário e análise de vasta jurisprudência a seguir apresentada, especificamente referente ao Decreto-Lei nº 70/66 e analogamente à Lei nº 9.514/97, se presta a refletir sobre o assunto, intentando colaborar de alguma maneira com os interessados nesta relevante matéria de direito.

4.9. A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Figura-se de todo proveitosa a transcrição "*ipsis literis*" dos artigos do referido Decreto-Lei nº 70/66, tidos por alguns como inconstitucionais.

Os referidos artigos instituem a cobrança extrajudicial e deverão desta feita serem analisados, pois que, assim, todos poderão, "*in preliminar*", tomar conhecimento sobre o tal procedimento, mesmos aqueles que ainda, quem sabe, nunca souberam de sua existência ou, apesar de conhecerem-no, jamais o analisaram, quer seja porque foge inteiramente à sua área de concentração profissional, quer seja porque não deram a ele a devida relevância, apesar de ser um instituto que atinge milhares de mutuários do Sistema Financeiro da Habitação.

Levando em consideração o possível desconhecimento sobre tal procedimento executório por parte de muitos, mostra-se proveitosa, como forma de tornar o trabalho interessante para todos os que se propuserem a analisá-lo, a transcrição da parte do referido Decreto-Lei que vem provocando grande polêmica no mundo do Sistema Financeiro da Habitação, transcrição esta efetuada no Anexo I do presente trabalho¹¹⁹.

Alguns estudiosos, como se aferirá a seguir, defendem que os preceitos legais retro referidos, instituidores da chamada Execução Extrajudicial, trazem consigo o vício da inconstitucionalidade, pois ferem certos princípios constitucionais.

No tocante aos princípios constitucionais pertinentes ao caso, há de se considerar a seguinte análise: o princípio da inafastabilidade da jurisdição é aquele

¹¹⁹ Vide Anexo I.

consagrado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O Princípio da Inafastabilidade da jurisdição reveste-se da conotação de síntese da garantia constitucional de acesso à justiça, e por ele é garantido a todos que o Poder Judiciário, uma vez instado, nunca poderá deixar de aplicar o direito de modo a atender aos anseios dos cidadãos na resolução de seus problemas.

Com o intuito de fortalecer a alegação da pretensa inconstitucionalidade do citado Decreto-Lei, citam os que apóiam a tal corrente, outros incisos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, abaixo transcritos, aduzindo terem os mutuários executados por tal procedimento, o direito constitucional de não serem privados de seus bens, ou sua casa onde residem com a família, sem o “*due process of law*” (devido processo legal): “Art. 5º (...) LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”.

Os outros preceitos invocados pelos adeptos da corrente que inquina de inconstitucional a execução extrajudicial são os incisos que traduzem, a exemplo do inciso XXXV, os direitos e garantias fundamentais que visam dignificar a existência humana.

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção.

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

XXIII – a propriedade atenderá sua função social.

Analisar-se-á, a partir de tais preceitos, a real importância do princípio da jurisdição no desenrolar do trabalho, bem como se intentará apurar se o

procedimento executório preceituado nos artigos 30, parte final e 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70/66, que nada mais é senão a execução extrajudicial, fere ou não tal princípio, como alegado pelos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação e refutado de forma veemente pelas Instituições Financeiras credoras, que ante a inadimplência dos devedores adotam tal medida para reaverem ao menos parte do capital mutuado.

4.9.1. Posição contrária ao procedimento executório regulado pelo Decreto-Lei nº 70/66.

Neste item, destacar-se-ão os pontos que teriam o condão de inquinar de inconstitucional a execução extrajudicial e, diga-se de passagem, a análise dar-se-á de um modo unilateral, sem nos atermos aos argumentos favoráveis à constitucionalidade do procedimento, que na hora oportuna serão analisados.

O aludido diploma legal, datado de 1966, foi que instituiu a cédula hipotecária, bem como disciplinou a forma de execução do crédito representado no título hipotecário.

Pelo mencionado diploma, “vencida e não paga a dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este Decreto-Lei, formalizará ao agente fiduciário a solicitação da execução da dívida...” (art., 31); “... estará de pleno direito autorizado a publicar editais e efetuar, no decurso de 15 (quinze) dias, o primeiro público Leilão do imóvel hipotecado.” (art. 32).

Assim, *in preliminar*, tem-se que uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acordo com o art. 32, estar-se-ia ferindo algumas garantias constitucionais, tais como:

[...] a) de acesso à Justiça; b) da plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; c) do juiz natural ou pré-constituído; d) da prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável, e, f) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais.

Reclama-se a concretização do princípio do devido processo legal, bem como a existência de um órgão a presidir o processo, investido constitucionalmente da função, e com a competência que a lei determina para tal, e bem assim, imparcialidade para o deslinde da questão.

No mais, a garantia do devido processo legal exige uma igualdade substancial das partes e a observância da sistemática processual estabelecida também como garantida das partes.

Ter-se-ia então, quem sabe, pelas circunstâncias supracitadas, que não se mostra salutar o uso da disciplina ditada pelo procedimento extrajudicial, uma vez que não se pode observar nela os princípios do devido processo legal.

A uma, porque o artigo 31 do referido Decreto-Lei nº 70/66, ao atribuir ao agente fiduciário a condução do processo executivo, estaria subtraindo ao Poder Judiciário sua função indelegável e própria, como detentor do monopólio da jurisdição.

A duas, porque não se asseguraria qualquer possibilidade de defesa ao executado, senão a liquidação da obrigação pelos critérios utilizados pelo credor, ferindo a garantia da ampla defesa.

Cita-se como posição jurisprudencial quanto à inconstitucionalidade do Decreto analisado, a ementa do Acórdão nº 1890040938, da lavra da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, reunida em órgão especial, em incidente de inconstitucionalidade em apelação cível, inserta na revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, n. 76, p. 81 "usque" 84, que dispõe:

Arguição de inconstitucionalidade. A execução especial prevista no Decreto-Lei n. 70/66 e processo. Submetido assim às normas constitucionais de natureza processual. Constituindo execução privada, realizada fora do poder judiciário, sem segurança do contraditório e ampla defesa, dita execução é incompatível com as garantias postas nos incs. XXXV, LIV E LV da Constituição do Brasil de 1988. Incidente acolhido.

De qualquer modo, então, por razões de entendimento até que razoavelmente simples, não poderia se compatibilizar o devido processo legal com o exercício do poder de executar os bens do devedor a cargo da pessoa jurídica de direito privado, como seria a síntese do referido diploma legal que embasa o procedimento analisado.

À vista do regime constitucional vigente, alega-se que não subsiste eficácia das normas contidas no Decreto-Lei, que possibilitariam a expropriação privada do bem pelo credor em flagrante afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que consideraria nulo o ato jurídico expropriatório levado a efeito com fundamento na citada norma.

Assim, o referido Decreto-Lei, de fato, no conceito da corrente que o refuta, é algo como que *teratológico*, pois cuidaria de uma execução privada, e como tal seria um retrocesso que romperia o fio da história, volvendo à fase mais primitiva do direito romano.

O título obtido mediante a arrematação baseada no art. 37, parágrafo 2º do preceito legal em questão, ainda que devidamente inscrito ou transcrito no Registro de Imóveis, seria imprestável para propiciar a imissão na posse, em razão de referida norma legal não ter sido recepcionada pela Constituição de 1988.

Compartilhando a mesma interpretação quanto a inconstitucionalidade, temos o seguinte julgado:

PROCESSO CIVIL. Execução extrajudicial. Sistema Financeiro da Habitação. Ofensa aos princípios do devido processo legal, Juiz natural, ampla defesa e contraditório. Arts. 31 a 38 do Dec. - Lei 70/66 não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. Impossibilidade de Leilão extrajudicial.

1 - A execução extrajudicial prevista no Dec. - Lei n. 70/66 não se amolda às garantias oriundas do devido processo legal, do Juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, constantes do Texto Constitucional em vigor, pois é o próprio credor que realiza a excussão do bem, subtraindo o monopólio da jurisdição do Estado, quando deveria ser realizada somente perante um Magistrado constitucionalmente investido na função jurisdicional, competente para o litígio e imparcial na decisão da causa.

2 - Arts. 31 a 38 do Dec. - Lei n. 70/66 não recepcionados pela Constituição Federal de 1988, face os princípios insculpidos no art. 5º, XXXV, LII, LIV e LV, a determinar seja mantida a decisão que determinou a sustação do Leilão extrajudicial designado em sede de execução extrajudicial.¹²⁰

Na mesma linha, a corrente defensora da inconstitucionalidade do procedimento extrajudicial cita, talvez como seu maior trunfo em termos de

¹²⁰ TRF da 3ª Região - SP - REL. JUÍZA SUZANA CAMARGO - RT 758/383.

jurisprudência, a Súmula nº 39, editada pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que reza: **SÚMULA Nº 39: "SÃO INCONSTITUCIONAIS OS ARTS. 30, PARTE FINAL, E 31 A 38 DO DEC. LEI Nº 70, DE 21.11.66."**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo texto constitucional é o vigente, o uso de tal procedimento teria se tornado pura e simplesmente impossível, pois que aquele diploma legal jamais teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em especial tendo em vista o constante nos já citados dispositivos constitucionais, que outros não são senão os incisos XXXV, LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

O Decreto-Lei atacado não daria jamais a oportunidade para o exercício da defesa, pois o devedor não pode se defender, nem mostrar um possível equívoco quanto ao valor da dívida, a fim de discuti-lo e obter uma decisão sobre o real montante devido, pois a execução extrajudicial não oferece condições para o exame do critério utilizado no cálculo da dívida, ou do reajuste das prestações.

Enfim, constituiria uma norma nítida de primitivismo da distribuição da justiça, onde tolher-se-ia um dos mais basilares direitos, que é o de se defender, pois sujeita-se o devedor, vingando a plena validade do citado diploma, a ter seu patrimônio dilapidado em vendas extrajudiciais que favorecem o arrematante ou o adjudicante.

Neste sentido, o entendimento inserto no Acórdão proferido quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 45836, publicado pela Revista TRF – 3ª Região, vol. 31, que assim declarou:

Conquanto haja controvérsia acerca da constitucionalidade do Decreto-Lei 70/66, o Leilão, efetivado em execução extrajudicial, sem obediência ao princípio do devido processo legal, insculpido no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, constituiu-se em perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, eis que, em princípio, fere o direito da parte de somente se ver privado de seus bens por ordem judicial, como lhe assegura a Constituição Federal.

Ainda, esposando o mesmo entendimento, Sylvia Steiner, relatando a Apelação Cível nº 178478, incerta na Revista TRF – 3ª Região, vol. 29, Jan a Mar/97, diz:

[...] Não se admite, sob risco de ofensa aos princípios constitucionais da tutela jurisdicional, do contraditório, e da ampla defesa, seja alguém privado de seus bens sem o devido processo legal, assim concebido o procedimento justo sob o crivo do magistrado.

Portanto, em vista da Constituição Federal de 1988, seria, então, indubitosa a inconstitucionalidade do referido Decreto-Lei, pois atribui ao agente fiduciário a presidência do processo de execução, subtraindo ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, função indelegável e própria do juiz natural, provido das garantias e investido na forma constitucionalmente exigida, único capaz de assegurar a imparcialidade no tratamento das partes.

Não seria possível compatibilizar o devido processo legal com o exercício do poder de executar bens do devedor, a cargo de pessoa jurídica de direito privado.

Destarte, a execução extrajudicial seria manejada pelo próprio credor, através de entidade por ele contratada, ferindo os direitos e garantias constitucionais acima transcritos.

Não se poderia aceitar que a discussão sobre a dívida relativa a imóvel que serve de residência para uma família, que pode resultar na sua retomada sumária, possa ser feita fora do Poder Judiciário.

4.9.2. Posição favorável ao procedimento executório regulado pelo Decreto-Lei nº 70/66.

Terminada a análise das razões que poderiam inquirar de inconstitucional o diploma legal aqui analisado, desta feita serão analisados os argumentos e as razões que existem a favor da constitucionalidade do referido Decreto-Lei.

Para esta análise, torna-se forçoso que, à medida que forem sendo elencadas as razões plausíveis à validade do tal diploma, façam-se novas alusões aos argumentos contrários, que já foram apresentados.

Tal confrontação de argumentos se mostra extremamente salutar, pois a partir dessas contradições é que se poderá refutar estes ou aqueles argumentos, para que, assim, seja possível se chegar a uma conclusão.

Nesta ocasião, serão de muito proveito os argumentos que se levantaram, tanto quando da vigência da Constituição precedente, quanto da atual, em relação ao confronto do Decreto-Lei nº 70/66 com os textos constitucionais, pois, analogamente, poder-se-ia pretender vislumbrar, na alienação fiduciária de bem imóvel, o mesmo vício de inconstitucionalidade que muitos afirmam de forma veemente, inexistir.

No caso do tal Decreto-Lei, extrai-se dos ensinamentos de José Manoel de Arruda Alvim Netto, registrados no Parecer que concedeu à Associação Brasileira de Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança¹²¹, que por força da atual redação daquele dispositivo (art. 31, na redação dada pela Lei nº 8.004/90), tem-se que, efetivamente, não há como deixar de admitir que a execução extrajudicial somente pode ter início após ser dada ao devedor a informação (ciência).

Assim, uma vez noticiada a execução, todos os meios de reação, de resistência, extrajudiciais ou judiciais, restam à disposição do mutuário, inclusive com a latente oportunidade do devedor, em objetivando a recuperação do bem, purgar a mora até a expedição da carta de arrematação, nos termos do art. 34, do Decreto-Lei nº 70/66).

Ademais, atualmente, à luz da redação do art. 273 do Código de Processo Civil, que possibilita a antecipação, parcial ou total da tutela, abriu-se caminho máximo e instantâneo de acesso ao Judiciário, tudo dependendo, única e exclusivamente, da iniciativa do interessado.

Aliás, a antecipação da tutela¹²², segundo ensina Arruda Alvim no Parecer acima mencionado, foi criada como instituto geral aplicável a todas as hipóteses, e

¹²¹ Parecer registrado in: **Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor**, publicada pela Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança.

¹²² Código de Processo Civil. "Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º - A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. § 4º - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento."

ainda, o art. 461 do Código de Processo Civil¹²³, *mutatis mutandis*, disciplinou o assunto com os mesmos objetivos, para os casos de obrigação de fazer ou não fazer, e, mais recentemente, o art. 461 – A¹²⁴, o fez para a entrega de coisa.

Então, se existisse qualquer fundamento amparando a tese de que a execução extrajudicial confrontaria o princípio do livre contraditório, esse teria absolutamente desaparecido, pois referidos textos legais têm por objetivo prevenir o dano, acima de tudo, e estão ao alcance de todos, como que preceituado constitucionalmente.

Ademais, é de se lembrar que a antiga redação do Decreto-Lei sob análise previa, como um dos meios de notificação do devedor, a mera expedição de carta com aviso de recebimento como suficiente (e esta, como se sabe, é a regra para a citação no sistema processual civil após a edição da Lei nº 8.710/93).

¹²³ Código de Processo Civil. "Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º - A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º - A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º - Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º - O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva."

¹²⁴ Código de Processo Civil. "Art. 461 - A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1º - Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º - Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461."

Porém, a atual redação do artigo 31, § 1º, dada pela Lei nº 8004/90, certamente para ter-se como certa e inequívoca a prévia ciência do devedor, reza que a notificação somente será feita por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, ou seja, tem-se aqui, como imprescindível, a fé pública!

Adentrando à sistemática jurídica, neste assunto específico da execução extrajudicial dos imóveis dos mutuários inadimplentes, como resposta à necessidade de cobrança rápida dos créditos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação, chegar-se-á à conclusão que, de fato, como alegado por seus defensores, tal procedimento não é uma criação do Sistema Financeiro da Habitação, porque desde 1903 já existia no direito pátrio dispositivo similar (Legislação dos Armazéns Gerais)¹²⁵.

E mais ainda, a execução extrajudicial também é prevista nos arts. 1.433, inciso VI¹²⁶, do Código Civil, 279 do Código Comercial¹²⁷, 14 do Decreto-Lei nº 58/37¹²⁸ e 120, § 2º da Lei de Falências¹²⁹.

¹²⁵ Decreto nº 1102, de 21 de novembro de 1903. Alterado pela Lei Delegada nº 3, de 26 de setembro de 1962.

¹²⁶ Código Civil. "Art. 1.433. O credor pignoratício tem direito: (...) IV – a promover a execução judicial, ou a venda amigável, se lhe permitir expressamente o contrato, ou lhe autorizar o devedor mediante procuração;"

¹²⁷ Código Comercial. "Art. 279. O credor pignoratício, que por qualquer modo alhear ou negociar a coisa dada em penhor ou garantia, sem para isso ser autorizado por condição ou consentimento por escrito do devedor, incorrerá nas penas do crime de estelionato."

¹²⁸ Decreto-lei nº 58/37. "Art. 14. Vencida e não paga a prestação, considera-se o contrato rescindido em mora o devedor. § 1º. Para este efeito será ele intimado, a 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor. § 2º. Para este efeito será ele intimado, a requerimento do compromitente, pelo oficial do registro a satisfazer as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, juros convencionados e custas da intimação. § 3º. Purgada a mora, convalerá o compromisso. § 3º. Com a certidão de não haver sido feito pagamento em cartório, os compromitentes requererão ao oficial do registro o cancelamento da averbação."

¹²⁹ Decreto Lei nº 7661, de 21 de junho de 1945. "Art. 120 (...). § 2º. Os credores pignoratícios conservam o direito de mandar vender a coisa apenhada, se tal faculdade lhes foi conferida expressamente, no contrato, prestando contas ao síndico. Se, porém, não tiverem ficado com tal faculdade, poderão notificar o síndico para, dentro de 8 (oito) dias, remir a coisa dada em penhor; se o síndico não achar de conveniência para a massa a remissão da coisa, deverá notificar o credor para que dela lhe faça entrega, na forma deste artigo."

Extrai-se ainda dos ensinamentos de Arruda Alvim¹³⁰, que o objetivo do legislador em situações como esta que agora se analisa (Sistema Financeiro da Habitação e Decreto-Lei 70/66), outra não é senão atingir um efetivo equilíbrio entre a atuação do Estado e a atuação do indivíduo.

O Estado atua em busca de uma precisa finalidade, qual seja, a obtenção de recursos crescentes para a moradia – preocupação eminentemente 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. Certamente, apenas com a obtenção desse equilíbrio é que a função social da propriedade poderá ser um dia plenamente atingida.

Procurando vencer os limites que são propostos, e adentrando a intenção que dominou o intelecto do legislador em todo o tempo, verifica-se que ele apenas objetivou permitir rápidas medidas judiciais, cuja importância para a manutenção da política habitacional, é inquestionável.

¹³⁰ Parecer registrado in: **Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor**, publicada pela Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança.

Pensou, antes da Constituição Federal de 1988 e voltou a pensar depois da sua promulgação, tanto que a Lei nº 8.004/90, em seu artigo 21¹³¹, fez menção expressa ao procedimento executório extrajudicial regulado pelo Decreto-Lei 70/66.

Orlando Gomes elenca os argumentos invocados em favor da constitucionalidade da execução extrajudicial em questão, *verbis*:

Diversos argumentos são invocados em favor da constitucionalidade das disposições assecuratórias da cobrança extrajudicial das dívidas vinculadas ao sistema financeiro da habitação, mas, em resumo, arguem-se principalmente os seguintes:

- 1º) não se impede, nem se proíbe, o acesso à via judicial;
- 2º) se há lesão de direito no caso, quem a 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) há exemplos na legislação nacional de execução ou cobrança por via extrajudicial (no penhor, na alienação fiduciária em garantia, na falência) sem que jamais se houvesse argüido a inconstitucionalidade das disposições que as autorizam;
- 5º) a própria Lei (Decreto-Lei nº 70/66), prevê o controle jurisdicional (art. 37) ainda que a posteriori, exigindo carta de arrematação na venda por Leiloeiro que, transcrita no Registro de Imóveis, possibilita ao adquirente imitir-se, através de concessão liminar, na posse do bem;
- 6º) por último, responsabiliza o agente fiduciário que, mediante comprovada má-fé, alienar imóvel pela via extrajudicial.¹³²

Esposando o mesmo entendimento quanto à validade e constitucionalidade da execução extrajudicial, pronunciou, antes da Constituição Federal de 1988,

¹³¹ Lei 8004/90. "Art. 21. Somente serão objeto de execução na conformidade dos procedimentos do Dec. Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, ou da Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971, os financiamentos em que se verificar o atraso de pagamento de três ou mais prestações."

¹³² *Direitos Reais*, p. 380.

quando se levantavam as mesmas objeções que agora são reventiladas, José Carlos Moreira Alves¹³³.

Já o Ministro Waldemar Zveiter, em palestra publicada nos Anais do Seminário "Aspectos Jurídicos e Econômicos do Crédito Imobiliário", realizado em Angra dos Reis, em setembro de 1994, de igual modo defendeu a constitucionalidade da execução extrajudicial regulada pelo Decreto-Lei nº 70/66, e o fez nos seguintes termos:

Não há qualquer violação a preceitos constitucionais, *data venia*.

A uma porque a Lei, ao contrário, como se verá, não excluiu do Judiciário qualquer lesão de direito.

A outra por preservar a garantia do devido processo legal, eis que a execução extrajudicial é faculdade que decorre, como visto, da lei que a instituiu.

(...)

Não existe, como se vê, qualquer lesão ao direito do devedor.

Não há, assim, segundo penso, como se admitir a inconstitucionalidade da execução extrajudicial. E são vários os argumentos que autorizam tal assertiva.

1º) Ao devedor hipotecário está assegurado o direito de propor as ações cabíveis (consignatória, prestação de contas, ou qualquer outra) sempre que entender lesado o seu direito individual.

2º) Só não haveria controle jurisdicional se o próprio texto de Lei assim dispusesse.

3º) O Decreto-Lei nº 70/66 possibilita a purgação do débito, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, sem prejuízo do recurso ao Poder Judiciário.

4º) O Decreto-Lei nº 70/66, art. 40, impõe a rigorosa sanção ao agente fiduciário que não agir legalmente.

¹³³ Da Alienação Fiduciária em Garantia, p. 207.

5º) O devedor antes do início da execução, conforme o disposto no art. 31, quando tiver fundada razão para pôr em dúvida a imparcialidade ou idoneidade do agente fiduciário eleito no contrato, poderá pedir ao juízo competente a sua destituição (art. 41, § 1º) (...).

Assim, pela confrontação das alegações favoráveis e não favoráveis à constitucionalidade do Decreto-Lei ora analisado, verifica-se que, de fato, o referido diploma legal nada subtraiu da apreciação judicial, não tendo, em absoluto, afastado qualquer lesão ou ameaça a direito do controle do Poder Judiciário.

O procedimento executório extrajudicial não priva do imóvel o mutuário inadimplente sem o devido processo legal, antes, a própria lei prevê a afastabilidade do agente fiduciário que não se mostrar imparcial (art. 41, § 1º).

É garantida ao devedor uma execução legal, pois é da própria lei, que ele deverá ser cientificado de todo o procedimento de execução de seu débito.

É preciso que se esclareça, por ser demasiadamente importante, que o que sempre se pretendeu, tanto pelo Decreto-Lei nº 70/66 no que concerne à execução extrajudicial, como pela Lei nº 9.514/97 no tocante à alienação fiduciária do bem imóvel, é o adimplemento que fomenta o círculo virtuoso de geração de novos negócios e jamais o desapossamento imotivado de qualquer mutuário. Pretende-se resolver os problemas habitacionais e não aumentá-los.

Ademais, o mutuário que eventualmente sentir-se ameaçado por qualquer lesão ou ameaça ao seu direito, tem à sua inteira disposição, inúmeras ações judiciais cabíveis para atacar o ato ou fato lesivo ou ameaçador, oportunidade na qual o livre contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes, serão plenamente exercidos, como garantidos constitucionalmente.

Apenas a título de exemplo, cita-se as seguintes ações das quais podem fazer uso os mutuários: Ação Cautelar com Pedido de Liminar; Ação Ordinária com Pedido de Tutela Antecipada; Ação de Consignação em Pagamento; Ação Anulatória de Ato Jurídico; Ação Revisional de Clausulas Contratuais Cumulada com Repetição de Indébito.

Cita-se, ainda, como posição jurisprudencial que reconhece a legitimidade da sistemática de que aqui se cogita, as decisões que se expõe a seguir, todas elas posteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ação anulatória de execução extrajudicial de imóvel financiado pelo S.F.H. Decreto-Lei 70/66. Irregularidades não comprovadas

I – Não comprovadas as alegadas irregularidades no processo de alienação judicial do imóvel, não há motivos para a sua anulação.

II – Reconhecida a constitucionalidade do Decreto-Lei 70/66

III – Consumada a alienação do imóvel, em procedimento regular, torna-se impertinente a discussão sobre o critério de reajuste das prestações da casa própria.

IV – Recurso improvido.¹³⁴

Processo Civil – Sistema Financeiro da Habitação – Ação Civil Pública – Execução Extrajudicial – Suspensão Liminar

1. Em juízo de legalidade, tem a jurisprudência, proclamado, em entendimento já pacificado, ser constitucional a execução extrajudicial do DL nº 70/66.

2. Em suspensão de segurança, cujo juízo está restrito aos motivos que possam ensejar grave lesão à ordem ou às finanças pública, a liminar que, em ação coletiva, suspende todas as execuções que a CEF e outros agentes financeiros do SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO promovem extrajudicialmente merece ser coibida.

3. Suspensão de liminar que se defere, com arrimo no § 1º do art. 12, da Lei nº 7.347/85.¹³⁵

¹³⁴ STJ – Resp nº 46.050-6, Reg. 94.0008625-3, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 27/04/94 e publ. no DJU de 30/05/94.

¹³⁵ TRF da 1ª Região, Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 95.01.08962-2/MT, Plenário, 13 (treze) votos a 4 (quatro), publicado no Diário da Justiça no dia 27 de junho de 1996.

De suma importância transcrever aqui, ainda destacando deste julgado supracitado, os votos majoritários que o fundamentam, a saber:

O então Juiz Aldir Passarinho Júnior, e posteriormente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu, *verbis*:

[...] não vejo como se possa sustar toda a execução extrajudicial de um Decreto-Lei que está em vigor há trinta anos, cuja validade já foi amplamente debatida e acatada pelos Tribunais do País.

Esposando esta mesma linha de raciocínio, o Juiz Osmar Tognolo proferiu o seu voto no seguinte teor, *verbis*:

[...] entendo que o interesse público reclama é a manutenção do decreto, porque, na verdade, a lesão que se está causando ao Sistema Financeiro com os mutuários inadimplentes é muito grande. Dizer que eles não têm defesa, têm. Basta que entrem individualmente com as ações, expliquem seu caso e suas prestações poderão ser acertadas. Agora, a manutenção do impedimento da execução significa que o agente financeiro não poderá nem cobrar, porque o mutuário não terá nenhuma obrigação de pagar, já que não haverá execução.

E ainda, de forma igualmente interessante, se extrai o voto do Juiz Olindo Menezes, *verbis*:

(...)

Não procede a afirmativa de que os mutuários executados extrajudicialmente não têm defesa. O § 1º do art. 31 permite que o devedor purgue a mora. Se não estiver devendo, nada impede que, nessa oportunidade, leve o fato à atenção do credor.

Fala-se que o Decreto-Lei não permite o contraditório, mas a afirmativa não tem substância, soando mais como retórica. Nada impede que o mutuário vá a juízo, com ação cautelar, para a observância do Plano de Equivalência Salarial, seguida da ação ordinária, como tem acontecido em milhares de casos.

O que não se admite é que ele deixe de pagar as prestações do seu financiamento, permaneça omissivo na tomada de providências, e ainda assim pretenda impedir a execução extrajudicial do contrato. Em todos os casos postos em execução os mutuários estão nessa situação, visto como, estivessem em juízo, discutindo a questão, o agente financeiro jamais executaria.

Fala-se em inconstitucionalidade, em ausência de contraditório, em Lei autoritária, mas ninguém diz que não deve. O argumento de cunho social, pelo grande número de executados, não é suficiente para afastar o cumprimento da Lei, mesmo porque a decisão que impedisse a execução não os desobrigaria do pagamento do financiamento pelo seu valor de custo.

O dinheiro é uma mercadoria cara. Os valores emprestados aos mutuários provêm da caderneta de poupança e devem ser remunerados em sintonia com a inflação. Se, na outra ponta da operação, o agente financeiro não recebe na mesma proporção, o tomador vai ter que, cedo ou tarde, pagar aquela diferença. Desta forma, o argumento de cunho social não justifica a suspensão das execuções.

Não há que se olvidar, de igual modo, o decidido pelo Ministro Ilmar Galvão, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 223.075 – DF, que decidiu apoiado em vários precedentes, a saber:

(...)

O ilustrado parecer da douta Procuradoria-Geral da República mostrou já haver este STF, em várias oportunidades, decidido recursos extraordinários interpostos contra decisões proferidas em ações vinculadas a execuções de débitos de mutuários do SFH, processadas extrajudicialmente, na forma prevista no referido DL nº 70/66, sendo certo já haver decorrido mais de trinta anos da edição do referido diploma legal, sem que houvesse sido submetida a esta Corte uma única alegação de ser ele inconstitucional.

No antigo Tribunal Federal de Recursos, onde foram julgadas dezenas de milhares de ações de execução da mesma natureza da que ora se examina, por igual, nunca se pôs em dúvida a constitucionalidade da execução extrajudicial prevista no referido texto normativo.

No julgamento da AC nº 148.231-SC, de que fui relator perante aquela Corte, restou assentado, por unanimidade, o seguinte:

"Execução Extrajudicial. Decreto-Lei Nº 70/66. Inconstitucionalidade. Leilão.

Predomina neste Tribunal o entendimento de que não há incompatibilidade entre a execução do diploma legal em referência e a Constituição Federal."

(...), a matéria foi longamente estudada em várias decisões do antigo TRF, destacando-se o julgamento do MS nº 77.152, Min. Décio Miranda (Ver. Forense, 254/247), em cujo voto afirmou o eminente julgador, que posteriormente abrilhantou esta Corte, verbis:

"O Decreto-lei nº 70, de 21.11.66, no art. 29, autoriza o credor hipotecário no regime do Sistema Financeiro da Habitação, a optar pela execução do crédito na forma do Código de Processo Civil, ou na forma dos arts. 31 a 38 do mesmo Decreto-lei.

E os arts. 31 a 38 instituem nova modalidade de execução. O credor hipotecário comunica o agente fiduciário vencido e não pago. Estes, após convocar o devedor a purgar o débito, promove Leilão público do imóvel hipotecado, e, efetuado este, expede carta de arrematação, que servirá como título para transcrição no Registro de Imóveis.

Nesse regime a intervenção judicial só se dá para o fim de obter o arrematante imissão de posse do imóvel, que lhe será liminarmente concedida pelo juiz. A defesa do executado, salvo se consistir em prova de pagamento ou consignação anterior ao leilão, será debatida após a imissão de posse.

Alega-se que o procedimento não se harmoniza com o disposto no (...), segundo o qual não poderá a Lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Não houve, porém, supressão do controle judicial.

Estabeleceu-se, apenas, uma deslocação do momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir.

No sistema tradicional, ao Poder Judiciário se cometia em sua inteireza o processo de execução, porque dentro dele se exauria a defesa do devedor.

No novo procedimento, a defesa do devedor sucede ao último ato da execução, a entrega do bem executado ao arrematante.

No procedimento judicial, o receio de lesão ao direito do devedor tinha prevalência sobre o temor de lesão ao direito do credor. Adia-se a satisfação do crédito, presumivelmente líquido e certo, em atenção aos motivos de defesa do executado, quaisquer que fossem.

No novo procedimento, inverteu-se a ordem, deu-se prevalência à satisfação do crédito, conferindo-se à defesa do executado não mais condição impeditiva da execução, mas força rescindente, pois, se prosperarem as alegações do executado no processo judicial de imissão de posse, desconstituirá a sentença não só a arrematação como a execução, que a antecedeu.

Antes, a precedência, no tempo processual, dos motivos do devedor; hoje as dos motivos do credor, em atenção ao interesse social da liquidez do Sistema Financeiro da Habitação.

Essa mudança, em termos de política legislativa, pôde ser feita, na espécie, sem infligência de dano irreparável às garantias de defesa do devedor. Tem este aberta a via da reparação, não em face de um credor qualquer, mas em relação a credores credenciados pela integração num sistema financeiro a que a legislação confere específica segurança.

Se, no novo procedimento, vier a sofrer detrimento o direito individual concernente à propriedade, a reparação pode ser procurada no Poder Judiciário, seja pelo efeito rescindente da sentença na ação de imissão de posse, seja por ação direta contra o credor ou o agente fiduciário.

Assim, a eventual lesão ao direito individual não fica excluída da apreciação judicial.

Igualmente, desamparadas de razões dignas de apreço as alegações de ofensa aos §§ 1º e 22, do art. 153 da Constituição: a execução extrajudicial não vulnera o princípio da igualdade perante a Lei (todos, que obtiveram empréstimo do sistema, estão a ela sujeitos), nem fere o direito de propriedade (a execução não se faz sem causa, e esta reside na necessidade de satisfazer-se o crédito, em que também se investe direito de propriedade, assegurado pela norma constitucional).

Por outro lado, também não prospera a alegação, feita em casos análogos, de que a execução extrajudicial vulnera o princípio da autonomia e independência dos Poderes (art. 6º da Constituição).

O novo procedimento não retira do Poder Judiciário para o agente fiduciário parcela alguma do poder jurisdicional.

O agente fiduciário executa somente uma função administrativa, não necessariamente judicial.

A possibilidade dessa atuação administrativa resulta de uma nova especificação legal do contrato hipotecário, que assumiu, nesse particular,

feição anteriormente aceita no contrato de penhor, a previsão contratual da execução por meio de venda amigável (Código Civil, art. 774, III).

Essa modalidade já se transformara em condição regulamentar na excussão de penhor pela Caixa Econômica (quem a ela leva jóias e objetos não tem outra alternativa). O mesmo passou a suceder em relação à hipoteca contratado com agente do Sistema Financeiro da Habitação (quem adere a sistema aceita a hipoteca com essa virtualidade).

O litígio eventualmente surgido entre credor e devedor fica, num como noutro caso, separado do procedimento meramente administrativo da excussão”

Como facilmente se percebe, trata-se de decisão que esborou, um por um, todos os fundamentos do acórdão recorrido.

Restou demonstrado, efetivamente, de modo irretorquível, que o DL nº 70/66, além de prever uma fase de controle judicial, antes da perda da posse do imóvel pelo devedor (art. 36, § 2º), não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento de venda do imóvel seja, de logo, reprimida pelos meios processuais próprios.

(...)

Nessas condições, é fora de dúvida que não cabe falar, como fez o acórdão recorrido, em ofensa às normas dos incisos XXXV, XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição, nem, tampouco, em inobservância dos princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa.

(...)

(Acórdão tomado por votação unânime, em julgado realizado em agosto de 1998).

No mesmo sentido, já se manifestou a Segunda Câmara do próprio Primeiro Tribunal de Alçada Civil (que na Súmula nº 39 aduzira anteriormente a inconstitucionalidade do DL 70/66), no Agravo de Instrumento nº 837.366-6, datado de 10.02.1999, a saber:

“Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em 10/02/99”

“Não há mais como aplicar a súmula nº 39 desta Corte, após a recente manifestação do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 223.075-1, ocorrido em sessão de 23/06/98, dando pela

perfeita constitucionalidade da execução extrajudicial criada pelo Decreto-Lei nº 70/66". (Agravo De Instrumento Nº 837.366-6: Agravante: Banco Bradesco S/A; Agravados: Pastore David Engenharia e Empreendimentos Imobiliários Ltda e Outros).

Com efeito, o citado Recurso Extraordinário nº 223.075-1, traz-nos como Ementa, o seguinte:

Ementa: Execução Extrajudicial. Decreto-Lei Nº 70/66. Constitucionalidade.

Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados.

Recurso conhecido e provido.¹³⁶

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal realmente encontra-se pacífica em atestar a constitucionalidade da execução extrajudicial, e isto restou demonstrado quando do provimento ao Recurso Extraordinário nº 293.400-3, julgado em 02 de março de 2001 tendo por Relator o Ministro Nelson Jobim, que assim decidiu:

A questão é: execução extrajudicial (DL 70/66).

Há precedente:

"Ementa: Execução Extrajudicial. Decreto-Lei Nº 70/66. Constitucionalidade.

Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento no curso do procedimento seja reprimida, de logo pelos meios processuais adequados. (...)" (RE 223075, Galvão, DJ 06.11.98).

O acórdão recorrido está em confronto.

Dou provimento ao recurso. (...)

¹³⁶ Recurso Extraordinário nº 223.075-1 – Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrida: Ismara de Carvalho Bastos.

Ressalta-se que a decisão em epígrafe foi proferida, com fulcro no § 1º - A, do artigo 557 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 9.756/98, que prevê que *“se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com Súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o Relator poderá dar provimento ao recurso”*.

Então, nada tem de inconstitucional o diploma legal aqui analisado, a saber, o Decreto-Lei nº 70/66.

Mais especificamente, não há de serem inquinados de inconstitucionais os artigos 30, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70, de 21.11.66, que embasam a execução extrajudicial da dívida hipotecária, que uma vez levada a cabo, implica na arrematação do imóvel dado em hipoteca para garantir a dívida do mutuário do Sistema Financeiro da Habitação.

É insofismável que os argumentos elencados a favor da constitucionalidade do citado Decreto-Lei refutam em todos os sentidos, e de uma forma irretorquível, as razões que intentam inquirir de teratológico e inconstitucional o procedimento de execução extrajudicial.

O Decreto-Lei aqui analisado a partir de posições doutrinárias e jurisprudenciais, incontestavelmente foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, tanto é assim, que a Lei nº 8.004/90, que, diga-se de passagem, sabidamente é posterior à Carta Magna de 1988, fez a ele menção expressa, confirmando sua validade.

Está também em consonância com qualquer plano habitacional, pois como é cediço, o Poder Judiciário é moroso e se todas as questões contratuais houvessem

de ser decididas no âmbito judicial, certamente os prejudicados seriam todos os que recorrem ao Sistema Financeiro da Habitação.

Tal fato é incontroverso e se explica porque os investidores e as instituições financeiras, que já não têm muito incentivo para participar do sistema ante o alto grau de inadimplência que hoje assola o mercado financeiro imobiliário, seriam prejudicados consideravelmente ante a impossibilidade de execução extrajudicial e, em não sendo possível sua ocorrência, certamente o crédito seria restringido com amplo prejuízo para toda a sociedade.

Assim, a possibilidade da execução extrajudicial é um fator que amplia o crédito e indubitavelmente foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não refugindo aos ditames nela inseridos, como comprovado pelas razões supracitadas.

Na verdade, tendo sido o contrato firmado entre as partes, em atenção ao comezinho princípio da autonomia da vontade, elegendo os contratantes a forma de proceder no caso de inadimplemento das obrigações, inclusive no que diz respeito à forma de execução e ao diploma legal a ser adotado, e em tendo sido o procedimento executório exercido em estrita obediência ao preceituado no texto legal, é inelutável sua mais plena validade.

O indigitado Decreto-Lei prevê o rito do leilão e o controle jurisdicional posterior, além de possibilitar, em rito ordinário, a verificação das alegações do devedor, cogitando ainda em seus artigos 40 e 41, da eventual responsabilidade do agente fiduciário que agir com imparcialidade ou prejudicar qualquer das partes.

Ora, os atos tendentes a levar a bom termo a execução extrajudicial podem e devem ser revistos pelo Poder Judiciário, caso se desviem ou extrapolem os

ditames constantes no Decreto-Lei nº 70/66, em cujos dispositivos não consta, jamais, a exclusão da participação do Poder Judiciário na hipótese de violação dos direitos individuais.

Não se encontra, portanto, frise-se, qualquer indício de inconstitucionalidade na execução extrajudicial prevista em lei e ajustada pelas partes, e que, por sua vez, não está imune ao controle jurisdicional, quando inobservados os ditames legais.

E mais, quanto à Súmula nº 39 do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, com a devida venia, é de toda ineficaz, pois, como já é sabido, o antigo Tribunal Federal de Recursos, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já se pronunciaram a respeito da Constitucionalidade dos dispositivos constantes do Decreto-Lei nº 70/66, tanto que a Segunda Câmara do próprio 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, já deixou expressa a não possibilidade de se utilizar a citada súmula, uma vez que não representa a melhor e mais adequada inteligência da matéria suscitada.

O Tribunal Federal de Recursos, em acórdão citado na RJTJSP, a respeito da matéria, pronunciou-se no sentido de que:

[...] as normas do Dec. Lei nº 70/66, de 1966, que prevêem a execução extrajudicial da dívida hipotecária, não retiram do Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão a direito porventura existente na mesma execução, conseqüente de descumprimento de Lei ou cláusula contratual e, sim, não infringiu o princípio estabelecido no artigo 153, parágrafo 4º, da Constituição; também não ofendem as normas legais do artigo 70 e o princípio da isonomia, pois colocam em posição igual todos os que têm a mesma situação, como não ofendem o direito de propriedade desde que, se o devedor cumprir o contrato, não será executado e conservará o direito sobre o bem. (RJTJSP 68/122).

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, estampado no julgamento do Resp nº 46.050-6-RJ, cujo relator foi o Ministro Garcia Vieira, e do próprio Supremo Tribunal Federal, que por inúmeras vezes manifestou-se no sentido de que: “o fato de se tratar de execução extrajudicial, instituída pelo Decreto-Lei nº 70/66, de 1966, não invalida aquele direito”.¹³⁷

Porém, por outro lado, embora seja plenamente constitucional o procedimento da execução extrajudicial retro referida, há de se registrar que mesmo ele não tem oferecido a rapidez desejada pelos credores, conforme adverte Narciso Orlandi Neto quando, atestando a aceitação do indigitado procedimento pela jurisprudência, afirma:

*Sem embargo, não tem oferecido a rapidez desejada pelos credores. Sempre há duas lutas, para tirar a propriedade do devedor relapso e, depois, para tirar-lhe a posse.*¹³⁸

Portanto, conclui-se que nada tem de inconstitucional o procedimento executório previsto no Decreto-Lei nº 70/66, que se afigura como texto de lei perfeitamente recepcionado pela Carta Magna de 1988, e, portanto, plenamente válido.

Por conseguinte, de modo análogo, a consolidação da propriedade fiduciária em nome do fiduciário na forma prevista pela Lei nº 9.514/97, embora se dê extrajudicialmente, também nada tem de inconstitucional.

Aliás, outro não é o entendimento de Arnaldo Wald exarado de seu parecer¹³⁹ sobre a Lei nº 9.514/97, concedido ao Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo

¹³⁷ RTJ 79/1 e 70/1.032.

¹³⁸ In: Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – Jubileu de Prata (1972-1997) – Trabalhos Jurídicos – Comemorativos, p. 54.

¹³⁹ **Do Regime Legal da Alienação Fiduciária de Imóveis e sua Aplicabilidade em Operações de Financiamento de Bancos de Desenvolvimento**, In Revista de Direito Imobiliário – nº 51 – Julho - Dezembro de 2001.

S.A. - Bandes, quando, ao traçar um paralelo entre os institutos analisados em epígrafe, quais sejam, o Decreto-Lei nº 70/66 e a Lei nº 9.514/97, mais precisamente no tocante à execução extrajudicial regulada por aquele e a consolidação da propriedade fiduciária em nome do fiduciário previsto por esta, afirma que os dois procedimentos são similares, e sustenta, inclusive com citações jurisprudenciais, a inteira constitucionalidade da execução extrajudicial e, conseqüentemente, da consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do fiduciário, finalizando da seguinte forma:

96. Nesse sentido manifestou-se o STF, justificando-se a transcrição de pequeno trecho do voto do eminente relator;

"A venda efetuada pelo agente fiduciário, na forma prevista em lei, e no contrato, como um meio imprescindível à manutenção do indispensável fluxo circulatório dos recursos destinados à execução do programa da casa própria, justamente porque provenientes, na quase totalidade, como se sabe, do Fundo de Garantia do tempo de Serviço (FGTS), é, portanto, um ato que não refoge ao controle judicial, estando, por isso, longe de configurar uma ruptura no monopólio do Poder Judiciário"¹⁴⁰

97. Indiscutivelmente constitucionais, assim, as regras contidas na Lei 9.514/97, mesmo porque se trata aqui de consolidação de propriedade sobre coisa própria (*ius in re*), ainda que resolúvel, havendo, por conseguinte, maior razão para assim se proceder do que em caso de hipoteca. E se essa última hipótese é admitida, conclui-se que, na alienação fiduciária, a constitucionalidade dos dispositivos comentados não poderá ser questionada.

É certo que jamais será tolhido do devedor fiduciante inadimplente o direito de ingressar no Judiciário para que este proceda ao controle jurisdicional, primeiro, no momento da notificação para purgar a mora, quer para alegar inexistência da mora ou mesmo cobrança em valor superior ao que entende correto, quer para alegar

¹⁴⁰ RE 233.075, transcrito no DORJ, Seção I, de 26.08.1998, rel. Min. Ilmar Galvão.

irregularidade do procedimento perante o Registro Imobiliário, e depois, em não sendo purgada a mora, para discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão.

É nesse sentido que se posiciona Cândido Rangel Dinamarco em sua obra "Fundamentos do Processo Civil Moderno", em sede da qual manifestou-se da seguinte forma:

O recurso ao controle jurisdicional é admissível em dois momentos e com duas finalidades fundamentais. Logo no início, quando da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento perante o registro imobiliário destinado a esse fim (lei n. 9.514, de 20.11.97, art. 26, §§), é lícito ao devedor-fiduciante impugnar em juízo as exigências do credor (p. ex., negando a mora) ou mesmo a regularidade do procedimento. Depois, sem prejuízo de trazer à discussão o próprio registro que haja sido feito na matrícula imobiliária (lei cit., art. 26, § 7º), poderá ele discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão (art. 27). Tudo com apoio da promessa constitucional de acesso à Justiça, que a lei não arreda nem poderia arredar (Const., art. 5º, inc. XXXV).¹⁴¹

E, prosseguindo em seu entendimento, o referido autor elenca as hipóteses pelas quais, ao seu ver, estará sendo efetivada a tutela jurisdicional no caso analisado, a saber:

- a) admissibilidade de reclamações referentes ao próprio contrato e às cláusulas que contêm, inclusive mediante ações declaratórias a serem propostas pelo devedor;
- b) possibilidade de impugnar o procedimento instaurado perante os cartórios do registro imobiliário, seja mediante negativa da mora, seja com a alegação de vícios do procedimento em si mesmo;

¹⁴¹ Fundamentos do Processo Civil Moderno, 5ª ed, vol. II, p. 1280.

- c) oferta de meios idôneos para a discussão do valor pelo qual o bem garantidor haja sido transferido a terceiro.¹⁴²

Quanto a este último aspecto, Cândido Rangel Dinamarco ainda explica que não se cogita de execução nem de liquidez, porque a dívida se extingue após o segundo leilão, quer o valor arrecadado seja superior, igual ou inferior ao dela, mas, não constando sobra ou sendo declarada uma sobra que não satisfaça o devedor, sempre poderá este pedir em juízo o reconhecimento de seu direito ao valor que entende devido. Estando assim aberto o Poder Judiciário e disposto a enfrentar com realismo e sem preconceitos todas as questões que tais litígios suscitem, o citado autor sustenta que a regularidade constitucional de cada processo e do próprio sistema estará a salvo.

Analisando a alienação fiduciária de bens imóveis, Marcelo Terra também sustenta explicitamente a plena compatibilidade do procedimento extrajudicial de cobrança e leilão em caso de mora do devedor e o faz com as seguintes palavras:

Muito se discutirá a respeito dos aspectos constitucionais do leilão extrajudicial, razão pela qual manifesto, de pronto, minha opinião pela absoluta compatibilidade do procedimento em tela com os ditames da Constituição Federal, por respeitar as garantias individuais de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito" (art. 5º, inciso XXXV) e de que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, inciso LIV).

(...)

O leilão extrajudicial somente será realizado após a consolidação da plena propriedade na pessoa do credor (fiduciário), a qual está indissolivelmente condicionada à pré-existência de mora não purgada do devedor (fiduciante). Ora, se o devedor (fiduciante) tiver justa causa para o não pagamento de

¹⁴² Fundamentos do Processo Civil Moderno, 5ª ed, vol. II, p. 1281.

sua dívida, ou se houver razão para impugnar qualquer formalidade do procedimento de intimação ou de realização do leilão extrajudicial, ele (devedor fiduciante) poderá, sem qualquer embaraço, demandar judicialmente antes, durante ou posteriormente ao leilão; o acesso ao juiz natural é inafastável, podendo o Poder Judiciário, instado pelo interessado, decidir a respeito de todas as questões suscetíveis. Seria efetivamente inconstitucional se a disposição legal vedasse ao devedor (fiduciante) o direito de demandar a respeito de qualquer aspecto do contrato de alienação ou do procedimento decorrente do seu próprio inadimplemento. Em casos análogos de leilão extrajudicial (na lei de condomínio e incorporações, no decreto-lei nº 70/66, etc), a jurisprudência se orienta pela constitucionalidade do procedimento.

Confira-se decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Ap. 95.02.22.799-9-RJ, in RT-738/444), julgando a constitucionalidade do leilão extrajudicial realizado pela Caixa Econômica Federal com fundamento no art. 29, do decreto-lei nº 70/66.

(...)

Demonstrada assim, a não contrariedade à garantia constitucional de acesso irrestrito ao Poder Judiciário sem qualquer condicionamento ou limite.

(...)

Igualmente respeitada está a garantia de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. A uma pelo fato de o devedor (fiduciante) ser somente titular de direito real expectativo de se tornar proprietário e não proprietário, pois ao transmitir em garantia ao credor (fiduciário), aquele voluntária e anteriormente já se despojara da propriedade. A duas porque o leilão extrajudicial necessariamente se realiza posteriormente após a consolidação da propriedade plena na pessoa do credor (fiduciário), que, repito, depende da mora não purgada pelo devedor (fiduciante).¹⁴³

E ainda, Narciso Orlandi Neto tece os seguintes comentários a respeito da constitucionalidade do procedimento extrajudicial de cobrança no tocante à alienação fiduciária de imóveis:

¹⁴³ **Alienação Fiduciária de Imóveis em Garantia**, p. 53/54.

Sobre a constitucionalidade do procedimento extrajudicial na execução da alienação fiduciária em garantia, existem precedentes relativos ao Decreto-Lei nº 70/66.

A Súmula 39 do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, diz que “São inconstitucionais os arts. 30, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966”. Mas o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que os dispositivos não são inconstitucionais e continuam em vigor, não revogados nem pelo Código de Processo Civil, que é posterior (Resp. 46.050, rel. Min. Garcia Vieira, j. em 27 de abril de 1994, citado por Theotônio Negrão, CPC, Saraiva, 28ª ed., nota n. 1 ao Decreto-lei nº 70, p. 900).

A tendência dos Tribunais deve ser de aceitar a constitucionalidade do novo diploma legal, mas certamente suas disposições mais gravosas serão temperadas e abrandadas com os princípios apontados no Código de Defesa do Consumidor.”¹⁴⁴

¹⁴⁴ Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – Jubileu de Prata (1972-1997) – Trabalhos Jurídicos – Comemorativos, p. 73.

CONCLUSÕES

Pelo estudo desenvolvido, é de concluir-se, então, que:

1 - A alienação fiduciária de coisa imóvel outra coisa não é senão 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, e, tratando-se de garantia, a alienação fiduciária é um pacto acessório do principal.

2 - Tal instituto, introduzido pela Lei nº 9.514/97, foi inserido em nosso ordenamento jurídico em razão da irrefutável necessidade de que se garanta ao investidor do Sistema de Financiamento Imobiliário, o recebimento de seu crédito, ou, em caso de inadimplência, a tomada em definitivo da garantia que lhe foi oferecida por ele, ainda que, neste caso específico, lhe seja imposta a obrigação da alienar o imóvel em público Leilão, como visto.

3 - O procedimento extrajudicial de cobrança e leilão para fins de realização de garantia é inelutavelmente constitucional, compatível que é com os Direitos Fundamentais da Ampla Defesa e do Livre Contraditório, uma vez que o Poder Judiciário pode ser invocado a qualquer momento, quer antes, durante ou mesmo depois da consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor fiduciário em caso de inadimplemento do devedor, estando assim, a salvo, a regularidade constitucional.

4 - Afigura-se, afinal, uma providência salutar a prática do citado instituto legal, pois as outras formas de garantias existentes, como é sabido, mostram-se já

ineficazes ante a dificuldade e morosidade do procedimento que as regula, tornando-as assim, um fator por demais negativo àqueles que pretendem investir no mercado financeiro imobiliário brasileiro, que deve, forçosamente, emendar-se para atrair investimentos não apenas nacionais como também externos, uma vez que a globalização é iminente, e aqueles que não se adaptarem aos moldes das exigências do mercado mundial, certamente acabarão por sucumbir no mercado globalizado.

5 - Na realidade, a verificação das vantagens da aplicação da alienação fiduciária de coisa imóvel depende da análise de cada caso concreto, mas as possibilidades de vantagens, em potencial, são convincentes, a saber:

Para o comprador do imóvel:

a – Fica protegido em relação à situação financeira do fiduciário, pois para recuperar a propriedade plena do imóvel, basta quitar, perante o credor original ou terceiro que por ventura tenha adquirido os direitos creditórios, a dívida advinda do financiamento;

b – A resolução da propriedade fiduciária e a restituição do imóvel anteriormente alienado ao credor, ao seu patrimônio, depende única e exclusivamente de seus atos, que deverão ser direcionados para o pagamento total da dívida.

c – Tem a garantia de que o credor, fiduciário, uma vez paga a dívida, não lhe recusará o termo de quitação da mesma, sob pena de sujeitar-se a multa de meio por cento ao mês ou fração, sobre o valor do contrato, nos termos do art. 25, § 1º da Lei 9.514/97.

Para o empreendedor:

a – Em caso de inadimplemento contratual por parte do devedor, tem assegurado um procedimento de cobrança extrajudicial muito mais ágil e eficaz do que a rescisão contratual ou a execução hipotecária, procedimento este que culmina com a consolidação da propriedade fiduciária em seu nome, quando então, por força de lei, deverá levar o imóvel a público leilão por no mínimo duas vezes, se o primeiro leilão mostrar-se negativo.

b – Se for decretada a falência do devedor, tem assegurada sua garantia no que diz respeito a outras dívidas que o devedor porventura possua, como é o caso de débitos trabalhistas e fiscais, que em caso de falência, seriam pagos preferencialmente em detrimento de outros tipos de garantia, como a hipoteca, por exemplo;

c – E, finalmente, com a real garantia do recebimento de seu crédito, ou de uma execução ágil e eficaz o suficiente para não emperrar o dinamismo vivido pelo mercado financeiro, terá, indubitavelmente, condições de obter mais recursos para sua atividade, o que haverá de impulsionar o círculo virtuoso de geração de novos negócios.

Para a sociedade brasileira:

a – A alienação fiduciária de imóveis, como instituto de garantia que é, tende a desburocratizar o crédito imobiliário e incentivar sobremaneira os investimentos, aumentando a concessão de crédito que implicará em diminuição dos juros, que como consequência haverá de refletir na diminuição da inadimplência e retorno do capital para novos investimentos, barateando o crédito e facilitando a

aquisição de moradia digna pelos cidadãos brasileiros, de modo a contribuir, efetivamente, para a realização da dignidade da pessoa humana. A rotatividade e solidificação do mercado financeiro imobiliário tende ainda a diminuir drasticamente o desemprego, pois incentiva e fortifica o segmento da Construção Civil, que sabidamente é a maior empregadora de mão de obra desqualificada do país, gerando milhares de empregos diretos e indiretos.

6 – Como se vê, então, são várias as vantagens trazidas pelo Instituto da alienação fiduciária de imóveis frente aos tradicionais direitos reais de garantia, e, a principal delas, é a rapidez de recuperação do bem pelo credor-fiduciário, quando do inadimplemento do devedor-fiduciante.

7 - Os procedimentos de recuperação do crédito fiduciário nos casos de inadimplemento do fiduciante, poderão e deverão ser realizados extrajudicialmente, de uma forma rápida, simples e sem ferir qualquer preceito constitucional.

8 - Tais procedimentos tendem a desburocratizar o sistema de recuperação de créditos nacional, que por se mostrar ultrapassado, deve necessariamente evoluir a fim de adequar-se aos moldes de um mercado ativo, globalizado e interessante para os investidores, quer internos quer externos.

BIBLIOGRAFIA

- ALLENDE, Guillermo L. ***Panorama de derechos reales***. Buenos Aires: La Ley, 1967.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 1ª ed., São Paulo-Campinas: Millennium, 1998.
- ALVIM, Arruda. **Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: PUC-SP.
- Anais do Seminário **Aspectos Jurídicos e Econômicos do Sistema de Financiamento Imobiliário** – Praia do Forte – Bahia – 12 e 13 de Março de 1999 – Escola Nacional da Magistratura, pp. 13/14 – Melhim Namem Chalhub – Consultor Jurídico da Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP. Publicação da ABECIP. **Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor**. (s/a).
- BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Aires de. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Dalla Struttura Ala Funcione**. Milano: Edizione di Comunita, 1977.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Responsabilidade civil na incorporação imobiliária**. São Paulo: Editora RT, 1998.

CARVALHO, Afrânio de. **Registro de Imóveis**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, 5ª ed., vol. II: Malheiros Editores.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA VAZ, Ubiracyr. **Alienação Fiduciária De Coisa Imóvel**. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

- FUCCI, Paulo Eduardo. **Aspectos da Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel**. vol. 753. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GATTI, Edmundo. **Teoría general de los derechos reales**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d.
- GILISSEN John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 3ª Ed., São Paulo: RT, 1972.
- _____. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- _____. **Direitos Reais**. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- JUNQUEIRA, José de Mello. **Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel – Lei nº 9.514/97**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- LEAL, Rogério Gesta. **A Função Social da Propriedade da Cidade no Brasil: Aspectos Jurídicos e Políticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**. Curitiba: Juruá, 1999.
- LUHMANN, Niklas. **O poder**. Brasília: Edunb, 1992.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1999.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **Ação declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MEZZARI, Mário Pazutti. **Alienação Fiduciária da Lei 9514/97**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil / Direito das Coisas.**

São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1997.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da Alienação Fiduciária em Garantia.** São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. **Alienação Fiduciária em Garantia.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

NARCISO NETO, Orlandi. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – Jubileu de Prata (1972-1997) Trabalhos Jurídicos Comemorativos,** Editora Oliveira Mendes, 1997.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OLIVEIRA DEDA, Artur Oscar. **Alienação Fiduciária em Garantia – Doutrina e Jurisprudência.** (s/l): Saraiva, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínios e Incorporações.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CESPEDES, Livia. **Obra coletiva. Código Civil Comparado – Lei nº 3.071, de 1º/01/1916 X Lei nº 10.406, de 10/01/2002.** São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RABELLO JACOBINA, José Geraldo de. **Alienação Fiduciária em Garantia e Prisão Civil do Devedor.** 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Coimbra: Armênio Amado - Editor Sucessor, 1997.

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

RIOS, Arthur. **Manual de direito imobiliário**. Curitiba: Juruá, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil - direito das coisas**, v.5, São Paulo: Saraiva, 1996.

ROQUE, Sebastião José. **Direito das Coisas**. São Paulo: Ícone, 1994.

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

SALVETTI NETTO, Pedro. **Curso de Teoria Geral do Estado**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1979.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil - direito das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel**, v.VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

SILVA, Gilberto Valente da. **A Alienação Fiduciária de Bens Imóveis**. Boletim do IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, nº 249, fev., 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, Luiz Augusto Beck da. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SIMÕES, Geraldo Beire. **BDI – Boletim do Direito Imobiliário – 3º Decêndio Setembro/97**, nº 27.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SOTTANO, Jether. **Doação com cláusula de reversão**, Boletim do IRIB, julho/97.

SOUZA, Nelson Oscar de. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TERRA, Marcelo. **Alienação fiduciária de imóvel em garantia - Lei nº 9.514/97, primeiras linhas**. Porto Alegre: SAFE, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: RT, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos Reais**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1998.

ZVEITER, Waldemar. Colendo Superior Tribunal de Justiça - Anais do Seminário **“Aspectos Jurídicos e Econômicos do Crédito Imobiliário”**, realizado em Angra dos Reis, em Setembro de 1994.

ANEXO I

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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

Do Sistema de Financiamento Imobiliário

Seção I

Da finalidade

Art. 1º O Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos.

Seção II

Das entidades

Art. 2º Poderão operar no SFI as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e, a critério do Conselho Monetário Nacional - CMN, outras entidades.

Art. 3º As companhias securitizadoras de créditos imobiliários, instituições não financeiras constituídas sob a forma de sociedade por ações, terão por finalidade a aquisição e securitização desses créditos e a emissão e colocação, no mercado financeiro, de Certificados de Recebíveis Imobiliários, podendo emitir outros títulos de crédito, realizar negócios e prestar serviços compatíveis com as suas atividades.

Parágrafo único. O Conselho Monetário Nacional - CMN poderá fixar condições para o funcionamento das companhias de que trata este artigo.

Seção III

Do financiamento imobiliário

Art. 4º As operações de financiamento imobiliário em geral serão livremente efetuadas pelas entidades autorizadas a operar no SFI, segundo condições de mercado e observadas as prescrições legais.

Parágrafo único. Nas operações de que trata este artigo, poderão ser empregados recursos provenientes da captação nos mercados financeiro e de valores mobiliários, de acordo com a legislação pertinente.

Art. 5º As operações de financiamento imobiliário em geral, no âmbito do SFI, serão livremente pactuadas pelas partes, observadas as seguintes condições essenciais:

I - reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste;

II - remuneração do capital emprestado às taxas convencionadas no contrato;

III - capitalização dos juros;

IV - contratação, pelos tomadores de financiamento, de seguros contra os riscos de morte e invalidez permanente.

§ 1º As partes poderão estabelecer os critérios do reajuste de que trata o inciso I, observada a legislação vigente.

~~§ 2º As operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral, poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI, observados, quanto a eventual reajuste, os mesmos índices e a mesma periodicidade de incidência e cobrança.~~

§ 2º As operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 3º Na alienação de unidades em edificação sob o regime da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, a critério do adquirente e mediante informação obrigatória do incorporador, poderá ser contratado seguro que garanta o ressarcimento ao adquirente das quantias por este pagas, na hipótese de inadimplemento do incorporador ou construtor quanto à entrega da obra.

Seção IV

Do Certificado de Recebíveis Imobiliários

Art. 6º O Certificado de Recebíveis Imobiliários - CRI é título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro.

Parágrafo único. O CRI é de emissão exclusiva das companhias securitizadoras.

Art. 7º O CRI terá as seguintes características:

I - nome da companhia emitente;

II - número de ordem, local e data de emissão;

III - denominação "Certificado de Recebíveis Imobiliários";

IV - forma escritural;

V - nome do titular;

VI - valor nominal;

VII - data de pagamento ou, se emitido para pagamento parcelado, discriminação dos valores e das datas de pagamento das diversas parcelas;

VIII - taxa de juros, fixa ou flutuante, e datas de sua exigibilidade, admitida a capitalização;

IX - cláusula de reajuste, observada a legislação pertinente;

X - lugar de pagamento;

XI - identificação do Termo de Securitização de Créditos que lhe tenha dado origem.

§ 1º O registro e a negociação do CRI far-se-ão por meio de sistemas centralizados de custódia e liquidação financeira de títulos privados.

§ 2º O CRI poderá ter, conforme dispuser o Termo de Securitização de Créditos, garantia flutuante, que lhe assegurará privilégio geral sobre o ativo da companhia securitizadora, mas não impedirá a negociação dos bens que compõem esse ativo.

Seção V

Da securitização de créditos imobiliários

Art. 8º A securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora, do qual constarão os seguintes elementos:

~~I - a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individualização do imóvel a que esteja vinculado e indicação do~~

~~Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como o número do registro do ato pelo qual o crédito foi cedido;~~

I - a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individualização do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como a indicação do ato pelo qual o crédito foi cedido; (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

II - a identificação dos títulos emitidos;

III - a constituição de outras garantias de resgate dos títulos da série emitida, se for o caso.

Parágrafo único. Será permitida a securitização de créditos oriundos da alienação de unidades em edificação sob regime de incorporação nos moldes da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

Seção VI

Do regime fiduciário

Art. 9º A companhia securitizadora poderá instituir regime fiduciário sobre créditos imobiliários, a fim de lastrear a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários, sendo agente fiduciário uma instituição financeira ou companhia autorizada para esse fim pelo BACEN e beneficiários os adquirentes dos títulos lastreados nos recebíveis objeto desse regime.

Art. 10. O regime fiduciário será instituído mediante declaração unilateral da companhia securitizadora no contexto do Termo de Securitização de Créditos, que, além de conter os elementos de que trata o art. 8º, submeter-se-á às seguintes condições:

I - a constituição do regime fiduciário sobre os créditos que lastreiem a emissão;

II - a constituição de patrimônio separado, integrado pela totalidade dos créditos submetidos ao regime fiduciário que lastreiem a emissão;

III - a afetação dos créditos como lastro da emissão da respectiva série de títulos;

IV - a nomeação do agente fiduciário, com a definição de seus deveres, responsabilidades e remuneração, bem como as hipóteses, condições e forma de sua destituição ou substituição e as demais condições de sua atuação;

V - a forma de liquidação do patrimônio separado.

Parágrafo único. O Termo de Securitização de Créditos, em que seja instituído o regime fiduciário, será averbado nos Registros de Imóveis em que estejam matriculados os respectivos imóveis.

Art. 11. Os créditos objeto do regime fiduciário:

I - constituem patrimônio separado, que não se confunde com o da companhia securitizadora;

II - manter-se-ão apartados do patrimônio da companhia securitizadora até que se complete o resgate de todos os títulos da série a que estejam afetados;

III - destinam-se exclusivamente à liquidação dos títulos a que estiverem afetados, bem como ao pagamento dos respectivos custos de administração e de obrigações fiscais;

IV - estão isentos de qualquer ação ou execução pelos credores da companhia securitizadora;

V - não são passíveis de constituição de garantias ou de excussão por quaisquer dos credores da companhia securitizadora, por mais privilegiados que sejam;

VI - só responderão pelas obrigações inerentes aos títulos a ele afetados.

§ 1º No Termo de Securitização de Créditos, poderá ser conferido aos beneficiários e demais credores do patrimônio separado, se este se tornar insuficiente, o direito de haverem seus créditos contra o patrimônio da companhia securitizadora.

§ 2º Uma vez assegurado o direito de que trata o parágrafo anterior, a companhia securitizadora, sempre que se verificar insuficiência do patrimônio separado, promoverá a respectiva recomposição, mediante aditivo ao Termo de Securitização de Créditos, nele incluindo outros créditos imobiliários, com observância dos requisitos previstos nesta seção.

§ 3º A realização dos direitos dos beneficiários limitar-se-á aos créditos imobiliários integrantes do patrimônio separado, salvo se tiverem sido constituídas garantias adicionais por terceiros.

Art. 12. Instituído o regime fiduciário, incumbirá à companhia securitizadora administrar cada patrimônio separado, manter registros contábeis independentes em relação a cada um deles e elaborar e publicar as respectivas demonstrações financeiras.

Parágrafo único. A totalidade do patrimônio da companhia securitizadora responderá pelos prejuízos que esta causar por descumprimento de disposição legal ou regulamentar, por negligência ou administração temerária ou, ainda, por desvio da finalidade do patrimônio separado.

Art. 13. Ao agente fiduciário são conferidos poderes gerais de representação da comunhão dos beneficiários, inclusive os de receber e dar quitação, incumbindo-lhe:

I - zelar pela proteção dos direitos e interesses dos beneficiários, acompanhando a atuação da companhia securitizadora na administração do patrimônio separado;

II - adotar as medidas judiciais ou extrajudiciais necessárias à defesa dos interesses dos beneficiários, bem como à realização dos créditos afetados ao patrimônio separado, caso a companhia securitizadora não o faça;

III - exercer, na hipótese de insolvência da companhia securitizadora, a administração do patrimônio separado;

IV - promover, na forma em que dispuser o Termo de Securitização de Créditos, a liquidação do patrimônio separado;

V - executar os demais encargos que lhe forem atribuídos no Termo de Securitização de Créditos.

§ 1º O agente fiduciário responderá pelos prejuízos que causar por descumprimento de disposição legal ou regulamentar, por negligência ou administração temerária.

§ 2º Aplicam-se ao agente fiduciário os mesmos requisitos e incompatibilidades impostos pelo art. 66 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Art. 14. A insuficiência dos bens do patrimônio separado não dará causa à declaração de sua quebra, cabendo, nessa hipótese, ao agente fiduciário convocar assembléia geral dos beneficiários para deliberar sobre as normas de administração ou liquidação do patrimônio separado.

§ 1º Na hipótese de que trata este artigo, a assembléia geral estará legitimada a adotar qualquer medida pertinente à administração ou liquidação do patrimônio separado, inclusive a transferência dos bens e direitos dele integrantes para outra entidade que opere no SFI, a forma de liquidação do patrimônio e a nomeação do liquidante.

§ 2º A assembléia geral, convocada mediante edital publicado por três vezes, com antecedência de vinte dias, em jornal de grande circulação na praça em que tiver sido feita a emissão dos títulos, instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de beneficiários que representem, pelo menos, dois terços do valor global

dos títulos e, em segunda convocação, com qualquer número, sendo válidas as deliberações tomadas pela maioria absoluta desse capital.

Art. 15. No caso de insolvência da companhia securitizadora, o agente fiduciário assumirá imediatamente a custódia e administração dos créditos imobiliários integrantes do patrimônio separado e convocará a assembléia geral dos beneficiários para deliberar sobre a forma de administração, observados os requisitos estabelecidos no § 2º do art. 14.

Parágrafo único. A insolvência da companhia securitizadora não afetará os patrimônios separados que tenha constituído.

Art. 16. Extinguir-se-á o regime fiduciário de que trata esta seção pelo implemento das condições a que esteja submetido, na conformidade do Termo de Securitização de Créditos que o tenha instituído.

§ 1º Uma vez satisfeitos os créditos dos beneficiários e extinto o regime fiduciário, o Agente Fiduciário fornecerá, no prazo de três dias úteis, à companhia securitizadora, termo de quitação, que servirá para baixa, nos competentes Registros de Imóveis, da averbação que tenha instituído o regime fiduciário.

§ 2º A baixa de que trata o parágrafo anterior importará na reintegração ao patrimônio comum da companhia securitizadora dos recebíveis imobiliários que sobejarem.

§ 3º Os emolumentos devidos aos Cartórios de Registros de Imóveis para cancelamento do regime fiduciário e das garantias reais existentes serão cobrados como ato único. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Seção VII

Das garantias

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 ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis;

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.

§ 2º Aplicam-se à caução dos direitos creditórios a que se refere o inciso III deste artigo as disposições dos arts. 789 a 795 do Código Civil.

§ 3º As operações do SFI que envolvam locação poderão ser garantidas suplementarmente por anticrese.

Art. 18. O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterà, além de outros elementos, os seguintes:

I - o total da dívida ou sua estimativa;

II - o local, a data e a forma de pagamento;

III - a taxa de juros;

IV - a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.

Art. 19. Ao credor fiduciário compete o direito de:

I - conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente;

II - promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária;

III - usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel;

IV - receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente.

§ 1º As importâncias recebidas na forma do inciso IV deste artigo, depois de deduzidas as despesas de cobrança e de administração, serão creditadas ao devedor cedente, na operação objeto da cessão fiduciária, até final liquidação da dívida e encargos, responsabilizando-se o credor fiduciário perante o cedente, como depositário, pelo que receber além do que este lhe devia.

§ 2º Se as importâncias recebidas, a que se refere o parágrafo anterior, não bastarem para o pagamento integral da dívida e seus encargos, bem como das despesas de cobrança e de administração daqueles créditos, o devedor continuará obrigado a resgatar o saldo remanescente nas condições convencionadas no contrato.

Art. 20. Na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente.

Parágrafo único. Efetivada a restituição, prosseguirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nesta seção.

Art. 21. São suscetíveis de caução, desde que transmissíveis, os direitos aquisitivos sobre imóvel, ainda que em construção.

§ 1º O instrumento da caução, a que se refere este artigo, indicará o valor do débito e dos encargos e identificará o imóvel cujos direitos aquisitivos são caucionados.

§ 2º Referindo-se a caução a direitos aquisitivos de promessa de compra e venda cujo preço ainda não tenha sido integralizado, poderá o credor caucionário, sobrevindo a mora do promissário comprador, promover a execução do seu crédito ou efetivar, sob protesto, o pagamento do saldo da promessa.

§ 3º Se, nos termos do disposto no parágrafo anterior, o credor efetuar o pagamento, o valor pago, com todos os seus acessórios e eventuais penalidades, será adicionado à dívida garantida pela caução, ressalvado ao credor o direito de executar desde logo o devedor, inclusive pela parcela da dívida assim acrescida.

CAPÍTULO II

Da Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel

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.

~~Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, podendo ter como objeto imóvel concluído ou em construção, não sendo privativa das entidades que operam no SFI.~~

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ter como objeto bens enfitêuticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004) (Vida Media Provisória nº 221, de 2004)

Art. 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. 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 dispendo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

§ 1º No prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato.

§ 2º À vista do termo de quitação de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

§ 2º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.

§ 3º 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.

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído se encontrar em outro local, incerto e não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao oficial do competente Registro de Imóveis promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalescerá o contrato de alienação fiduciária.

§ 6º O oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

~~§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º, sem a 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*, o registro, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário.~~

§ 7º 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. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 8º 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. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes.

§ 2º No segundo leilão, 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.

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais;

II - 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.

§ 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 esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

§ 7º Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 28. A cessão do crédito objeto da alienação fiduciária implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia.

Art. 29. O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

Art. 30. É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome.

Art. 31. O fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária.

Art. 32. Na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente.

Art. 33. Aplicam-se à propriedade fiduciária, no que couber, as disposições dos arts. 647 e 648 do Código Civil.

CAPÍTULO III Disposições Gerais e Finais

Art. 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.

Art. 35. Nas cessões de crédito a que aludem os arts. 3º, 18 e 28, é dispensada a notificação do devedor.

Art. 36. Nos contratos de venda de imóveis a prazo, inclusive alienação fiduciária, de arrendamento mercantil de imóveis, de financiamento imobiliário em geral e nos títulos de que tratam os arts. 6º, 7º e 8º, admitir-se-á, respeitada a legislação pertinente, a estipulação de cláusula de reajuste e das condições e critérios de sua aplicação.

Art. 37. Às operações de arrendamento mercantil de imóveis não se aplica a legislação pertinente à locação de imóveis residenciais, não residenciais ou comerciais.

Art. 37-A. 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. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 37-B. Será considerada ineficaz, e sem qualquer efeito perante o fiduciário ou seus sucessores, a contratação ou a prorrogação de locação de imóvel alienado fiduciariamente por prazo superior a um ano sem concordância por escrito do fiduciário. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

~~Art. 38. Os contratos resultantes da aplicação desta Lei, quando celebrados com pessoa física, beneficiária final da operação, poderão ser formalizados por instrumento particular, não se lhe aplicando a norma do art. 134, II, do Código Civil.~~

Art. 38. Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004) (Vida Media Provisória nº 221, de 2004)

Art. 39. Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei: I - não se aplicam as disposições da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, e as demais disposições legais referentes ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH;

II - aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.

Art. 40. Os incisos I e II do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passam a vigorar acrescidos, respectivamente, dos seguintes itens:

"Art. 167.

I -

.....

35) da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.

II -

.....

17) do Termo de Securitização de créditos imobiliários, quando submetidos a regime fiduciário."

Art. 41. O Ministro de Estado da Fazenda poderá expedir as instruções que se fizerem necessárias à execução do disposto nesta Lei.

Art. 42. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de novembro de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

ANEXO II

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.223, DE 4 DE SETEMBRO DE 2001.

Dispõe sobre a Letra de Crédito Imobiliário, a Cédula de Crédito Imobiliário e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Capítulo I

Da Letra de Crédito Imobiliário

Art. 1º Os bancos comerciais, os bancos múltiplos com carteira de crédito imobiliário, a Caixa Econômica Federal, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e demais espécies de instituições que, para as operações a que se refere este artigo, venham a ser expressamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, poderão emitir, independentemente de tradição efetiva, Letra de Crédito Imobiliário (LCI), lastreada por créditos imobiliários garantidos por hipoteca ou por alienação fiduciária de coisa imóvel, conferindo aos seus tomadores direito de crédito pelo valor nominal, juros e, se for o caso, atualização monetária nelas estipulados.

§ 1º A LCI será emitida sob a forma nominativa, podendo ser transferível mediante endosso em preto, e conterà:

- I - o nome da instituição emitente e as assinaturas de seus representantes;
- II - o número de ordem, o local e a data de emissão;
- III - a denominação "Letra de Crédito Imobiliário";
- IV - o valor nominal e a data de vencimento;
- V - a forma, a periodicidade e o local de pagamento do principal, dos juros e, se for o caso, da atualização monetária;
- VI - os juros, fixos ou flutuantes, que poderão ser renegociáveis, a critério das partes;
- VII - a identificação dos créditos caucionados e seu valor;
- VIII - o nome do titular;

IX - cláusula à ordem, se endossável.

§ 2º A critério do credor, poderá ser dispensada a emissão de certificado, devendo a LCI sob a forma escritural ser registrada em sistemas de registro e liquidação financeira de títulos privados autorizados pelo Banco Central do Brasil.

Art. 2º A LCI poderá ser atualizada mensalmente por índice de preços, desde que emitida com prazo mínimo de trinta e seis meses.

Parágrafo único. É vedado o pagamento dos valores relativos à atualização monetária apropriados desde a emissão, quando ocorrer o resgate antecipado, total ou parcial, em prazo inferior ao estabelecido neste artigo, da LCI emitida com previsão de atualização mensal por índice de preços.

Art. 3º A LCI poderá contar com garantia fidejussória adicional de instituição financeira.

Art. 4º A LCI poderá ser garantida por um ou mais créditos imobiliários, mas a soma do principal das LCI emitidas não poderá exceder o valor total dos créditos imobiliários em poder da instituição emitente.

§ 1º A LCI não poderá ter prazo de vencimento superior ao prazo de quaisquer dos créditos imobiliários que lhe servem de lastro.

§ 2º O crédito imobiliário caucionado poderá ser substituído por outro crédito da mesma natureza por iniciativa do emitente da LCI, nos casos de liquidação ou vencimento antecipados do crédito, ou por solicitação justificada do credor da letra.

Art. 5º O endossante da LCI responderá pela veracidade do título, mas contra ele não será admitido direito de cobrança regressiva.

Art. 6º O Banco Central do Brasil poderá estabelecer o prazo mínimo e outras condições para emissão e resgate de LCI, observado o disposto no art. 2º desta Medida Provisória.

Capítulo II

Da Cédula de Crédito Imobiliário

Art. 7º É instituída a Cédula de Crédito Imobiliário (CCI) para representar créditos imobiliários.

§ 1º A CCI será emitida pelo credor do crédito imobiliário e poderá ser integral, quando representar a totalidade do crédito, ou fracionária, quando representar parte dele, não podendo a soma das CCI fracionárias emitidas em relação a cada crédito exceder o valor total do crédito que elas representam.

§ 2º As CCI fracionárias poderão ser emitidas simultaneamente ou não, a qualquer momento antes do vencimento do crédito que elas representam.

§ 3º A CCI poderá ser emitida com ou sem garantia, real ou fidejussória, sob a forma escritural ou cartular.

§ 4º A emissão da CCI sob a forma escritural far-se-á mediante escritura pública ou instrumento particular, devendo esse instrumento permanecer custodiado em instituição financeira e registrado em sistemas de registro e liquidação financeira de títulos privados autorizados pelo Banco Central do Brasil.

§ 5º Sendo o crédito imobiliário garantido por direito real, a emissão da CCI será averbada no Registro de Imóveis da situação do imóvel, na respectiva matrícula, devendo dela constar, exclusivamente, o número, a série e a instituição custodiante.

§ 6º A averbação da emissão da CCI e o registro da garantia do crédito respectivo, quando solicitados simultaneamente, serão considerados como ato único para efeito de cobrança de emolumentos.

§ 7º A constrição judicial que recaia sobre crédito representado por CCI será efetuada nos registros da instituição custodiante ou mediante apreensão da respectiva cártula.

§ 8º O credor da CCI deverá ser imediatamente intimado de constrição judicial que recaia sobre a garantia real do crédito imobiliário representado por aquele título.

§ 9º No caso de CCI emitida sob a forma escritural, caberá à instituição custodiante identificar o credor, para o fim da intimação prevista no § 8º deste artigo.

Art. 8º A CCI deverá conter:

I - a denominação "Cédula de Crédito Imobiliário", quando emitida cartularmente;

II - o nome, a qualificação e o endereço do credor e do devedor e, no caso de emissão escritural, também o do custodiante;

III - a identificação do imóvel objeto do crédito imobiliário, com a indicação da respectiva matrícula no Registro de Imóveis competente e do registro da constituição da garantia, se for o caso;

IV - a modalidade da garantia, se for o caso;

V - o número e a série da cédula;

VI - o valor do crédito que representa;

VII - a condição de integral ou fracionária e, nessa última hipótese, também a indicação da fração que representa;

VIII - o prazo, a data de vencimento, o valor da prestação total, nela incluída as parcelas de amortização e juros, as taxas, seguros e demais encargos contratuais de responsabilidade do devedor, a forma de reajuste e o valor das multas previstas contratualmente, com a indicação do local de pagamento;

IX - o local e a data da emissão;

X - a assinatura do credor, quando emitida cartularmente;

XI - a autenticação pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, no caso de contar com garantia real;

XII - cláusula à ordem, se endossável.

Art. 9º A CCI é título executivo extrajudicial, exigível pelo valor apurado de acordo com as cláusulas e condições pactuadas no contrato que lhe deu origem.

Parágrafo único. O crédito representado pela CCI será exigível mediante ação de execução, ressalvadas as hipóteses em que a lei determine procedimento especial, judicial ou extrajudicial para satisfação do crédito e realização da garantia.

Art. 10. A emissão e a negociação de CCI independe de autorização do devedor do crédito imobiliário que ela representa.

Art. 11. A cessão do crédito representado por CCI poderá ser feita por meio de sistemas de registro e de liquidação financeira de títulos privados autorizados pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º A cessão do crédito representado por CCI implica automática transmissão das respectivas garantias ao cessionário, sub-rogando-o em todos os direitos representados pela cédula, ficando o cessionário, no caso de contrato de alienação fiduciária, investido na propriedade fiduciária.

§ 2º A cessão de crédito garantido por direito real, quando representado por CCI emitida sob a forma escritural, está dispensada de averbação no Registro de Imóveis, aplicando-se, no que esta Medida Provisória não contrarie, o disposto nos arts. 1.065 e seguintes do Código Civil.

Art. 12. A CCI, objeto de securitização nos termos da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, será identificada no respectivo Termo de Securitização de Créditos, mediante indicação do seu valor, número, série e instituição custodiante, dispensada a enunciação das informações já constantes da Cédula ou do seu registro na instituição custodiante.

Parágrafo único. O regime fiduciário de que trata a Seção VI da Lei nº 9.514, de 1997, no caso de emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários lastreados em créditos representados por CCI, será registrado na instituição custodiante, mencionando o patrimônio separado a que estão afetadas, não se aplicando o disposto no parágrafo único do art. 10 da mencionada Lei.

Art. 13. O resgate da dívida representada pela CCI prova-se com a declaração de quitação, emitida pelo credor, ou, na falta desta, por outros meios admitidos em direito.

Art. 14. É vedada a averbação da emissão de CCI com garantia real quando houver prenotação ou registro de qualquer outro ônus real sobre os direitos imobiliários respectivos, inclusive penhora ou averbação de qualquer mandado ou ação judicial.

Capítulo III

Das Disposições Finais

Art. 15. Nos contratos de comercialização de imóveis, de financiamento imobiliário em geral e nos de arrendamento mercantil de imóveis, bem como nos títulos e valores mobiliários por eles originados, com prazo mínimo de trinta e seis meses, é admitida estipulação de cláusula de reajuste, com periodicidade mensal, por índices de preços setoriais ou gerais ou pelo índice de remuneração básica dos depósitos de poupança.

§ 1º É vedado o pagamento dos valores relativos à atualização monetária apropriados nos títulos e valores mobiliários, quando ocorrer o resgate antecipado, total ou parcial, em prazo inferior ao estabelecido no **caput** deste artigo.

§ 2º Os títulos e valores mobiliários a que se refere o **caput** deste artigo serão cancelados pelo emitente na hipótese de resgate antecipado em que o prazo a decorrer for inferior a trinta e seis meses.

§ 3º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo, no caso de quitação ou vencimento antecipados dos créditos imobiliários que lastreiem ou tenham originado a emissão dos títulos e valores mobiliários a que se refere o **caput** deste artigo.

Art. 16. São nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, de forma direta ou indireta, resultem em efeitos equivalentes à redução do prazo mínimo de que trata o **caput** do art. 15.

Parágrafo único. O Conselho Monetário Nacional poderá disciplinar o disposto neste artigo.

Art. 17. Fica vedada a celebração de contratos com cláusula de equivalência salarial ou de comprometimento de renda, bem como a inclusão de cláusulas desta espécie em contratos já firmados, mantidas, para os contratos firmados até a data de entrada em vigor desta Medida Provisória, as disposições anteriormente vigentes.

Art. 18. No caso do não-pagamento tempestivo, pelo devedor, dos tributos e das taxas condominiais incidentes sobre o imóvel objeto do crédito imobiliário respectivo, bem como das parcelas mensais incontroversas de encargos estabelecidos no respectivo contrato e de quaisquer outros encargos que a lei imponha ao proprietário ou ao ocupante de imóvel, poderá o juiz, a requerimento do credor, determinar a cassação de medida liminar, de medida cautelar ou de antecipação dos efeitos da tutela que tenha interferido na eficácia de cláusulas do contrato de crédito imobiliário correspondente ou suspenso encargos dele decorrentes.

Art. 19. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de

direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel.

Art. 20. Uma vez protocolizados todos os documentos necessários à averbação ou ao registro dos atos e dos títulos a que se referem esta Medida Provisória e a Lei nº 9.514, de 1997, o oficial de Registro de Imóveis procederá ao registro ou à averbação, dentro do prazo de quinze dias.

Art. 21. O inciso II do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte item:

"21) da cessão de crédito imobiliário." (NR)

Art. 22. O art. 9º da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 9º As aplicações com recursos do FGTS poderão ser realizadas diretamente pela Caixa Econômica Federal e pelos demais órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, exclusivamente segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS, em operações que preencham os seguintes requisitos:

....." (NR)

Art. 23. O art. 32 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 32."

Parágrafo único. Nos contratos firmados a partir de 1º de outubro de 2001, o direito de preferência de que trata este artigo não alcançará também os casos de constituição da propriedade fiduciária e de perda da propriedade ou venda por quaisquer formas de realização de garantia, inclusive mediante leilão extrajudicial, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica (NR)."

Art. 24. A Lei nº 9.514, de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 5º"

.....

§ 2º As operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral, poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI." (NR)

"Art. 8º"

I - a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individualização do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como a indicação do ato pelo qual o crédito foi cedido;

....." (NR)

"Art. 16.

§ 3º Os emolumentos devidos aos Cartórios de Registros de Imóveis para cancelamento do regime fiduciário e das garantias reais existentes serão cobrados como ato único." (NR)

"Art. 22.

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI.

§ 2º A alienação fiduciária poderá ter como objeto bens enfitêuticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário." (NR)

"Art. 26.

§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá o registro, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento, pelo fiduciário, do imposto de transmissão inter-vivos e, se for o caso, do laudêmio." (NR)

"Art. 27.

§ 7º Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica.

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse." (NR)

"Art. 37-A. 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." (NR)

"Art. 37-B. Será considerada ineficaz, e sem qualquer efeito perante o fiduciário ou seus sucessores, a contratação ou a prorrogação de locação de imóvel alienado fiduciariamente por prazo superior a um ano sem concordância por escrito do fiduciário." (NR)

"Art. 38. Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real e, bem assim, quaisquer outros atos e contratos resultantes da aplicação desta Lei, mesmo aqueles constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito, não se lhes aplicando a norma do art. 134, II, do Código Civil." (NR)

Art. 25. O Conselho Monetário Nacional expedirá as instruções que se fizerem necessárias à execução das disposições desta Medida Provisória.

Art. 26. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 27. Ficam revogados:

I - os arts. 1º a 9º, 11 a 15, 18 e 26 da Lei nº 8.692, de 28 de julho de 1993;

II - o § 1º do art. 5º e o art. 36 da Lei nº 9.514, de 1997;

III - os §§ 5º e 6º do art. 2º da Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001.

Brasília, 4 de setembro de 2001; 180^º da Independência e 113^º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Pedro Malan

Martus Tavares

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 5.9.2001 (Edição extra)

ANEXO III

LEI Nº 10.931, DE 02 DE AGOSTO DE 2004.

Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DO REGIME ESPECIAL TRIBUTÁRIO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Art. 1º Fica instituído o regime especial de tributação aplicável às incorporações imobiliárias, em caráter opcional e irrevogável enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação.

Art. 2º A opção pelo regime especial de tributação de que trata o art. 1º será efetivada quando atendidos os seguintes requisitos:

I - entrega do termo de opção ao regime especial de tributação na unidade competente da Secretaria da Receita Federal, conforme regulamentação a ser estabelecida; e

II - afetação do terreno e das acessões objeto da incorporação imobiliária, conforme disposto nos arts. 31-A a 31-E da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

Art. 3º O terreno e as acessões objeto da incorporação imobiliária sujeitas ao regime especial de tributação, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, não responderão por dívidas tributárias da incorporadora relativas ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e à Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP, exceto aquelas calculadas na forma do art. 4º sobre as receitas auferidas no âmbito da respectiva incorporação.

Parágrafo único. O patrimônio da incorporadora responderá pelas dívidas tributárias da incorporação afetada.

Art. 4º Para cada incorporação submetida ao regime especial de tributação, a incorporadora ficará sujeita ao pagamento equivalente a sete por cento da receita mensal recebida, o qual corresponderá ao pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

I - Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ;

II - Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; e

IV - Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

§ 1º Para fins do disposto no **caput**, considera-se receita mensal a totalidade das receitas auferidas pela incorporadora na venda das unidades imobiliárias que compõem a incorporação, bem como as receitas financeiras e variações monetárias decorrentes desta operação.

§ 2º O pagamento dos tributos e contribuições na forma do disposto no **caput** somente poderá ser compensado, por espécie, com o montante devido pela incorporadora no mesmo período de apuração, até o limite desse montante.

§ 3º A parcela dos tributos, pagos na forma do **caput**, que não puderem ser compensados nos termos do § 2º será considerada definitiva, não gerando, em qualquer hipótese, direito a restituição ou ressarcimento, bem assim a compensação com o devido em relação a outros tributos da própria ou de outras incorporações ou pela incorporadora em outros períodos de apuração.

§ 4º A opção pelo regime especial de tributação obriga o contribuinte a fazer o recolhimento dos tributos, na forma do **caput**, a partir do mês da opção.

Art. 5º O pagamento unificado de impostos e contribuições efetuado na forma do art. 4º deverá ser feito até o décimo dia do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita.

Parágrafo único. Para fins do disposto no **caput**, a incorporadora deverá utilizar, no Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, o número específico de inscrição da incorporação no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas - CNPJ e código de arrecadação próprio.

Art. 6º Os créditos tributários devidos pela incorporadora na forma do disposto no art. 4º não poderão ser objeto de parcelamento.

Art. 7º O incorporador fica obrigado a manter escrituração contábil segregada para cada incorporação submetida ao regime especial de tributação.

Art. 8º Para fins de repartição de receita tributária e do disposto no § 2º do art. 4º, o percentual de sete por cento de que trata o **caput** do art. 4º será considerado:

I - três por cento como COFINS;

II - zero vírgula sessenta e cinco por cento como Contribuição para o PIS/PASEP;

III - 2,2% (dois vírgula dois por cento) como IRPJ; e

IV - 1,15% (um vírgula quinze por cento) como CSLL.

Art. 9º Perde eficácia a deliberação pela continuação da obra a que se refere o § 1º do art. 31-F da Lei nº 4.591, de 1964, bem como os efeitos do regime de afetação instituídos por esta Lei, caso não se verifique o pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência, ou insolvência do incorporador, as quais deverão ser pagas pelos adquirentes em até um ano daquela deliberação, ou até a data da concessão do habite-se, se esta ocorrer em prazo inferior.

Art. 10. O disposto no art. 76 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, não se aplica ao patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias definido pela Lei nº 4.591, de 1964.

Art. 11. As contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas, inclusive por equiparação, de que trata o art. 31 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, seguirão o mesmo regime de reconhecimento de receitas previsto na legislação do imposto de renda.

CAPÍTULO II DA LETRA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO

Art. 12. Os bancos comerciais, os bancos múltiplos com carteira de crédito imobiliário, a Caixa Econômica Federal, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e demais espécies de instituições que, para as operações a que se refere este artigo, venham a ser expressamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, poderão emitir, independentemente de tradição efetiva, Letra de Crédito Imobiliário - LCI, lastreada por créditos imobiliários garantidos por hipoteca ou por alienação fiduciária de coisa imóvel, conferindo aos seus tomadores direito de crédito pelo valor nominal, juros e, se for o caso, atualização monetária nelas estipulados.

§ 1º A LCI será emitida sob a forma nominativa, podendo ser transferível mediante endosso em preto, e conterá:

I - o nome da instituição emitente e as assinaturas de seus representantes;

II - o número de ordem, o local e a data de emissão;

III - a denominação "Letra de Crédito Imobiliário";

IV - o valor nominal e a data de vencimento;

V - a forma, a periodicidade e o local de pagamento do principal, dos juros e, se for o caso, da atualização monetária;

VI - os juros, fixos ou flutuantes, que poderão ser renegociáveis, a critério das partes;

VII - a identificação dos créditos caucionados e seu valor;

VIII - o nome do titular; e

IX - cláusula à ordem, se endossável.

§ 2º A critério do credor, poderá ser dispensada a emissão de certificado, devendo a LCI sob a forma escritural ser registrada em sistemas de registro e liquidação financeira de títulos privados autorizados pelo Banco Central do Brasil.

Art. 13. A LCI poderá ser atualizada mensalmente por índice de preços, desde que emitida com prazo mínimo de trinta e seis meses.

Parágrafo único. É vedado o pagamento dos valores relativos à atualização monetária apropriados desde a emissão, quando ocorrer o resgate antecipado, total ou parcial, em prazo inferior ao estabelecido neste artigo, da LCI emitida com previsão de atualização mensal por índice de preços.

Art. 14. A LCI poderá contar com garantia fidejussória adicional de instituição financeira.

Art. 15. A LCI poderá ser garantida por um ou mais créditos imobiliários, mas a soma do principal das LCI emitidas não poderá exceder o valor total dos créditos imobiliários em poder da instituição emitente.

§ 1º A LCI não poderá ter prazo de vencimento superior ao prazo de quaisquer dos créditos imobiliários que lhe servem de lastro.

§ 2º O crédito imobiliário caucionado poderá ser substituído por outro crédito da mesma natureza por iniciativa do emitente da LCI, nos casos de liquidação ou vencimento antecipados do crédito, ou por solicitação justificada do credor da letra.

Art. 16. O endossante da LCI responderá pela veracidade do título, mas contra ele não será admitido direito de cobrança regressiva.

Art. 17. O Banco Central do Brasil poderá estabelecer o prazo mínimo e outras condições para emissão e resgate de LCI, observado o disposto no art. 13 desta Lei.

CAPÍTULO III DA CÉDULA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO

Art. 18. É instituída a Cédula de Crédito Imobiliário - CCI para representar créditos imobiliários.

§ 1º A CCI será emitida pelo credor do crédito imobiliário e poderá ser integral, quando representar a totalidade do crédito, ou fracionária, quando representar parte dele, não podendo a soma das CCI fracionárias emitidas em relação a cada crédito exceder o valor total do crédito que elas representam.

§ 2º As CCI fracionárias poderão ser emitidas simultaneamente ou não, a qualquer momento antes do vencimento do crédito que elas representam.

§ 3º A CCI poderá ser emitida com ou sem garantia, real ou fidejussória, sob a forma escritural ou cartular.

§ 4º A emissão da CCI sob a forma escritural far-se-á mediante escritura pública ou instrumento particular, devendo esse instrumento permanecer custodiado em instituição financeira e registrado em sistemas de registro e liquidação financeira de títulos privados autorizados pelo Banco Central do Brasil.

§ 5º Sendo o crédito imobiliário garantido por direito real, a emissão da CCI será averbada no Registro de Imóveis da situação do imóvel, na respectiva matrícula, devendo dela constar, exclusivamente, o número, a série e a instituição custodiante.

§ 6º A averbação da emissão da CCI e o registro da garantia do crédito respectivo, quando solicitados simultaneamente, serão considerados como ato único para efeito de cobrança de emolumentos.

§ 7º A constrição judicial que recaia sobre crédito representado por CCI será efetuada nos registros da instituição custodiante ou mediante apreensão da respectiva cártula.

§ 8º O credor da CCI deverá ser imediatamente intimado de constrição judicial que recaia sobre a garantia real do crédito imobiliário representado por aquele título.

§ 9º No caso de CCI emitida sob a forma escritural, caberá à instituição custodiante identificar o credor, para o fim da intimação prevista no § 8º.

Art. 19. A CCI deverá conter:

- I - a denominação "Cédula de Crédito Imobiliário", quando emitida cartularmente;
- II - o nome, a qualificação e o endereço do credor e do devedor e, no caso de emissão escritural, também o do custodiante;
- III - a identificação do imóvel objeto do crédito imobiliário, com a indicação da respectiva matrícula no Registro de Imóveis competente e do registro da constituição da garantia, se for o caso;
- IV - a modalidade da garantia, se for o caso;
- V - o número e a série da cédula;
- VI - o valor do crédito que representa;
- VII - a condição de integral ou fracionária e, nessa última hipótese, também a indicação da fração que representa;
- VIII - o prazo, a data de vencimento, o valor da prestação total, nela incluídas as parcelas de amortização e juros, as taxas, seguros e demais encargos contratuais de responsabilidade do devedor, a forma de reajuste e o valor das multas previstas contratualmente, com a indicação do local de pagamento;
- IX - o local e a data da emissão;
- X - a assinatura do credor, quando emitida cartularmente;
- XI - a autenticação pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, no caso de contar com garantia real; e
- XII - cláusula à ordem, se endossável.

Art. 20. A CCI é título executivo extrajudicial, exigível pelo valor apurado de acordo com as cláusulas e condições pactuadas no contrato que lhe deu origem.

Parágrafo único. O crédito representado pela CCI será exigível mediante ação de execução, ressalvadas as hipóteses em que a lei determine procedimento especial, judicial ou extrajudicial para satisfação do crédito e realização da garantia.

Art. 21. A emissão e a negociação de CCI independe de autorização do devedor do crédito imobiliário que ela representa.

Art. 22. A cessão do crédito representado por CCI poderá ser feita por meio de sistemas de registro e de liquidação financeira de títulos privados autorizados pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º A cessão do crédito representado por CCI implica automática transmissão das respectivas garantias ao cessionário, sub-rogando-o em todos os direitos representados pela cédula, ficando o cessionário, no caso de contrato de alienação fiduciária, investido na propriedade fiduciária.

§ 2º A cessão de crédito garantido por direito real, quando representado por CCI emitida sob a forma escritural, está dispensada de averbação no Registro de Imóveis, aplicando-se, no que esta Lei não contrarie, o disposto nos arts. 286 e seguintes da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil Brasileiro.

Art. 23. A CCI, objeto de securitização nos termos da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, será identificada no respectivo Termo de Securitização de Créditos, mediante indicação do seu valor, número, série e instituição custodiante, dispensada a enunciação das informações já constantes da Cédula ou do seu registro na instituição custodiante.

Parágrafo único. O regime fiduciário de que trata a Seção VI do Capítulo I da Lei nº 9.514, de 1997, no caso de emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários lastreados em créditos representados por CCI, será registrado na instituição custodiante, mencionando o patrimônio separado a que estão afetados, não se aplicando o disposto no parágrafo único do art. 10 da mencionada Lei.

Art. 24. O resgate da dívida representada pela CCI prova-se com a declaração de quitação, emitida pelo credor, ou, na falta desta, por outros meios admitidos em direito.

Art. 25. É vedada a averbação da emissão de CCI com garantia real quando houver prenotação ou registro de qualquer outro ônus real sobre os direitos imobiliários respectivos, inclusive penhora ou averbação de qualquer mandado ou ação judicial.

CAPÍTULO IV

DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO

Art. 26. A Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

§ 1º A instituição credora deve integrar o Sistema Financeiro Nacional, sendo admitida a emissão da Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação esteja sujeita exclusivamente à lei e ao foro brasileiros.

§ 2º A Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior poderá ser emitida em moeda estrangeira.

Art. 27. A Cédula de Crédito Bancário poderá ser emitida, com ou sem garantia, real ou fidejussória, cedularmente constituída.

Parágrafo único. A garantia constituída será especificada na Cédula de Crédito Bancário, observadas as disposições deste Capítulo e, no que não forem com elas conflitantes, as da legislação comum ou especial aplicável.

Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

§ 1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados:

I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;

II - os critérios de atualização monetária ou de variação cambial como permitido em lei;

III - os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida;

IV - os critérios de apuração e de ressarcimento, pelo emitente ou por terceiro garantidor, das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, sendo que os honorários advocatícios extrajudiciais não poderão superar o limite de dez por cento do valor total devido;

V - quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, sua extensão e as hipóteses de substituição de tal garantia;

VI - as obrigações a serem cumpridas pelo credor;

VII - a obrigação do credor de emitir extratos da conta corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo devedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria Cédula de Crédito Bancário, observado o disposto no § 2º; e

VIII - outras condições de concessão do crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições desta Lei.

§ 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que:

I - os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e

II - a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

§ 3º O credor que, em ação judicial, cobrar o valor do crédito exequendo em desacordo com o expresso na Cédula de Crédito Bancário, fica obrigado a pagar ao devedor o dobro do cobrado a maior, que poderá ser compensado na própria ação, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 29. A Cédula de Crédito Bancário deve conter os seguintes requisitos essenciais:

I - a denominação "Cédula de Crédito Bancário";

II - a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado;

III - a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;

IV - o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem;

V - a data e o lugar de sua emissão; e

VI - a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários.

§ 1º A Cédula de Crédito Bancário será transferível mediante endosso em preto, ao qual se aplicarão, no que couberem, as normas do direito cambiário, caso em que o endossatário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, poderá exercer todos os direitos por ela conferidos, inclusive cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada na Cédula.

§ 2º A Cédula de Crédito Bancário será emitida por escrito, em tantas vias quantas forem as partes que nela intervierem, assinadas pelo emitente e pelo terceiro garantidor, se houver, ou por seus respectivos mandatários, devendo cada parte receber uma via.

§ 3º Somente a via do credor será negociável, devendo constar nas demais vias a expressão "não negociável".

§ 4º A Cédula de Crédito Bancário pode ser aditada, retificada e ratificada mediante documento escrito, datado, com os requisitos previstos no **caput**, passando esse documento a integrar a Cédula para todos os fins.

Art. 30. A constituição de garantia da obrigação representada pela Cédula de Crédito Bancário é disciplinada por esta Lei, sendo aplicáveis as disposições da legislação comum ou especial que não forem com ela conflitantes.

Art. 31. A garantia da Cédula de Crédito Bancário poderá ser fidejussória ou real, neste último caso constituída por bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não, cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal.

Art. 32. A constituição da garantia poderá ser feita na própria Cédula de Crédito Bancário ou em documento separado, neste caso fazendo-se, na Cédula, menção a tal circunstância.

Art. 33. O bem constitutivo da garantia deverá ser descrito e individualizado de modo que permita sua fácil identificação.

Parágrafo único. A descrição e individualização do bem constitutivo da garantia poderá ser substituída pela remissão a documento ou certidão expedida por entidade competente, que integrará a Cédula de Crédito Bancário para todos os fins.

Art. 34. A garantia da obrigação abrangerá, além do bem principal constitutivo da garantia, todos os seus acessórios, benfeitorias de qualquer espécie, valorizações a qualquer título, frutos e qualquer bem vinculado ao bem principal por acessão física, intelectual, industrial ou natural.

§ 1º O credor poderá averbar, no órgão competente para o registro do bem constitutivo da garantia, a existência de qualquer outro bem por ela abrangido.

§ 2º Até a efetiva liquidação da obrigação garantida, os bens abrangidos pela garantia não poderão, sem prévia autorização escrita do credor, ser alterados, retirados, deslocados ou destruídos, nem poderão ter sua destinação modificada, exceto quando a garantia for constituída por semoventes ou por veículos, automotores ou não, e a remoção ou o deslocamento desses bens for inerente à atividade do emitente da Cédula de Crédito Bancário, ou do terceiro prestador da garantia.

Art. 35. Os bens constitutivos de garantia pignoratícia ou objeto de alienação fiduciária poderão, a critério do credor, permanecer sob a posse direta do emitente ou do terceiro prestador da garantia, nos termos da cláusula de constituto possessório, caso em que as partes deverão especificar o local em que o bem será guardado e conservado até a efetiva liquidação da obrigação garantida.

§ 1º O emitente e, se for o caso, o terceiro prestador da garantia responderão solidariamente pela guarda e conservação do bem constitutivo da garantia.

§ 2º Quando a garantia for prestada por pessoa jurídica, esta indicará representantes para responder nos termos do § 1º.

Art. 36. O credor poderá exigir que o bem constitutivo da garantia seja coberto por seguro até a efetiva liquidação da obrigação garantida, em que o credor será indicado como exclusivo beneficiário da apólice securitária e estará autorizado a receber a indenização para liquidar ou amortizar a obrigação garantida.

Art. 37. Se o bem constitutivo da garantia for desapropriado, ou se for danificado ou perecer por fato imputável a terceiro, o credor sub-rogar-se-á no direito à indenização devida pelo expropriante ou pelo terceiro causador do dano, até o montante necessário para liquidar ou amortizar a obrigação garantida.

Art. 38. Nos casos previstos nos arts. 36 e 37 desta Lei, facultar-se-á ao credor exigir a substituição da garantia, ou o seu reforço, renunciando ao direito à percepção do valor relativo à indenização.

Art. 39. O credor poderá exigir a substituição ou o reforço da garantia, em caso de perda, deterioração ou diminuição de seu valor.

Parágrafo único. O credor notificará por escrito o emitente e, se for o caso, o terceiro garantidor, para que substituam ou reforcem a garantia no prazo de quinze dias, sob pena de vencimento antecipado da dívida garantida.

Art. 40. Nas operações de crédito rotativo, o limite de crédito concedido será recomposto, automaticamente e durante o prazo de vigência da Cédula de Crédito Bancário, sempre que o devedor, não estando em mora ou inadimplente, amortizar ou liquidar a dívida.

Art. 41. A Cédula de Crédito Bancário poderá ser protestada por indicação, desde que o credor apresente declaração de posse da sua única via negociável, inclusive no caso de protesto parcial.

Art. 42. A validade e eficácia da Cédula de Crédito Bancário não dependem de registro, mas as garantias reais, por ela constituídas, ficam sujeitas, para valer contra terceiros, aos registros ou averbações previstos na legislação aplicável, com as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 43. As instituições financeiras, nas condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, podem emitir título representativo das Cédulas de Crédito Bancário por elas mantidas em depósito, do qual constarão:

I - o local e a data da emissão;

II - o nome e a qualificação do depositante das Cédulas de Crédito Bancário;

III - a denominação "Certificado de Cédulas de Crédito Bancário";

IV - a especificação das cédulas depositadas, o nome dos seus emitentes e o valor, o lugar e a data do pagamento do crédito por elas incorporado;

V - o nome da instituição emitente;

VI - a declaração de que a instituição financeira, na qualidade e com as responsabilidades de depositária e mandatária do titular do certificado, promoverá a cobrança das Cédulas de Crédito Bancário, e de que as cédulas depositadas, assim como o produto da cobrança do seu principal e encargos, somente serão entregues ao titular do certificado, contra apresentação deste;

VII - o lugar da entrega do objeto do depósito; e

VIII - a remuneração devida à instituição financeira pelo depósito das cédulas objeto da emissão do certificado, se convencionada.

§ 1º A instituição financeira responde pela origem e autenticidade das Cédulas de Crédito Bancário depositadas.

§ 2º Emitido o certificado, as Cédulas de Crédito Bancário e as importâncias recebidas pela instituição financeira a título de pagamento do principal e de encargos não poderão ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão, ou qualquer outro embaraço que impeça a sua entrega ao titular do certificado, mas este poderá ser objeto de penhora, ou de qualquer medida cautelar por obrigação do seu titular.

§ 3º O certificado poderá ser emitido sob a forma escritural, sendo regido, no que for aplicável, pelo contido nos arts. 34 e 35 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 4º O certificado poderá ser transferido mediante endosso ou termo de transferência, se escritural, devendo, em qualquer caso, a transferência ser datada e assinada pelo seu titular ou mandatário com poderes especiais e averbada junto à instituição financeira emitente, no prazo máximo de dois dias.

§ 5º As despesas e os encargos decorrentes da transferência e averbação do certificado serão suportados pelo endossatário ou cessionário, salvo convenção em contrário.

Art. 44. Aplica-se às Cédulas de Crédito Bancário, no que não contrariar o disposto nesta Lei, a legislação cambial, dispensado o protesto para garantir o direito de cobrança contra endossantes, seus avalistas e terceiros garantidores.

Art. 45. Os títulos de crédito e direitos creditórios, representados sob a forma escritural ou física, que tenham sido objeto de desconto, poderão ser admitidos a redesconto junto ao Banco Central do Brasil, observando-se as normas e instruções baixadas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 1º Os títulos de crédito e os direitos creditórios de que trata o **caput** considerar-se-ão transferidos, para fins de redesconto, à propriedade do Banco Central do Brasil, desde que inscritos em termo de tradição eletrônico constante do Sistema de Informações do Banco Central - SISBACEN, ou, ainda, no termo de tradição previsto no § 1º do art. 5º do Decreto nº 21.499, de 9 de junho de 1932, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto nº 21.928, de 10 de outubro de 1932.

§ 2º Entendem-se inscritos nos termos de tradição referidos no § 1º os títulos de crédito e direitos creditórios neles relacionados e descritos, observando-se os requisitos, os critérios e as formas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 3º A inscrição produzirá os mesmos efeitos jurídicos do endosso, somente se aperfeiçoando com o recebimento, pela instituição financeira proponente do redesconto, de mensagem de aceitação do Banco Central do Brasil, ou, não sendo eletrônico o termo de tradição, após a assinatura das partes.

§ 4º Os títulos de crédito e documentos representativos de direitos creditórios, inscritos nos termos de tradição, poderão, a critério do Banco Central do Brasil, permanecer na posse direta da instituição financeira beneficiária do desconto, que os guardará e conservará em depósito, devendo proceder, como comissária **del credere**, à sua cobrança judicial ou extrajudicial.

CAPÍTULO V

DOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO DE IMÓVEIS

Art. 46. Nos contratos de comercialização de imóveis, de financiamento imobiliário em geral e nos de arrendamento mercantil de imóveis, bem como nos títulos e valores mobiliários por eles originados, com prazo mínimo de trinta e seis meses, é admitida estipulação de cláusula de reajuste, com periodicidade mensal, por índices de preços setoriais ou gerais ou pelo índice de remuneração básica dos depósitos de poupança.

§ 1º É vedado o pagamento dos valores relativos à atualização monetária apropriados nos títulos e valores mobiliários, quando ocorrer o resgate antecipado, total ou parcial, em prazo inferior ao estabelecido no **caput**.

§ 2º Os títulos e valores mobiliários a que se refere o **caput** serão cancelados pelo emitente na hipótese de resgate antecipado em que o prazo a decorrer for inferior a trinta e seis meses.

§ 3º Não se aplica o disposto no § 1º, no caso de quitação ou vencimento antecipados dos créditos imobiliários que lastreiem ou tenham originado a emissão dos títulos e valores mobiliários a que se refere o **caput**.

Art. 47. São nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, de forma direta ou indireta, resultem em efeitos equivalentes à redução do prazo mínimo de que trata o **caput** do art. 46.

Parágrafo único. O Conselho Monetário Nacional poderá disciplinar o disposto neste artigo.

Art. 48. Fica vedada a celebração de contratos com cláusula de equivalência salarial ou de comprometimento de renda, bem como a inclusão de cláusulas desta espécie em contratos já firmados, mantidas, para os contratos firmados até a data de entrada em vigor da Medida Provisória nº 2.223, de 4 de setembro de 2001, as disposições anteriormente vigentes.

Art. 49. No caso do não-pagamento tempestivo, pelo devedor, dos tributos e das taxas condominiais incidentes sobre o imóvel objeto do crédito imobiliário respectivo, bem como das parcelas mensais incontroversas de encargos estabelecidos no respectivo contrato e de quaisquer outros encargos que a lei imponha ao proprietário ou ao ocupante de imóvel, poderá o juiz, a requerimento do credor, determinar a cassação de medida liminar, de medida cautelar ou de antecipação dos efeitos da tutela que tenha interferido na eficácia de cláusulas do contrato de crédito imobiliário correspondente ou suspenso encargos dele decorrentes.

Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia.

§ 1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados.

§ 2º A exigibilidade do valor controvertido poderá ser suspensa mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados.

§ 3º Em havendo concordância do réu, o autor poderá efetuar o depósito de que trata o § 2º deste artigo, com remuneração e atualização nas mesmas condições aplicadas ao contrato:

I - na própria instituição financeira credora, oficial ou não; ou

II - em instituição financeira indicada pelo credor, oficial ou não, desde que estes tenham pactuado nesse sentido.

§ 4º O juiz poderá dispensar o depósito de que trata o § 2º em caso de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor, por decisão fundamentada na qual serão detalhadas as razões jurídicas e fáticas da ilegitimidade da cobrança no caso concreto.

§ 5º É vedada a suspensão liminar da exigibilidade da obrigação principal sob a alegação de compensação com valores pagos a maior, sem o depósito do valor integral desta.

Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel.

Art. 52. Uma vez protocolizados todos os documentos necessários à averbação ou ao registro dos atos e dos títulos a que se referem esta Lei e a Lei nº 9.514, de 1997, o oficial de Registro de Imóveis procederá ao registro ou à averbação, dentro do prazo de quinze dias.

CAPÍTULO VI DISPOSIÇÕES FINAIS

Alterações da Lei de Incorporações

Art. 53. O Título II da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, passa a vigorar acrescido dos seguintes Capítulo e artigos:

"CAPÍTULO I-A. DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

§ 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

§ 2º O incorporador responde pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação.

§ 3º Os bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação somente poderão ser objeto de garantia real em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

§ 4º No caso de cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios oriundos da comercialização das unidades imobiliárias componentes da incorporação, o produto da cessão também passará a integrar o patrimônio de afetação, observado o disposto no § 6º.

§ 5º As quotas de construção correspondentes a acessões vinculadas a frações ideais serão pagas pelo incorporador até que a responsabilidade pela sua construção tenha sido assumida por terceiros, nos termos da parte final do § 6º do art. 35.

§ 6º Os recursos financeiros integrantes do patrimônio de afetação serão utilizados para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação.

§ 7º O reembolso do preço de aquisição do terreno somente poderá ser feito quando da alienação das unidades autônomas, na proporção das respectivas frações ideais, considerando-se tão-somente os valores efetivamente recebidos pela alienação.

§ 8º Excluem-se do patrimônio de afetação:

I - os recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da obra (art. 44), considerando-se os valores a receber até sua conclusão e, bem assim, os recursos necessários à quitação de financiamento para a construção, se houver; e

II - o valor referente ao preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade vendida, no caso de incorporação em que a construção seja contratada sob o regime por empreitada (art. 55) ou por administração (art. 58).

§ 9º No caso de conjuntos de edificações de que trata o art. 8º, poderão ser constituídos patrimônios de afetação separados, tantos quantos forem os:

I - subconjuntos de casas para as quais esteja prevista a mesma data de conclusão (art. 8º, alínea "a"); e

II - edifícios de dois ou mais pavimentos (art. 8º, alínea "b").

§ 10. A constituição de patrimônios de afetação separados de que trata o § 9º deverá estar declarada no memorial de incorporação.

§ 11. Nas incorporações objeto de financiamento, a comercialização das unidades deverá contar com a anuência da instituição financiadora ou deverá ser a ela cientificada, conforme vier a ser estabelecido no contrato de financiamento.

§ 12. A contratação de financiamento e constituição de garantias, inclusive mediante transmissão, para o credor, da propriedade fiduciária sobre as unidades imobiliárias integrantes da incorporação, bem como a cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios decorrentes da comercialização dessas unidades, não implicam a transferência para o credor de nenhuma das obrigações ou responsabilidades do cedente, do incorporador ou do construtor, permanecendo estes como únicos responsáveis pelas obrigações e pelos deveres que lhes são imputáveis.

Art. 31-B. Considera-se constituído o patrimônio de afetação mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno.

Parágrafo único. A averbação não será obstada pela existência de ônus reais que tenham sido constituídos sobre o imóvel objeto da incorporação para garantia do pagamento do preço de sua aquisição ou do cumprimento de obrigação de construir o empreendimento.

Art. 31-C. A Comissão de Representantes e a instituição financiadora da construção poderão nomear, às suas expensas, pessoa física ou jurídica para fiscalizar e acompanhar o patrimônio de afetação.

§ 1º A nomeação a que se refere o **caput** não transfere para o nomeante qualquer responsabilidade pela qualidade da obra, pelo prazo de entrega do imóvel ou por qualquer outra obrigação decorrente da responsabilidade do incorporador ou do construtor, seja legal ou a oriunda dos contratos de alienação das unidades imobiliárias, de construção e de outros contratos eventualmente vinculados à incorporação.

§ 2º A pessoa que, em decorrência do exercício da fiscalização de que trata o **caput** deste artigo, obtiver acesso às informações comerciais, tributárias e de qualquer outra natureza referentes ao patrimônio afetado responderá pela falta de zelo, dedicação e sigilo destas informações.

§ 3º A pessoa nomeada pela instituição financiadora deverá fornecer cópia de seu relatório ou parecer à Comissão de Representantes, a requerimento desta, não constituindo esse fornecimento quebra de sigilo de que trata o § 2º deste artigo.

Art. 31-D. Incumbe ao incorporador:

I - promover todos os atos necessários à boa administração e à preservação do patrimônio de afetação, inclusive mediante adoção de medidas judiciais;

II - manter apartados os bens e direitos objeto de cada incorporação;

III - diligenciar a captação dos recursos necessários à incorporação e aplicá-los na forma prevista nesta Lei, cuidando de preservar os recursos necessários à conclusão da obra;

IV - entregar à Comissão de Representantes, no mínimo a cada três meses, demonstrativo do estado da obra e de sua correspondência com o prazo pactuado ou com os recursos financeiros que integrem o patrimônio de afetação recebidos no período, firmados por profissionais habilitados, ressalvadas eventuais modificações sugeridas pelo incorporador e aprovadas pela Comissão de Representantes;

V - manter e movimentar os recursos financeiros do patrimônio de afetação em conta de depósito aberta especificamente para tal fim;

VI - entregar à Comissão de Representantes balancetes coincidentes com o trimestre civil, relativos a cada patrimônio de afetação;

VII - assegurar à pessoa nomeada nos termos do art. 31-C o livre acesso à obra, bem como aos livros, contratos, movimentação da conta de depósito exclusiva referida no inciso V deste artigo e quaisquer outros documentos relativos ao patrimônio de afetação; e

VIII - manter escrituração contábil completa, ainda que esteja desobrigado pela legislação tributária.

Art. 31-E. O patrimônio de afetação extinguir-se-á pela:

I - averbação da construção, registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes e, quando for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento;

II - revogação em razão de denúncia da incorporação, depois de restituídas aos adquirentes as quantias por eles pagas (art. 36), ou de outras hipóteses previstas em lei; e

III - liquidação deliberada pela assembléia geral nos termos do art. 31-F, § 1º.

Art. 31-F. Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação.

§ 1º Nos sessenta dias que se seguirem à decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador, o condomínio dos adquirentes, por convocação da sua Comissão de Representantes ou, na sua falta, de um sexto dos titulares de frações ideais, ou, ainda, por determinação do juiz prolator da decisão, realizará assembléia geral, na qual, por maioria simples, ratificará o mandato da Comissão de Representantes ou elegerá novos membros, e, em primeira convocação, por dois terços dos votos dos adquirentes ou, em segunda convocação, pela maioria absoluta desses votos, instituirá o condomínio da construção, por instrumento público ou particular, e deliberará sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação (art. 43, inciso III); havendo financiamento para construção, a convocação poderá ser feita pela instituição financiadora.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se também à hipótese de paralisação das obras prevista no art. 43, inciso VI.

§ 3º Na hipótese de que tratam os §§ 1º e 2º, a Comissão de Representantes ficará investida de mandato irrevogável para firmar com os adquirentes das unidades autônomas o contrato definitivo a que estiverem obrigados o incorporador, o titular do domínio e o titular dos direitos aquisitivos do imóvel objeto da incorporação em decorrência de contratos preliminares.

§ 4º O mandato a que se refere o § 3º será válido mesmo depois de concluída a obra.

§ 5º O mandato outorgado à Comissão de Representantes confere poderes para transmitir domínio, direito, posse e ação, manifestar a responsabilidade do alienante pela evicção e imitar os adquirentes na posse das unidades respectivas.

§ 6º Os contratos definitivos serão celebrados mesmo com os adquirentes que tenham obrigações a cumprir perante o incorporador ou a instituição financiadora, desde que comprovadamente adimplentes, situação em que a outorga do contrato fica condicionada à constituição de garantia real sobre o imóvel, para assegurar o pagamento do débito remanescente.

§ 7º Ainda na hipótese dos §§ 1º e 2º, a Comissão de Representantes ficará investida de mandato irrevogável para, em nome dos adquirentes, e em cumprimento da decisão da assembleia geral que deliberar pela liquidação do patrimônio de afetação, efetivar a alienação do terreno e das acessões, transmitindo posse, direito, domínio e ação, manifestar a responsabilidade pela evicção, imitar os futuros adquirentes na posse do terreno e das acessões.

§ 8º Na hipótese do § 7º, será firmado o respectivo contrato de venda, promessa de venda ou outra modalidade de contrato compatível com os direitos objeto da transmissão.

§ 9º A Comissão de Representantes cumprirá o mandato nos termos e nos limites estabelecidos pela deliberação da assembleia geral e prestará contas aos adquirentes, entregando-lhes o produto líquido da alienação, no prazo de cinco dias da data em que tiver recebido o preço ou cada parcela do preço.

§ 10. Os valores pertencentes aos adquirentes não localizados deverão ser depositados em Juízo pela Comissão de Representantes.

§ 11. Caso decidam pela continuação da obra, os adquirentes ficarão automaticamente sub-rogados nos direitos, nas obrigações e nos encargos relativos à incorporação, inclusive aqueles relativos ao contrato de financiamento da obra, se houver.

§ 12. Para os efeitos do § 11 deste artigo, cada adquirente responderá individualmente pelo saldo porventura existente entre as receitas do empreendimento e o custo da conclusão da incorporação na proporção dos coeficientes de construção atribuíveis às respectivas unidades, se outro critério de rateio não for deliberado em assembleia geral por dois terços dos votos dos adquirentes, observado o seguinte:

I - os saldos dos preços das frações ideais e acessões integrantes da incorporação que não tenham sido pagos ao incorporador até a data da decretação da falência ou da insolvência civil passarão a ser pagos à Comissão de Representantes, permanecendo o somatório desses recursos submetido à afetação, nos termos do art. 31-A, até o limite necessário à conclusão da incorporação;

II - para cumprimento do seu encargo de administradora da incorporação, a Comissão de Representantes fica investida de mandato legal, em caráter irrevogável, para, em nome do incorporador ou do condomínio de construção, conforme o caso, receber as parcelas do saldo do preço e dar quitação, bem como promover as medidas extrajudiciais ou judiciais necessárias a esse recebimento, praticando todos os atos relativos ao leilão de que trata o art. 63 ou os atos relativos à consolidação da propriedade e ao leilão de que tratam os arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, devendo realizar a garantia e aplicar na incorporação todo o produto do recebimento do saldo do preço e do leilão;

III - consideram-se receitas do empreendimento os valores das parcelas a receber, vincendas e vencidas e ainda não pagas, de cada adquirente, correspondentes ao preço de aquisição das respectivas unidades ou do preço de custeio de construção, bem como os recursos disponíveis afetados; e

IV - compreendem-se no custo de conclusão da incorporação todo o custeio da construção do edifício e a averbação da construção das edificações para efeito de individualização e discriminação das unidades, nos termos do art. 44.

§ 13. Havendo saldo positivo entre as receitas da incorporação e o custo da conclusão da incorporação, o valor correspondente a esse saldo deverá ser entregue à massa falida pela Comissão de Representantes.

§ 14. Para assegurar as medidas necessárias ao prosseguimento das obras ou à liquidação do patrimônio de afetação, a Comissão de Representantes, no prazo de sessenta dias, a contar da data de realização da assembléia geral de que trata o § 1º, promoverá, em leilão público, com observância dos critérios estabelecidos pelo art. 63, a venda das frações ideais e respectivas acessões que, até a data da decretação da falência ou insolvência não tiverem sido alienadas pelo incorporador.

§ 15. Na hipótese de que trata o § 14, o arrematante ficará sub-rogado, na proporção atribuível à fração e acessões adquiridas, nos direitos e nas obrigações relativas ao empreendimento, inclusive nas obrigações de eventual financiamento, e, em se tratando da hipótese do art. 39 desta Lei, nas obrigações perante o proprietário do terreno.

§ 16. Dos documentos para anúncio da venda de que trata o § 14 e, bem assim, o inciso III do art. 43, constarão o valor das acessões não pagas pelo incorporador (art. 35, § 6º) e o preço da fração ideal do terreno e das acessões (arts. 40 e 41).

§ 17. No processo de venda de que trata o § 14, serão asseguradas, sucessivamente, em igualdade de condições com terceiros:

I - ao proprietário do terreno, nas hipóteses em que este seja pessoa distinta da pessoa do incorporador, a preferência para aquisição das acessões vinculadas à fração objeto da venda, a ser exercida nas vinte e quatro horas seguintes à data designada para a venda; e

II - ao condomínio, caso não exercida a preferência de que trata o inciso I, ou caso não haja licitantes, a preferência para aquisição da fração ideal e acessões, desde que deliberada em assembléia geral, pelo voto da maioria simples dos adquirentes presentes, e exercida no prazo de quarenta e oito horas a contar da data designada para a venda.

§ 18. Realizada a venda prevista no § 14, incumbirá à Comissão de Representantes, sucessivamente, nos cinco dias que se seguirem ao recebimento do preço:

I - pagar as obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, observada a ordem de preferência prevista na legislação, em especial o disposto no art. 186 do Código Tributário Nacional;

II - reembolsar aos adquirentes as quantias que tenham adiantado, com recursos próprios, para pagamento das obrigações referidas no inciso I;

III - reembolsar à instituição financiadora a quantia que esta tiver entregue para a construção, salvo se outra forma for convencionada entre as partes interessadas;

IV - entregar ao condomínio o valor que este tiver desembolsado para construção das acessões de responsabilidade do incorporador (§ 6º do art. 35 e § 5º do art. 31-A), na proporção do valor obtido na venda;

V - entregar ao proprietário do terreno, nas hipóteses em que este seja pessoa distinta da pessoa do incorporador, o valor apurado na venda, em proporção ao valor atribuído à fração ideal; e

VI - entregar à massa falida o saldo que porventura remanescer.

§ 19. O incorporador deve assegurar à pessoa nomeada nos termos do art. 31-C, o acesso a todas as informações necessárias à verificação do montante das obrigações referidas no § 12, inciso I, do art. 31-F vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação.

§ 20. Ficam excluídas da responsabilidade dos adquirentes as obrigações relativas, de maneira direta ou indireta, ao imposto de renda e à contribuição social sobre o lucro, devidas pela pessoa jurídica do incorporador, inclusive por equiparação, bem como as obrigações oriundas de outras atividades do incorporador não relacionadas diretamente com as incorporações objeto de afetação." (NR)

Art. 54. A Lei nº 4.591, de 1964, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 32.

.....

§ 2º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irrevogáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra.

....." (NR)

"Art. 43.

.....

VII - em caso de insolvência do incorporador que tiver optado pelo regime da afetação e não sendo possível à maioria prosseguir na construção, a assembléia geral poderá, pelo voto de 2/3 (dois terços) dos adquirentes, deliberar pela venda do terreno, das acessões e demais bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação, mediante leilão ou outra forma que estabelecer, distribuindo entre si, na proporção dos recursos que comprovadamente tiverem aportado, o resultado líquido da venda, depois de pagas as dívidas do patrimônio de afetação e deduzido e entregue ao proprietário do terreno a quantia que lhe couber, nos termos do art. 40; não se obtendo, na venda, a reposição dos aportes efetivados pelos adquirentes, reajustada na forma da lei e de acordo com os critérios do contrato celebrado com o incorporador, os adquirentes serão credores privilegiados pelos valores da diferença não reembolsada, respondendo subsidiariamente os bens pessoais do incorporador." (NR)

"Art. 50. Será designada no contrato de construção ou eleita em assembléia geral uma Comissão de Representantes composta de três membros, pelo menos, escolhidos entre os adquirentes, para representá-los perante o construtor ou, no caso do art. 43, ao incorporador, em tudo o que interessar ao bom andamento da incorporação, e, em especial, perante terceiros, para praticar os atos resultantes da aplicação dos arts. 31-A a 31-F.

.....

§ 2º A assembléia geral poderá, pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, alterar a composição da Comissão de Representantes e revogar qualquer de suas decisões, ressalvados os direitos de terceiros quanto aos efeitos já produzidos.

....." (NR)

Alterações de Leis sobre Alienação Fiduciária

Art. 55. A Seção XIV da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Seção XIV
Alienação Fiduciária em Garantia no
Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

§ 5º Aplicam-se à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 6º Não se aplica à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei o disposto no art. 644 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002." (NR)

Art. 56. O Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"**Art. 3º**

§ 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no **caput**, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.

§ 3º O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar.

§ 4º A resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do § 2º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição.

§ 5º Da sentença cabe apelação apenas no efeito devolutivo.

§ 6º Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado.

§ 7º A multa mencionada no § 6º não exclui a responsabilidade do credor fiduciário por perdas e danos.

§ 8º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior." (NR)

"**Art. 8º-A.** O procedimento judicial disposto neste Decreto-Lei aplica-se exclusivamente às hipóteses da Seção XIV da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, ou quando o ônus da propriedade fiduciária tiver sido constituído para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário." (NR)

Art. 57. A Lei nº 9.514, de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"**Art. 5º**

.....

§ 2º As operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI." (NR)

"Art. 8º

I - a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individualização do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como a indicação do ato pelo qual o crédito foi cedido;

....." (NR)

"Art. 16

§ 3º Os emolumentos devidos aos Cartórios de Registros de Imóveis para cancelamento do regime fiduciário e das garantias reais existentes serão cobrados como ato único." (NR)

"Art. 22.....

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ter como objeto bens enfiteúticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário." (NR)

"Art. 26.

§ 7º 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.

§ 8º 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." (NR)

"Art. 27.

§ 7º Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica.

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse." (NR)

"Art. 37-A. 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." (NR)

"Art. 37-B. Será considerada ineficaz, e sem qualquer efeito perante o fiduciário ou seus sucessores, a contratação ou a prorrogação de locação de imóvel alienado fiduciariamente por prazo superior a um ano sem concordância por escrito do fiduciário." (NR)

"**Art. 38.** Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito." (NR)

Alterações no Código Civil

Art. 58. A Lei nº 10.406, de 2002 - Código Civil passa a vigorar com as seguintes alterações:

"**Art. 819-A.** (VETADO)"

"Art. 1.331.

§ 3º A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio.

....." (NR)

"**Art. 1.336.**

I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;

§ 1º (VETADO)

....." (NR)

"**Art. 1.351.** Depende da aprovação de 2/3 (dois terços) dos votos dos condôminos a alteração da convenção; a mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos." (NR)

"**Art. 1.368-A.** As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial." (NR)

"**Art. 1.485.** Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até 30 (trinta) anos da data do contrato. Desde que perfaça esse prazo, só poderá subsistir o contrato de hipoteca reconstituindo-se por novo título e novo registro; e, nesse caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir." (NR)

Alterações na Lei de Registros Públicos

Art. 59. A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 167.

II -

21) da cessão de crédito imobiliário." (NR)

"**Art. 212.** Se o registro ou a averbação for omissa, imprecisa ou não exprimir a verdade, a retificação será feita pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, por meio do procedimento administrativo previsto no art. 213, facultado ao interessado requerer a retificação por meio de procedimento judicial.

Parágrafo único. A opção pelo procedimento administrativo previsto no art. 213 não exclui a prestação jurisdicional, a requerimento da parte prejudicada.

Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação:

I - de ofício ou a requerimento do interessado nos casos de:

- a) omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título;
- b) indicação ou atualização de confrontação;
- c) alteração de denominação de logradouro público, comprovada por documento oficial;
- d) retificação que vise a indicação de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georeferenciadas, em que não haja alteração das medidas perimetrais;
- e) alteração ou inserção que resulte de mero cálculo matemático feito a partir das medidas perimetrais constantes do registro;
- f) reprodução de descrição de linha divisória de imóvel confrontante que já tenha sido objeto de retificação;
- g) inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes, comprovada por documentos oficiais, ou mediante despacho judicial quando houver necessidade de produção de outras provas;

II - a requerimento do interessado, no caso de inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte, ou não, alteração de área, instruído com planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, bem assim pelos confrontantes.

§ 1º Uma vez atendidos os requisitos de que trata o **caput** do art. 225, o oficial averbará a retificação.

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de algum confrontante, este será notificado pelo Oficial de Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, para se manifestar em quinze dias, promovendo-se a notificação pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação do Oficial de Registro de Imóveis, pelo Oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la.

§ 3º A notificação será dirigida ao endereço do confrontante constante do Registro de Imóveis, podendo ser dirigida ao próprio imóvel contíguo ou àquele fornecido pelo requerente; não sendo encontrado o confrontante ou estando em lugar incerto e não sabido, tal fato será certificado pelo oficial encarregado da diligência, promovendo-se a notificação do confrontante mediante edital, com o mesmo prazo fixado no § 2º, publicado por duas vezes em jornal local de grande circulação.

§ 4º Presumir-se-á a anuência do confrontante que deixar de apresentar impugnação no prazo da notificação.

§ 5º Findo o prazo sem impugnação, o oficial averbará a retificação requerida; se houver impugnação fundamentada por parte de algum confrontante, o oficial intimará o requerente e o profissional que houver assinado a planta e o memorial a fim de que, no prazo de cinco dias, se manifestem sobre a impugnação.

§ 6º Havendo impugnação e se as partes não tiverem formalizado transação amigável para solucioná-la, o oficial remeterá o processo ao juiz competente, que decidirá de plano ou após instrução sumária, salvo se a controvérsia versar sobre o direito de propriedade de alguma das partes, hipótese em que remeterá o interessado para as vias ordinárias.

§ 7º Pelo mesmo procedimento previsto neste artigo poderão ser apurados os remanescentes de áreas parcialmente alienadas, caso em que serão considerados como confrontantes tão-somente os confinantes das áreas remanescentes.

§ 8º As áreas públicas poderão ser demarcadas ou ter seus registros retificados pelo mesmo procedimento previsto neste artigo, desde que constem do registro ou sejam logradouros devidamente averbados.

§ 9º Independentemente de retificação, dois ou mais confrontantes poderão, por meio de escritura pública, alterar ou estabelecer as divisas entre si e, se houver transferência de área, com o recolhimento do devido imposto de transmissão e desde que preservadas, se rural o imóvel, a fração mínima de parcelamento e, quando urbano, a legislação urbanística.

§ 10. Entendem-se como confrontantes não só os proprietários dos imóveis contíguos, mas, também, seus eventuais ocupantes; o condomínio geral, de que tratam os arts. 1.314 e seguintes do Código Civil, será representado por qualquer dos condôminos e o condomínio edilício, de que tratam os arts. 1.331 e seguintes do Código Civil, será representado, conforme o caso, pelo síndico ou pela Comissão de Representantes.

§ 11. Independe de retificação:

I - a regularização fundiária de interesse social realizada em Zonas Especiais de Interesse Social, nos termos da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, promovida por Município ou pelo Distrito Federal, quando os lotes já estiverem cadastrados individualmente ou com lançamento fiscal há mais de vinte anos;

II - a adequação da descrição de imóvel rural às exigências dos arts. 176, §§ 3º e 4º, e 225, § 3º, desta Lei.

§ 12. Poderá o oficial realizar diligências no imóvel para a constatação de sua situação em face dos confrontantes e localização na quadra.

§ 13. Não havendo dúvida quanto à identificação do imóvel, o título anterior à retificação poderá ser levado a registro desde que requerido pelo adquirente, promovendo-se o registro em conformidade com a nova descrição.

§ 14. Verificado a qualquer tempo não serem verdadeiros os fatos constantes do memorial descritivo, responderão os requerentes e o profissional que o elaborou pelos prejuízos causados, independentemente das sanções disciplinares e penais.

§ 15. Não são devidos custas ou emolumentos notariais ou de registro decorrentes de regularização fundiária de interesse social a cargo da administração pública.

Art. 214.

§ 1º A nulidade será decretada depois de ouvidos os atingidos.

§ 2º Da decisão tomada no caso do § 1º caberá apelação ou agravo conforme o caso.

§ 3º Se o juiz entender que a superveniência de novos registros poderá causar danos de difícil reparação poderá determinar de ofício, a qualquer momento, ainda que sem oitiva das partes, o bloqueio da matrícula do imóvel.

§ 4º Bloqueada a matrícula, o oficial não poderá mais nela praticar qualquer ato, salvo com autorização judicial, permitindo-se, todavia, aos interessados a prenotação de seus títulos, que ficarão com o prazo prorrogado até a solução do bloqueio.

§ 5º A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel." (NR)

Alteração na Lei do FGTS

Art. 60. O caput do art. 9º da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 9º As aplicações com recursos do FGTS poderão ser realizadas diretamente pela Caixa Econômica Federal e pelos demais órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, exclusivamente segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS, em operações que preencham os seguintes requisitos:" (NR)

Alterações na Lei de Locações

Art. 61. A Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 32.

Parágrafo único. Nos contratos firmados a partir de 1º de outubro de 2001, o direito de preferência de que trata este artigo não alcançará também os casos de constituição da propriedade fiduciária e de perda da propriedade ou venda por quaisquer formas de realização de garantia, inclusive mediante leilão extrajudicial, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica." (NR)

"Art. 39. (VETADO)"

Alterações na Lei de Protesto de Títulos e Documentos de Dívida

Art. 62. (VETADO)

Normas Complementares a esta Lei

Art. 63. Nas operações envolvendo recursos do Sistema Financeiro da Habitação e do Sistema Financeiro Imobiliário, relacionadas com a moradia, é vedado cobrar do mutuário a elaboração de instrumento contratual particular, ainda que com força de escritura pública.

Art. 64. (VETADO)

Art. 65. O Conselho Monetário Nacional e a Secretaria da Receita Federal, no âmbito das suas respectivas atribuições, expedirão as instruções que se fizerem necessárias à execução das disposições desta Lei.

Vigência

Art. 66. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Revogações

Art. 67. Ficam revogadas as Medidas Provisórias nºs 2.160-25, de 23 de agosto de 2001, 2.221, de 4 de setembro de 2001, e 2.223, de 4 de setembro de 2001, e os arts. 66 e 66-A da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965.

Brasília, 2 de agosto de 2004; 183ª da Independência e 116ª da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

Antonio Palocci Filho

Marina Silva

Olívio de Oliveira Dutra

José Dirceu de Oliveira e Silva

Álvaro Augusto Ribeiro Costa

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 3.8.2004

ANEXO IV

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 221, DE 1º DE OUTUBRO DE 2004.

Dispõe sobre o Certificado de Depósito Agropecuário - CDA e o Warrant Agropecuário - WA, dá nova redação a dispositivos das Leis nºs 9.973, de 29 de maio de 2000, que dispõe sobre o sistema de armazenagem dos produtos agropecuários, 8.427, de 27 de maio de 1992, que dispõe sobre a concessão de subvenção econômica nas operações de crédito rural, e 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel, e altera a Taxa de Fiscalização de que trata a Lei nº 7.940, de 20 de dezembro de 1989.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62, da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

Art. 1º Ficam instituídos o Certificado de Depósito Agropecuário - CDA e o Warrant Agropecuário - WA.

§ 1º O CDA é título de crédito representativo de promessa de entrega de produto agropecuário depositado.

§ 2º O WA é título de crédito que confere direito de penhor sobre o produto descrito no CDA correspondente.

§ 3º O CDA e o WA são títulos unidos, emitidos simultaneamente pelo depositário, a pedido do depositante, podendo ser transmitidos unidos ou separadamente, mediante endosso.

Art. 2º Aplicam-se ao CDA e ao WA as normas de direito cambial no que forem cabíveis e o seguinte:

I - os endossos devem ser completos;

II - os endossantes não respondem pela entrega do produto, mas, tão-somente, pela existência da obrigação;

III - é dispensado o protesto cambial para assegurar o direito de regresso contra avalistas.

Art. 3º O CDA e o WA serão:

I - cartulares, antes de seu registro em sistema de registro e de liquidação financeira a que se refere o art. 13, e após a sua baixa;

II - escriturais ou eletrônicos, enquanto permanecerem registrados em sistema de registro e de liquidação financeira.

Art. 4º Para efeito desta Medida Provisória, entende-se como:

I - depositário: pessoa jurídica apta a exercer as atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários de terceiros;

II - depositante: pessoa física ou jurídica responsável legal pelos produtos agropecuários entregues a um depositário para guarda e conservação;

III - entidade registradora autorizada: pessoa jurídica responsável por sistema de registro e de liquidação financeira de títulos privados autorizada pelo Banco Central do Brasil.

Art. 5º Cada um desses títulos deve conter as seguintes informações:

I - denominação do título;

II - número, que deve ser idêntico para cada conjunto de CDA e WA;

III - menção de que o depósito do produto sujeita-se à Lei nº 9.973, de 29 de maio de 2000, e a esta Medida Provisória;

IV - identificação e qualificação do depositante e do depositário;

V - identificação comercial do depositário;

VI - cláusula à ordem;

VII - local do armazenamento;

VIII - descrição e especificação do produto;

IX - peso bruto e líquido;

X - forma de acondicionamento;

XI - número de volumes, quando cabível;

XII - valor dos serviços de armazenagem, conservação e expedição, a periodicidade de sua cobrança e a indicação do responsável pelo seu pagamento;

XIII - identificação do segurador do produto e do valor do seguro;

XIV - qualificação da garantia oferecida pelo depositário, quando for o caso;

XV - data do recebimento do produto e prazo do depósito;

XVI - data de emissão do título;

XVII - identificação, qualificação e assinatura do representante do depositário; e

XVIII - identificação precisa dos direitos que conferem.

Parágrafo único. O depositante e o depositário poderão acordar que a responsabilidade pelo pagamento do valor dos serviços a que se refere o inciso XII será do endossatário do CDA.

CAPÍTULO II

DA EMISSÃO, DO REGISTRO E DA CIRCULAÇÃO DOS TÍTULOS

Seção I

Da Emissão

Art. 6º A solicitação de emissão do CDA e do WA será feita pelo depositante ao depositário.

§ 1º Na solicitação, o depositante:

I - declarará, sob as penas da lei, que o produto é de sua propriedade e está livre e desembaraçado de quaisquer ônus;

II - apresentará certidão negativa de ônus sobre o produto dado em depósito, emitida pelo Cartório de Registro de Imóveis com jurisdição sobre o imóvel onde foi produzida a mercadoria;

III - indicará a propriedade ou o imóvel onde o produto foi produzido e respectivo número de inscrição no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA e, no caso de não ser de produção própria, o nome do produtor;

IV - outorgará, em caráter irrevogável, poderes ao depositário para transferir a propriedade do produto ao endossatário do CDA.

§ 2º Os documentos mencionados no § 1º serão arquivados pelo depositário junto com as segundas vias do CDA e do WA.

§ 3º Emitidos o CDA e o WA, é dispensada a entrega de recibo de depósito.

Art. 7º É facultada a formalização do contrato de depósito a que se refere o art. 3º da Lei nº 9.973, de 2000, quando forem emitidos o CDA e o WA.

Art. 8º Os títulos serão emitidos em, no mínimo, duas vias, com as seguintes destinações:

I - primeiras vias, ao depositante;

II - segundas vias, ao depositário, nas quais constarão os recibos de entrega dos originais ao depositante.

Parágrafo único. Os títulos terão numeração seqüencial, idêntica em ambos os documentos, em série única, vedada a subsérie.

Art. 9º O depositário que emitir o CDA e o WA é responsável, inclusive perante terceiros, pelas irregularidades e inexatidões neles lançadas.

Art. 10. O depositante tem o direito de pedir ao depositário a divisão do produto em tantos lotes quantos lhe convenha e solicitar a emissão do CDA e do WA correspondentes a cada um dos lotes.

Art. 11. O depositário assume a obrigação de guardar, conservar, manter a qualidade e a quantidade do produto recebido em depósito e de entregá-lo ao credor na quantidade e qualidade consignadas no CDA e no WA.

Art. 12. O prazo do depósito a ser consignado no CDA e no WA será de até um ano, contado da data de sua emissão, podendo ser prorrogado pelo depositário a pedido do credor, os quais, na oportunidade, ajustarão, se for necessário, as condições de depósito do produto.

Parágrafo único. As prorrogações serão anotadas nas segundas vias em poder do depositário e nos registros de sistema de registro e de liquidação financeira.

Seção II

Do Registro

Art. 13. É obrigatório o registro do CDA e do WA em sistema de registro e de liquidação financeira, administrado por entidade autorizada pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º O depositante, primeiro credor do CDA e do WA, deverá, no prazo de até dez dias, contados da data de sua emissão, entregá-los em custódia à entidade registradora autorizada para que sejam efetuados os respectivos registros.

§ 2º A entrega dos títulos em custódia será feita por endosso-mandato, autorizando a entidade registradora a efetuar o registro da custódia e a endossá-los ao novo credor, quando de sua retirada do sistema de registro e de liquidação financeira.

§ 3º Vencido o prazo do § 1º sem o cumprimento da providência a cargo do depositante, deverá ele comparecer ao depositário para cancelar os títulos e substituí-los por novos ou por recibo de depósito, em seu nome.

Seção III

Da Circulação

Art. 14. O CDA e o WA serão negociados nos mercados de bolsa e de balcão como ativos financeiros.

Art. 15. Quando da primeira negociação do WA separado do CDA, a entidade registradora consignará em seus registros o valor da negociação do WA, a taxa de juros e a data de vencimento ou, ainda, o valor a ser pago no vencimento ou o indicador que será utilizado para o cálculo do valor da dívida.

Parágrafo único. Os registros dos negócios realizados com o CDA e com o WA, unidos ou separados, serão atualizados eletronicamente pela entidade administradora do sistema de registro e de liquidação financeira.

Art. 16. As negociações do CDA e do WA são isentas do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários.

Art. 17. Os endossos eletrônicos, ocorridos durante o período em que o CDA e o WA estiverem registrados em sistema de registro e de liquidação financeira, não serão transcritos no verso dos títulos.

Art. 18. A entidade registradora é responsável pelo registro da cadeia de endossos eletrônicos ocorridos no período em que os títulos estiverem registrados em sistema de registro e de liquidação financeira.

CAPÍTULO III DA RETIRADA DO PRODUTO

Art. 19. Para a retirada do produto, o credor do CDA solicitará à entidade registradora a baixa do registro eletrônico do CDA, o endosso na cártula e a sua entrega.

§ 1º A baixa do registro eletrônico ocorrerá somente se:

I - o CDA e o WA estiverem em nome do mesmo credor; ou

II - o credor do CDA consignar, em dinheiro, o valor do principal e dos juros até a data do vencimento do WA na câmara de compensação da entidade registradora.

§ 2º A consignação do valor da dívida do WA em câmara de compensação da entidade registradora equivale ao real e efetivo pagamento da dívida, e a quantia consignada deverá ser entregue ao credor do WA.

§ 3º Na hipótese do inciso I do § 1º, a entidade registradora entregará, junto com a cártula do CDA, a cártula do WA.

§ 4º Na hipótese do inciso II do § 1º, a entidade registradora entregará, junto com a cártula do CDA, documento comprobatório do depósito.

§ 5º Com a entrega do CDA ao depositário, juntamente com o respectivo WA ou com o documento a que se refere o § 4º, o endossatário adquire a propriedade do produto nele descrito, extinguindo-se o mandato a que se refere o inciso IV do § 1º do art. 6º.

§ 6º São condições para a transferência da propriedade ou retirada do produto:

I - o pagamento dos serviços de armazenagem, conservação e expedição, na forma do inciso XII e do parágrafo único do art. 5º;

II - o cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, relativas à operação.

CAPÍTULO IV DO SEGURO

Art. 20. Para emissão de CDA e WA, o seguro obrigatório de que trata o art. 6º, § 6º, da Lei nº 9.973, de 2000, deverá ter cobertura contra incêndio, raio, explosão de qualquer natureza, danos elétricos, vendaval, alagamento, inundação, furacão, ciclone, tornado, granizo, quedas de aeronaves ou quaisquer outros engenhos aéreos ou espaciais, impacto de veículos terrestres, fumaça e quaisquer intempéries que destruam ou deteriorem o produto vinculado àqueles títulos.

Parágrafo único. No caso de armazéns públicos, o seguro obrigatório de que trata o caput também conterà cláusula contra roubo.

CAPÍTULO V DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS E FINAIS

Art. 21. Fica autorizada a emissão do CDA e do WA, pelo prazo de dois anos, por armazéns que não detenham a certificação prevista no art 2º da Lei nº 9.973, de 2000, mas que atendam a requisitos mínimos a serem definidos pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Art. 22. Para produtos agropecuários, fica vedada a emissão do Conhecimento de Depósito e do Warrant previstos no Decreto nº 1.102, de 21 de novembro de 1903.

Art. 23. O § 3º do art. 6º da Lei nº 9.973, de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

"§ 3º O depositário e o depositante poderão definir, de comum acordo, a constituição de garantias, as quais deverão estar registradas no contrato de depósito ou no CDA."(NR)

Art. 24. O Conselho Monetário Nacional expedirá as instruções que se fizerem necessárias à execução das disposições desta Medida Provisória referentes ao CDA e ao WA.

Art. 25. O inciso II do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.427, de 27 de maio de 1992, passa a vigorar com a seguinte redação:

"II - a diferença entre o preço de exercício em contratos de opções de venda de produtos agropecuários lançados pelo Poder Executivo ou pelo setor privado e o valor de mercado desses produtos." (NR)

Art. 26. É devida pelos fundos de investimento regulados e fiscalizados pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, independentemente dos ativos que componham sua carteira, a Taxa de Fiscalização instituída pela Lei nº 7.940, de 20 de dezembro de 1989, segundo os valores constantes dos Anexos I e II desta Medida Provisória. (Vide art. 28)

§ 1º Na hipótese do caput:

I - a Taxa de Fiscalização será apurada e paga trimestralmente, com base na média diária do patrimônio líquido referente ao trimestre imediatamente anterior; e

II - a Taxa de Fiscalização será recolhida até o último dia útil do primeiro decêndio dos meses de janeiro, abril, julho e outubro de cada ano, observado o disposto no inciso I.

§ 2º Os fundos de investimento que, com base na regulamentação aplicável vigente, não apurem o valor médio diário de seu patrimônio líquido, recolherão a taxa de que trata o caput com base no patrimônio líquido apurado no último dia do trimestre imediatamente anterior ao do pagamento.

Art. 27. Os arts. 22 e 38 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 22....."

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário." (NR)

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

Art. 28. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos quanto ao art. 26 e aos Anexos I e II a partir de 3 de janeiro de 2005.

Art. 29. Revoga-se o art. 4º da Lei nº 9.973, de 29 de maio de 2000.

Brasília, 1º de outubro de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Antonio Palocci Filho

Roberto Rodrigues

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 4.10.2004

Anexo I
(Vide art. 28)

Valor da Taxa de Fiscalização devida pelos Fundos de Investimento

Em Reais

Classe de Patrimônio Líquido Médio	Valor da Taxa de Fiscalização
até 2.500.000,00	600,00
de 2.500.000,01 a 5.000.000,00	900,00
de 5.000.000,01 a 10.000.000,00	1.350,00
de 10.000.000,01 a 20.000.000,00	1.800,00
de 20.000.000,01 a 40.000.000,00	2.400,00
de 40.000.000,01 a 80.000.000,00	3.840,00
de 80.000.000,01 a 160.000.000,00	5.760,00
de 160.000.000,01 a 320.000.000,00	7.680,00
de 320.000.000,01 a 640.000.000,00	9.600,00
acima de 640.000.000,00	10.800,00

Anexo II
(Vide art. 28)

Valor da Taxa de Fiscalização devida pelos Fundos de Investimento
em Quotas de Fundos de Investimento

Em Reais

Classe de Patrimônio Líquido Médio	Valor da Taxa de Fiscalização
até 2.500.000,00	300,00
de 2.500.000,01 a 5.000.000,00	450,00
de 5.000.000,01 a 10.000.000,00	675,00
de 10.000.000,01 a 20.000.000,00	900,00
de 20.000.000,01 a 40.000.000,00	1.200,00
de 40.000.000,01 a 80.000.000,00	1.920,00
de 80.000.000,01 a 160.000.000,00	2.880,00
de 160.000.000,01 a 320.000.000,00	3.840,00
de 320.000.000,01 a 640.000.000,00	4.800,00
acima de 640.000.000,00	5.400,00

ANEXO V

DECRETO-LEI Nº 70, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1966.

Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, com base no disposto pelo artigo 31, parágrafo único, do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, e tendo em vista o Ato Complementar nº 23, de 20 de outubro de 1966,

DECRETA:

CAPÍTULO I

Das Associações de Poupança e Empréstimo

Art 1º Dentro das normas gerais que forem estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, poderão ser autorizadas a funcionar, nos termos dêste decreto-lei, associações de poupança e empréstimo, que se constituirão obrigatoriamente sob a forma de sociedades civis, de âmbito regional restrito, tendo por objetivos fundamentais:

I - propiciar ou facilitar a aquisição de casa própria aos associados;

II - captar, incentivar e disseminar a poupança.

§ 1º As associações de poupança e empréstimo estarão compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação no item IV do artigo 8º da Lei número 4.380, de 21 de agosto de 1964, e legislação complementar, com todos os encargos e vantagens decorrentes.

§ 2º As associações de poupança e empréstimo e seus administradores ficam subordinados aos mesmos preceitos e normas atinentes às instituições financeiras, estabelecidos no capítulo V da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Art 2º São características essenciais das associações de poupança e empréstimo:

I - a formação de vínculo societário, para todos os efeitos legais, através de depósitos em dinheiro efetuados por pessoas físicas interessadas em delas participar;

II - a distribuição aos associados, como dividendos, da totalidade dos resultados líquidos operacionais, uma vez deduzidas as importâncias destinadas à constituição

dos fundos de reserva e de emergência e a participação da administração nos resultados das associações.

Art 3º É assegurado aos Associados:

I - retirar ou movimentar seus depósitos; observadas as condições regulamentares;

II - tomar parte nas assembléias gerais, com plena autonomia deliberativa, em todos os assuntos da competência delas;

III - votar e ser votado.

Art 4º Para o exercício de seus direitos societários, cada associado terá pelo menos um voto, qualquer que seja o volume de seus depósitos na Associação, e terá tantos votos quantas "Unidades-Padrão de Capital do Banco Nacional da Habitação" se contenham no respectivo depósito, nos termos do artigo 52 e seus parágrafos da Lei nº 4.380, de 21-8-64, e artigo 9º e seus parágrafos dêste decreto-lei.

§ 1º Quando o associado dispuser de mais de um voto, a soma respectiva será apurada na forma prevista neste artigo, sendo desprezadas as frações inferiores a uma "Unidade-Padrão de Capital".

§ 2º Poderá ser limitado, como norma geral, variável de região a região, o número máximo de votos correspondentes a cada depósito ou a cada depositante.

Art 5º Será obrigatório, como despesa operacional das associações de poupança e empréstimo, o pagamento de prêmio para seguro dos depósitos.

Art 6º O Banco Nacional da Habitação poderá determinar, deliberando inclusive quanto à maneira de fazê-lo, a reorganização, incorporação, fusão ou liquidação de associações de poupança e empréstimo, bem como intervir nas mesmas, através de interventor ou interventores especialmente nomeados, independentemente das respectivas assembléias - gerais sempre que verificada uma ou mais das seguintes hipóteses:

a) insolvência;

b) violação das leis ou dos regulamentos;

c) negativa em exhibir papéis e documentos ou tentativa de impedir inspeções;

d) realização de operações inseguras ou antieconômicas;

e) operação em regime de perda.

Art 7º As Associações de poupança e empréstimo são isentas de impôsto de renda; são também isentas de impôsto de renda as correções monetárias que vierem a pagar a seus depositantes.

Art 8º Aplicam-se às associações de poupança e empréstimo, no que este decreto-lei não contrariar, os artigos 1.363 e seguintes do Código Civil ou legislação substitutiva ou modificativa deles.

CAPÍTULO II

Da Cédula Hipotecária

Art 9º Os contratos de empréstimo com garantia hipotecária, com exceção das que consubstanciam operações de crédito rural, poderão prever o reajustamento das respectivas prestações de amortização e juros com a conseqüente correção monetária da dívida.

§ 1º Nas hipotecas não vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação, a correção monetária da dívida obedecerá ao que fôr disposto para o Sistema Financeiro da Habitação.

§ 2º A menção a Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional nas operações mencionadas no § 2º do artigo 1º do Decreto-lei nº 19, de 30 de agosto de 1966, e neste decreto-lei entende-se como equivalente a menção de Unidades-padrão de Capital do Banco Nacional da Habitação e o valor destas será sempre corrigido monetariamente durante a vigência do contrato, segundo os critérios do art. 7º, 1º, da Lei nº 4.357-64.

§ 3º A cláusula de correção monetária utilizável nas operações do Sistema Financeiro da Habitação poderá ser aplicada em tôdas as operações mencionadas no § 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 19, de 30.8.66, que vierem a ser pactuadas por pessoas não integrantes daquele Sistema, desde que os atos jurídicos se refiram a operações imobiliárias.

Art 10. É instituída a cédula hipotecária para hipotecas inscritas no Registro Geral de Imóveis, como instrumento hábil para a representação dos respectivos créditos hipotecários, a qual poderá ser emitida pelo credor hipotecário nos casos de:

I - operações compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação;

II - hipotecas de que sejam credores instituições financeiras em geral, e companhias de seguro;

III - hipotecas entre outras partes, desde que a cédula hipotecária seja originariamente emitida em favor das pessoas jurídicas a que se refere o inciso II supra.

§ 1º A cédula hipotecária poderá ser integral, quando representar a totalidade do crédito hipotecário, ou fracionária, quando representar parte dêle, entendido que a soma do principal das cédulas hipotecárias fracionárias emitidas sobre uma determinada hipoteca e ainda em circulação não poderá exceder, em hipótese alguma, o valor total do respectivo crédito hipotecário em nenhum momento.

§ 2º Para os efeitos do valor total mencionado no parágrafo anterior, admite-se o cômputo das correções efetivamente realizadas, na forma do artigo 9º, do valor Monetário da dívida envolvida.

§ 3º As cédulas hipotecárias fracionárias poderão ser emitidas em conjunto ou isoladamente a critério do credor, a qualquer momento antes do vencimento da correspondente dívida hipotecária.

Art 11. É admitida a emissão de cédula hipotecária sobre segunda hipoteca, desde que tal circunstância seja expressamente declarada com evidência, no seu averso.

Art 12. O valor nominal de cada cédula hipotecária vinculada ao Sistema Financeiro da Habitação poderá ser expresso pela sua equivalência em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional ou Unidades-padrão de Capital do Banco Nacional da Habitação e representado pelo quociente da divisão do valor inicial da dívida ou da prestação, prestações ou frações de prestações de amortizações e juros da dívida originária pelo valor corrigido de uma Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional ou Unidade-padrão de Capital do Banco Nacional da Habitação no trimestre de constituição da dívida.

§ 1º O valor real ou o valor corrigido de cada cédula hipotecária corresponderá ao produto de seu valor nominal, definido neste artigo, pelo valor corrigido de uma Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional ou Unidade-padrão de Capital do Banco Nacional da Habitação no momento da apuração desse valor real.

§ 2º O valor nominal discriminará, na forma deste artigo, a parcela de amortização de capital e a parcela de juros representados pela cédula hipotecária, bem como o prêmio mensal dos seguros obrigatórios estipulados pelo Banco Nacional da Habitação.

Art 13. A cédula hipotecária só poderá ser lançada à circulação depois de averbada à margem da inscrição da hipoteca a que disser respeito, no Registro-Geral de Imóveis, observando-se para essa averbação o disposto na legislação e regulamentação dos serviços concernentes aos registros públicos, no que couber.

Parágrafo único. Cada cédula hipotecária averbada será autenticada pelo Oficial do Registro-Geral de Imóveis competente, com indicação de seu número, série e data, bem como do livro, fôlhas e a data da inscrição da hipoteca a que corresponder a emissão e à margem da qual fôr averbada.

Art 14. Não será permitida a averbação de cédula hipotecária, quando haja pré-notação, inscrição ou averbação de qualquer outro ônus real, ação, penhora ou procedimento judicial que afetem o imóvel, direta ou indiretamente, ou de cédula hipotecária anterior, salvo nos casos dos artigos 10, § 1º, e 11.

Art 15. A cédula hipotecária conterá obrigatoriamente:

I - No averso:

a) nome, qualificação e endereço do emitente, e do devedor;

- b) número e série da cédula hipotecária, com indicação da parcela ou totalidade do crédito que represente;
- c) número, data, livro e folhas do Registro-Geral de Imóveis em que foi inscrita a hipoteca, e averbada a cédula hipotecária;
- d) individualização, do imóvel dado em garantia;
- e) o valor da cédula, como previsto nos artigos 10 e 12, os juros convencionados e a multa estipulada para o caso de inadimplemento;
- f) o número de ordem da prestação a que corresponder a cédula hipotecária, quando houver;
- g) a data do vencimento da cédula hipotecária ou, quando representativa de várias prestações, os seus vencimentos de amortização e juros;
- h) a autenticação feita pelo oficial do Registro-Geral de Imóveis;
- i) a data da emissão, e as assinaturas do emitente, com a promessa de pagamento do devedor;
- j) o lugar de pagamento do principal, juros, seguros e taxa.

II - No verso, a menção ou locais apropriados para o lançamento dos seguintes elementos:

- a) data ou datas de transferência por endosso;
- b) nome, assinatura e endereço do endossante;
- c) nome, qualificação, endereço e assinatura do endossatário;
- d) as condições do endosso;
- e) a designação do agente recebedor e sua comissão.

Parágrafo único. A cédula hipotecária vinculada ao Sistema Financeiro da Habitação deverá conter ainda, no verso, a indicação dos seguros obrigatórios, estipulados pelo Banco Nacional da Habitação.

Art 16. A cédula hipotecária é sempre nominativa, e de emissão do credor da hipoteca a que disser respeito, podendo ser transferida por endosso em prêto lançado no seu verso, na forma do artigo 15, II, aplicando-se à espécie, no que este decreto-lei não contrarie, os artigos 1.065 e seguintes do Código Civil.

Parágrafo único. Emitida a cédula hipotecária, passa a hipoteca sobre a qual incidir e fazer parte integrante dela, acompanhando-a nos endossos subseqüentes, sub-rogando-se automaticamente o favorecido ou o endossatário em todos os direitos

creditícios respectivos, que serão exercidos pelo último deles, titular pelo endosso em prêto.

Art 17. Na emissão e no endosso da cédula hipotecária, o emitente e o endossante permanecem solidariamente responsáveis pela boa liquidação do crédito, a menos que avisem o devedor hipotecário e o segurador quando houver, de cada emissão ou endosso, até 30 (trinta) dias após sua realização através de carta (do emitente ou do endossante, conforme o caso), entregue mediante recibo ou enviada pelo registro de Títulos e Documentos, ou ainda por meio de notificação judicial, indicando-se, na carta ou na notificação, o nome, a qualificação e o endereço completo do beneficiário (se se tratar de emissão) ou do endossatário (se se tratar de endosso).

§ 1º O Conselho Monetário Nacional fixará as condições em que as companhias de seguro e as instituições financeiras poderão realizar endossos de cédulas hipotecárias, permanecendo solidariamente responsáveis por sua boa liquidação, inclusive despesas judiciais, hipótese em que deverão indicar na própria cédula, obrigatoriamente, o custo de tais serviços.

§ 2º Na emissão e no endosso da cédula hipotecária é dispensável a outorga uxória.

Art 18. A liquidação total ou parcial da hipoteca sobre a qual haja sido emitida cédula hipotecária prova-se pela restituição da mesma cédula hipotecária, quitada, ao devedor, ou, na falta dela, por outros meios admitidos em lei.

Parágrafo único. O emitente, endossante, ou endossatário de cédula hipotecária que receber seu pagamento sem restituí-la ao devedor, permanece responsável por todas as conseqüências de sua permanência em circulação.

Art 19. Nenhuma cédula hipotecária poderá ter prazo de resgate diferente do prazo da dívida hipotecária a que disser respeito, cujo vencimento antecipado, por qualquer motivo, acarretará automaticamente o vencimento, idênticamente antecipado, de todas as cédulas hipotecárias que sobre ela houverem sido emitidos.

Art 20. É a cédula hipotecária resgatável antecipadamente, desde que o devedor efetue o pagamento correspondente ao seu valor, corrigido monetariamente até a data da liquidação antecipada; se o credor recusar infundadamente o recebimento, poderá o devedor consignar judicialmente as importâncias devidas, cabendo ao Juízo determinar a expedição de comunicação ao Registro-Geral de Imóveis para o cancelamento da correspondente averbação ou da inscrição hipotecária, quando se trate de liquidação integral desta.

Art 21. É vedada a emissão de cédulas hipotecárias sobre hipotecas cujos contratos não prevejam a obrigação do devedor de:

I - conservar o imóvel hipotecado em condições normais de uso;

II - pagar nas épocas próprias todos os impostos, taxas, multas, ou quaisquer outras obrigações fiscais que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel;

III - manter o imóvel segurado por quantia no mínimo correspondente ao do seu valor monetário corrigido.

Parágrafo único. O Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação poderá determinar a adoção de instrumentos - padrão, cujos termos fixará, para as hipotecas do Sistema Financeiro da Habitação.

Art 22. As instituições financeiras em geral e as companhias do seguro poderão adquirir cédulas hipotecárias ou recebê-las em caução, nas condições que o Conselho Monetário Nacional estabelecer.

Art 23. Na hipótese de penhora, arresto, seqüestro ou outra medida judicial que venha a recair em imóvel objeto de hipoteca sôbre a qual haja sido emitida cédula hipotecária, fica o devedor obrigado a denunciar ao Juízo da ação ou execução a existência do fato, comunicando-o incontinenti aos oficiais incumbidos da diligência, sob pena de responder pelos prejuízos que de sua omissão advierem para o credor.

Art 24. O cancelamento da averbação da cédula hipotecária e da inscrição da hipoteca respectiva, quando se trate de liquidação integral desta, far-se-ão:

I - à vista das cédulas hipotecárias devidamente quitadas, exibidas pelo devedor ao Oficial do Registro Geral de Imóveis;

II - nos casos dos artigos 18 e 20, *in fine*

III - por sentença judicial transitada em julgado.

Parágrafo único. Se o devedor não possuir a cédula hipotecária quitada, poderá suprir a falta com a apresentação de declaração de quitação do emitente ou endossante em documento à parte.

Art 25. É proibida a emissão de cédulas hipotecárias sôbre hipotecas convencionadas anteriormente à vigência dêste decreto-lei, salvo nôvo acôrdo entre credor e devedor, ou quando tenha sido prevista a correção monetária nos termos dos artigos 9 e 11.

Art 26. Todos os atos previstos neste decreto-lei poderão ser feitos por instrumento particular, aplicando-se ao seu extravio, no que couber, o disposto no Título VII, do Livro IV, do Código de Processo Civil.

Art 27. A emissão ou o endôssso de cédula hipotecária com infrigência dêste decreto-lei, constitui, para o emitente ou o endossante, crime de estelionato, sujeitando-o às sanções do artigo 171 do Código Penal.

Art 28. Ficam isentos do impôsto das operações financeiras os atos jurídicos e os instrumentos mencionados neste Capítulo, bem como tôdas as operações passivas de entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação; não estarão sujeitos, outrossim, no impôsto de renda;

I - durante o exercício financeiro de 1967, os juros das operações previstas no mesmo Capítulo, quando vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação;

II - a correção monetária dessas operações, em todos os casos.

CAPÍTULO III

Art 29. As hipotecas a que se referem os artigos 9º e 10 e seus incisos, quando não pagas no vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil (artigos 298 e 301) ou deste decreto-lei (artigos 31 a 38).

Parágrafo único. A falta de pagamento do principal, no todo ou em parte, ou de qualquer parcela de juros, nas épocas próprias, bem como descumprimento das obrigações constantes do artigo 21, importará, automaticamente, salvo disposição diversa do contrato de hipoteca, em exigibilidade imediata de toda a dívida.

Art 30. Para os efeitos de exercício da opção do artigo 29, será agente fiduciário, com as funções determinadas nos artigos 31 a 38:

I - nas hipotecas compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação, o Banco Nacional da Habitação;

II - nas demais, as instituições financeiras inclusive sociedades de crédito imobiliário, credenciadas a tanto pelo Banco Central da República do Brasil, nas condições que o Conselho Monetário Nacional, venha a autorizar.

§ 1º O Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação poderá determinar que este exerça as funções de agente fiduciário, conforme o inciso I, diretamente ou através das pessoas jurídicas mencionadas no inciso II, fixando os critérios de atuação delas.

§ 2º As pessoas jurídicas mencionadas no inciso II, a fim de poderem exercer as funções de agente fiduciário deste decreto-lei, deverão ter sido escolhidas para tanto, de comum acordo entre o credor e o devedor, no contrato originário de hipoteca ou em aditamento ao mesmo, salvo se estiverem agindo em nome do Banco Nacional da Habitação ou nas hipóteses do artigo 41.

§ 3º Os agentes fiduciários não poderão ter ou manter vínculos societários com os credores ou devedores das hipotecas em que sejam envolvidos.

§ 4º É lícito às partes, em qualquer tempo, substituir o agente fiduciário eleito, em aditamento ao contrato de hipoteca.

~~Art 31. Vencida e não paga a hipoteca no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este decreto-lei, participará o fato, até 6 (seis) meses antes da prescrição do crédito, ao agente fiduciário sob pena de caducidade do direito de opção constante do artigo 29.~~
~~§ 1º Recebida a comunicação a que se refere este artigo, o agente fiduciário, nos 10 (dez) dias subsequentes, comunicará ao devedor que lhe é assegurado o prazo de~~

~~20 (vinte) dias para vir purgar o débito.~~
~~§ 2º As participações e comunicações deste artigo serão feitas através de carta entregue mediante recibo ou enviada pelo Registro de Títulos e Documentos ou ainda por meio de notificação judicial.~~

Art. 31. Vencida e não paga a dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este decreto-lei formalizará ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida, instruindo-a com os seguintes documentos: (Redação dada pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

I - o título da dívida devidamente registrado; (Inciso incluído pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

II - a indicação discriminada do valor das prestações e encargos não pagos; (Inciso incluído pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

III - o demonstrativo do saldo devedor discriminando as parcelas relativas a principal, juros, multa e outros encargos contratuais e legais; e (Inciso incluído pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

IV - cópia dos avisos reclamando pagamento da dívida, expedidos segundo instruções regulamentares relativas ao SFH. (Inciso incluído pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

§ 1º Recebida a solicitação da execução da dívida, o agente fiduciário, nos dez dias subseqüentes, promoverá a notificação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, concedendo-lhe o prazo de vinte dias para a purgação da mora. (Redação dada pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

§ 2º Quando o devedor se encontrar em lugar incerto ou não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao agente fiduciário promover a notificação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local, ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária. (Redação dada pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

Art 32. Não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado.

§ 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance obtido for inferior ao saldo devedor no momento, acrescido das despesas constantes do artigo 33, mais as do anúncio e contratação da praça, será realizado o segundo público leilão, nos 15 (quinze) dias seguintes, no qual será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior à soma das aludidas quantias.

§ 2º Se o maior lance do segundo público leilão fôr inferior àquela soma, serão pagas inicialmente as despesas componentes da mesma soma, e a diferença entregue ao credor, que poderá cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito, sem nenhum direito de retenção ou indenização sobre o imóvel alienado.

§ 3º Se o lance de alienação do imóvel, em qualquer dos dois públicos leilões, fôr superior ao total das importâncias referidas no *caput* d'êste artigo, a diferença afinal apurada será entregue ao devedor.

§ 4º A morte do devedor pessoa física, ou a falência, concordata ou dissolução do devedor pessoa jurídica, não impede a aplicação d'êste artigo.

Art 33. Compreende-se no montante do débito hipotecado, para os efeitos do artigo 32, a qualquer momento de sua execução, as demais obrigações contratuais vencidas, especialmente em relação à fazenda pública, federal, estadual ou municipal, e a prêmios de seguro, que serão pagos com preferência sôbre o credor hipotecário.

Parágrafo único. Na hipótese do segundo público leilão não cobrir sequer as despesas do artigo supra, o credor nada receberá, permanecendo íntegra a responsabilidade de adquirente do imóvel por êste garantida, em relação aos créditos remanescentes da fazenda pública e das seguradoras.

Art 34. É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acôrdo com o artigo 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos:

I - se a purgação se efetuar conforme o parágrafo primeiro do artigo 31, o débito será acrescido das penalidades previstas no contrato de hipoteca, até 10% (dez por cento) do valor do mesmo débito, e da remuneração do agente fiduciário;

II - daí em diante, o débito, para os efeitos de purgação, abrangerá ainda os juros de mora e a correção monetária incidente até o momento da purgação.

Art 35. O agente fiduciário é autorizado, independentemente de mandato do credor ou do devedor, a receber as quantias que resultarem da purgação do débito ou do primeiro ou segundo públicos leilões, que deverá entregar ao credor ou ao devedor, conforme o caso, deduzidas de sua própria remuneração.

§ 1º A entrega em causa será feita até 5 (cinco) dias após o recebimento das quantias envolvidas, sob pena de cobrança, contra o agente fiduciário, pela parte que tiver direito às quantias, por ação executiva.

§ 2º Os créditos previstos neste artigo, contra agente fiduciário, são privilegiados, em caso de falência ou concordata.

Art 36. Os públicos leilões regulados pelo artigo 32 serão anunciados e realizados, no que êste decreto-lei não prever, de acôrdo com o que estabelecer o contrato de hipoteca, ou, quando se tratar do Sistema Financeiro da Habitação, o que o Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação estabelecer.

Parágrafo único. Considera-se não escrita a cláusula contratual que sob qualquer pretexto preveja condições que subtraíam ao devedor o conhecimento dos públicos leilões de imóvel hipotecado, ou que autorizem sua promoção e realização sem

publicidade pelo menos igual à usualmente adotada pelos leiloeiros públicos em sua atividade corrente.

Art 37. Uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acordo com o artigo 32, será emitida a respectiva carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário, e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas, documento que servirá como título para a transcrição no Registro Geral de Imóveis.

§ 1º O devedor, se estiver presente ao público leilão, deverá assinar a carta de arrematação que, em caso contrário, conterà necessariamente a constatação de sua ausência ou de sua recusa em subscrevê-la.

§ 2º Uma vez transcrita no Registro Geral de Imóveis a carta de arrematação, poderá o adquirente requerer ao Juízo competente imissão de posse no imóvel, que lhe será concedida liminarmente, após decorridas as 48 horas mencionadas no parágrafo terceiro deste artigo, sem prejuízo de se prosseguir no feito, em rito ordinário, para o debate das alegações que o devedor porventura aduzir em contestação.

§ 3º A concessão da medida liminar do parágrafo anterior só será negada se o devedor, citado, comprovar, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, que resgatou ou consignou judicialmente o valor de seu débito, antes da realização do primeiro ou do segundo público leilão.

Art 38. No período que mediar entre a transcrição da carta de arrematação no Registro Geral de Imóveis e a efetiva imissão do adquirente na posse do imóvel alienado em público leilão, o Juiz arbitrará uma taxa mensal de ocupação compatível com o rendimento que deveria proporcionar o investimento realizado na aquisição, cobrável por ação executiva.

Art 39. O contrato de hipoteca deverá prever os honorários do agente fiduciário, que somente lhe serão devidos se se verificar sua intervenção na cobrança do crédito; tais honorários não poderão ultrapassar a 5% (cinco por cento) do mesmo crédito, no momento da intervenção.

Parágrafo único. Para as hipotecas do Sistema Financeiro da Habitação o Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação poderá fixar tabelas de remuneração no agente fiduciário, dentro dos limites fixados neste artigo.

Art 40. O agente fiduciário que, mediante ato ilícito, fraude, simulação ou comprovada má-fé, alienar imóvel hipotecado em prejuízo do credor ou devedor envolvido, responderá por seus atos, perante as autoridades competentes, na forma do Capítulo V da Lei número 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e, perante a parte lesada, por perdas e danos, que levarão em conta os critérios de correção monetária adotados neste decreto-lei ou no contrato hipotecário.

Art 41. Se, por qualquer motivo, o agente fiduciário eleito no contrato hipotecário não puder continuar no exercício da função, deverá comunicar o fato imediatamente ao credor e ao devedor, que, se não chegarem a acordo para eleger outro em

aditamento ao mesmo contrato, poderão pedir ao Juízo competente, a nomeação de substituto.

§ 1º Se o credor ou o devedor, a qualquer tempo antes do início da execução conforme o artigo 31, tiverem fundadas razões para pôr em dúvida a imparcialidade ou idoneidade do agente fiduciário eleito no contrato hipotecário, e se não houver acôrdo entre êles para substituí-lo, qualquer dos dois poderá pedir ao Juízo competente sua destituição.

§ 2º Os pedidos a que se referem êste artigo e o parágrafo anterior serão processados segundo o que determina o Código de Processo Civil para as ações declaratórias, com a citação das outras partes envolvidas no contrato hipotecário e do agente fiduciário.

§ 3º O pedido previsto no parágrafo segundo pode ser de iniciativa do agente fiduciário.

§ 4º Destituído o agente fiduciário, o Juiz nomeará outro em seu lugar, que assumirá imediatamente as funções, mediante termo lavrado nos autos, que será levado a averbação no Registro Geral de Imóveis e passará a constituir parte integrante do contrato hipotecário.

§ 5º Até a sentença destitutória transitar em julgado, o agente fiduciário destituído continuará no pleno exercício de suas funções, salvo nos casos do parágrafo seguinte.

§ 6º Sempre que o Juiz julgar necessário, poderá, nos casos dêste artigo, nomear liminarmente o nôvo agente fiduciário, mantendo-o ou substituindo-o na decisão final do pedido.

§ 7º A destituição do agente fiduciário não exclui a aplicação de sanções cabíveis, em virtude de sua ação ou omissão dolosa.

CAPÍTULO

IV

Das Disposições Finais

~~Art 42. O disposto no art. 26 e seu parágrafo da Lei número 4.862, de 29 de novembro de 1966, estende-se aos empréstimos contraídos pelas sociedades a que se referem os artigos 62 da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965 e art. 8º da Lei 4.380, de 21-8-1964, para finalidades habitacionais ou a construção residencial. (Revogado pelo Decreto Lei nº 1.494, de 7.12.1976)~~

Art 43. Os empréstimos destinados ao financiamento da construção ou da venda de unidades mobiliárias Poderão ser garantidos pela caução, cessão parcial ou cessão fiduciária dos direitos decorrentes de alienação de imóveis, aplicando-se, no que couber, o disposto nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 22 da Lei número 4.864, de 29 de novembro de 1965.

Parágrafo único. As garantias a que se refere êste artigo constituem direitos reais sôbre os respectivos imóveis.

Art 44. São passíveis de inscrição, nos Cartórios do Registro de Imóveis, os contratos a que se refere o artigo 43, e os de hipoteca de unidades imobiliárias em construção ou já construídas mas ainda sem "*habite-se*" das autoridades públicas competentes e respectiva, averbação, desde que estejam devidamente registrados os lotes de terreno em que elas se situem.

Art 45. Este decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art 46. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 21 de novembro de 1966; 145º da Independência e 78º da República.

H. CASTELLO BRANCO
Carlos Medeiros Silva
Eduardo Lopes Rodrigues
Paulo Egydio Martins

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 22.11.1966

Tombo	TD1750.
Valor	—
Proc	Afonso Carlos P. Montzger
Data	14/03/05
Encaje

PC. 147241
Ex. 124554



124554