

**ASPECTOS GERAIS DO
CONTRATO DE ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE
COISA IMÓVEL**

Alexandre Marchioni Leite de Almeida¹

RESUMO

Este artigo desenvolve o tema dos aspectos gerais do contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, partindo-se de seus aspectos conceituais e normativos. Objetivamos situar a alienação fiduciária de bem imóvel na teia do ordenamento jurídico brasileiro, bem como apontar o momento de sua inserção por força da Lei nº 9.514, de 20.11.1997, dissertando também sobre natureza jurídica, a propriedade fiduciária e seus desdobramentos no aspecto possessório, elementos, características, requisitos de validade e hipóteses de extinção.

Palavras-chave: contrato – alienação – fiduciária – bem – imóvel.

ABSTRACT

This article develops the theme of the general aspects of chattel mortgage, starting from its conceptual and normative aspects. We aim to place the chattel mortgage in the web of the

¹ Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Pós-graduado em Direito Privado pela Escola Paulista da Magistratura do Estado de São Paulo.

Brazilian legal system, as well as point out the moment of its insertion under Law No. 9,514, dated 11/20/1999, also discussing legal nature, fiduciary property and its consequences in the possessory aspect, as well as their legal nature, elements, characteristics, validity requirements and extinction hypotheses. Key-words: contract – chattel - mortgage - property - real estate.

1. INTRODUÇÃO

A fidúcia, sinônimo de confiança, é a liga que solda as relações humanas. É por meio da fidúcia que as sociedades crescem e se fortalecem, e é pela falta dela que as sociedades perecem, tornando-se fracas e vulneráveis. O direito contempla a fidúcia. Ambos enxergam a humanidade do mesmo mirante e, por isso, procuram atuar sempre juntos.

Neste artigo, tem-se por objetivo apresentar os aspectos gerais do contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel. Para tanto, está dividido em nove capítulos: 1. Introdução, em que são delineados os aspectos gerais do instituto; 2. Conceito, que apresenta os aspectos conceituais da alienação fiduciária e negócio fiduciário, bem

Mestre em Educação pela Universidade São Francisco - USF. Doutorando em Educação pela Universidade São Francisco - USF. Advogado.

como sua situação normativa; 3. Natureza Jurídica, em que se traçam pontos a respeito da acessoriedade do instituto temático. 4; Elementos, capítulo no qual são elencadas as partes componentes do contrato. 5; Características, que retratam os aspectos que identificam o ajuste fiduciário. 6; Requisitos de validade do contrato, capítulo que apresenta os pressupostos para que o contrato seja válido. 7; Extinção do contrato, que compreende as situações em que o ajuste tem seu encerramento. 8; Conclusão, em que se expõe a amplitude de utilização do contrato de alienação fiduciária para a segurança jurídica e vigor da atividade econômica no setor imobiliário.

Primeiramente, é necessário entender o significado de negócio fiduciário, que consiste em negócio jurídico adjetivo ao objeto da transmissão do bem, baseado na confiança, e que serve de garantia de adimplemento da obrigação substantiva.

A partir da confiança que serve de elo na confecção dos contratos, desenvolveu-se o instituto da alienação fiduciária, em virtude da consolidação da tipicidade dos direitos reais, que tem suas origens na concepção originária de *fiducia* do direito romano, e no *trust* do direito anglo-saxão. A confiança, elemento garantidor das avenças entre os

homens, é paulatinamente substituída pela força vinculante da lei.

No Brasil, alguns diplomas legais compreendendo o tema foram instituídos, v.g., a Lei 4.728, de 1965 que trata da alienação fiduciária de bens móveis, e a Lei 4.864, de 1965, que trata da cessão fiduciária de direitos creditórios.

Após as crises no setor imobiliário iniciadas na década de 1980-1989, vários setores da sociedade se mobilizaram a fim de discutir e encontrar soluções para as dificuldades concernentes aos financiamentos imobiliários, inseridos ou não no contexto de empréstimos por instituições financeiras e bancárias.

É certo que existe a grande dificuldade do acúmulo originário de capital pelo pretendente à aquisição do imóvel, o que faz com que o financiamento imobiliário seja, via de regra, o aporte de capital para a complementação de um valor agregado ao da poupança. Soma-se a tal fator a crise de direito real de hipoteca, uma vez que tal instituto não mais atendia aos anseios do mercado imobiliário, bem como a morosidade de satisfação do crédito em caso de inadimplemento obrigacional do devedor, uma vez que a execução hipotecária, salvo raríssimos

casos, leva muitos anos para promover o adimplemento da obrigação.

O legislador ordinário buscou contemplar a celeridade de operações de financiamento e a facilidade de recuperação do crédito em caso de inadimplemento do devedor, oferecendo às pessoas uma nova modalidade de garantia lastreada em direito real, não revogando outras modalidades de garantia, *v.g.*, o direito real de hipoteca, mas acrescentando ao rol então existente mais esta garantia imobiliária, pretendendo maior eficácia e rapidez, com a mesma segurança jurídica.

Para dar sustentação à necessária mudança, foi criado o Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, com o advento da Lei Federal nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que em seus artigos 22 a 33 dispôs sobre a alienação fiduciária sobre coisa imóvel, que fez surgir no ordenamento jurídico nacional a propriedade fiduciária imobiliária, que é a base de sustentação deste estudo, fruto do Projeto de Lei nº 3.242 de 1997.

Consideram-se também as adequações ocorridas pelo advento da Lei nº 10.406, de 10.1.2002, e as mudanças operadas pelas Leis 10.931, de 2.8.2004, 11.706, de 10.12.2004, 11.481, 31.5.2007, 12.810, de 15.05.2013, 13.043, de 13.11.2014, 13.097, de 19.01.2015, e 13.465, de 11.07.2017.

Aspecto interessante a ser ressaltado concerne à autonomia conferida ao instituto da alienação fiduciária imobiliária, que garante operações de crédito dentro ou fora do Sistema de Financiamento Imobiliário com o qual foi criado, não sendo de exclusiva utilização do referido sistema, pois extrapola os limites dos sistemas estatais de financiamento imobiliário. Para tanto, pode operar na esfera privada, visto que o direito real em tela é perfeitamente consolidado e com seus aspectos jurídicos claramente delineados, podendo a garantia imobiliária ser prestada pelo devedor ou terceiro em seu nome.

O instituto sob exame não trata de direito real de garantia sobre coisa alheia imóvel, pois o direito real não recai sobre coisa alheia, mas própria, motivo pelo qual se difere das demais categorias de direitos reais de garantia até então conhecidas no cenário jurídico nacional.

A alienação fiduciária imobiliária possui elastério suficiente para abarcar diversas operações de crédito nas quais uma das partes empresta dinheiro à outra e esta ou terceiro em seu nome, dá como garantia um bem imóvel, apto à garantia do adimplemento contratual.

Na teia do ordenamento jurídico civil pátrio, a alienação fiduciária de

bens imóveis insere-se, indiscutivelmente, em um microsistema de direito civil destinado às garantias de financiamento mobiliário e imobiliário. Extrapola, como já dito, os limites dos sistemas estatais de financiamento imobiliário, o SFI e o SFH, podendo disciplinar relações jurídicas obrigacionais entre particulares, obtendo a plena autonomia de sua aplicabilidade ante a disposição normativa estabelecida. Além disso, a alienação fiduciária conflui com o microsistema de direitos do consumidor quando se comporta a contratação sob forma de adesão, e ainda, questionando-se a devolução das parcelas já pagas ao devedor fiduciante.

2. CONCEITO

Os artigos 17, inciso IV, e 22, *caput*, da Lei nº 9.514, de 20.11.1997 trazem ao cenário jurídico pátrio a atualização do instituto da alienação fiduciária de bem imóvel.

Sobre a alienação fiduciária em garantia, ensina-nos Cândido Rangel Dinamarco (2001):

A alienação fiduciária em garantia é em si mesma e à primeira vista um negócio jurídico translativo de domínio, situando-se por isso entre os modos de aquisição deste. Ao lado desse perfil puramente jurídico e aparentemente unitário, ela se caracteriza também como ato de constituição de garantia, e é

essa expressiva feição econômica que explica a sua real destinação e permite visualizá-la em todos os seus elementos. A alienação fiduciária em garantia não é mero ato translativo de domínio, mas um ato translativo de domínio com o escopo de garantia (p. 236).

Devemos também considerar a conceituação dada por Paulo Nader (2018), que, ao dispor sobre o contrato de alienação fiduciária, aduz:

Pelo contrato de alienação fiduciária em garantia o devedor transfere ao credor o domínio resolúvel de coisa móvel infungível ou imóvel, conservando-lhe a posse direta e a responsabilidade de depositário. Via de regra o contrato é praticado entre particular e instituição financeira, mas é possível também entre particulares, consoante a norma permissiva do art. 22, § 1º, da Lei nº 9.514/97, aplicável, por interpretação extensiva, quando o objeto for coisa móvel.

Uma vez que a alienação fiduciária em garantia é definida como um negócio jurídico, que não se limita à translação de domínio, mas aufere o objetivo de se tornar uma garantia ao adimplemento pelo devedor, e ainda, explicitamente designado na lei em exame, lembramo-nos que o negócio jurídico, segundo Sílvio de Salvo Venosa: “consiste na manifestação de vontade que procura produzir determinado efeito jurídico” (2005, p. 365).

Caio Mário da Silva Pereira (2006) conceitua o negócio jurídico como “toda declaração de vontade, emitida de acordo com o ordenamento legal, e geradora de efeitos jurídicos pretendidos” (p. 478).

Combinando os conceitos de negócio jurídico e alienação fiduciária, temos o conceito de negócio fiduciário, nas palavras de Melhim Namem Chalhub (2017):

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 a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.

Da leitura do art. 22 da Lei n° 9.514/97, verifica-se que o devedor é denominado *fiduciante*, pelo motivo de que confere a propriedade resolúvel ao credor, denominado *fiduciário*. O objetivo da transmissão do domínio da coisa é a garantia do adimplemento da obrigação principal, via de regra consubstanciada em dinheiro, e frequentemente apresentada sob a forma de mútuo.

Para Orlando Gomes (1994 *apud* Clóvis Beviláqua), a propriedade resolúvel, ou revogável, é a que, no próprio título de sua constituição,

encerra o princípio que tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou advindo o termo.

O traço característico da propriedade resolúvel reside na previsão de sua extinção no próprio título que a constitui. A causa da revogação há de ser estabelecida, em cláusula informativa de condição ou termo. Necessária a declaração de vontade nesse sentido. Do contrário, não será propriedade resolúvel, como, por exemplo, se a revogação decorre de causa superveniente (p.221).

A garantia a que se refere o art. 22 da Lei n° 9.514/97 ostenta o nítido caráter acessório de uma obrigação de dar coisa fungível, v.g., dinheiro. Adimplida a obrigação principal, resolve-se a condição em que se fundamenta a garantia do imóvel,volvendo-a em benefício do antigo devedor, por força do que preceitua o art. 1.359 do Código Civil.

Pagando o devedor a sua dívida, a propriedade resolúvel, por encerrar cláusula resolutiva quanto ao domínio do imóvel em favor do credor fiduciário, faz com que se encerre a propriedade em favor do credor, tornando a propriedade conferida em caráter permanente ao então devedor fiduciante. Este então que pode reivindicar o bem imóvel de quem esteja em sua respectiva posse ou detenção, salvo se o imóvel já estiver na

posse do próprio fiduciante, situação em que se conjugam a posse e a propriedade.

Existem dois momentos diversos na aplicação da alienação fiduciária de bem imóvel. O primeiro momento se refere à fase contratual, em que existe a celebração do negócio jurídico entre devedor fiduciante e credor fiduciário, através de um contrato que serve como título aquisitivo e apto à transcrição no registro imobiliário. Até o registro, só existe o contrato de alienação fiduciária, que tem a natureza de direito das coisas, mas ainda não existe a garantia real, isto é, a propriedade fiduciária.

Tal garantia real se dá com o registro do contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel no competente cartório de registro de imóveis, momento após o qual se tem efetivada a constituição da propriedade fiduciária em prol do credor fiduciário, observando-se o sistema de título e modo, operante em nosso sistema jurídico.

O bem imóvel oferecido em garantia fiduciária pode ser de propriedade do próprio devedor fiduciante ou de terceiro que intervém em garantia. Depreende-se tal interpretação da leitura do art. 22 da Lei nº 9.514/97, quando utiliza a expressão “*devedor, ou fiduciante*”, sendo a conjunção alternativa *ou* elemento

essencial para a caracterização da dupla possibilidade de oferecimento de garantia.

Assim também, a contratação de alienação fiduciária de bem imóvel como contrato acessório de outro reputado principal, não se encerra no contexto de entidades financeiras pertencentes ao Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, diante da disposição expressa do artigo 22, da Lei nº 9.514/97, em especial, em especial, seu § 1º, que confere ao instituto sob exame a necessária autonomia útil de aplicação, inclusive entre particulares, tanto que a figura do terceiro interveniente pode ser acompanhada de bem objeto de garantia que, a princípio, não guarde relação direta com o objeto do contrato principal. Ou seja, o bem imóvel dado em garantia de alienação fiduciária pode ser somente garantia acessória de cumprimento da obrigação principal.

3. NATUREZA JURÍDICA

A partir da análise da natureza jurídica da alienação fiduciária, e, em especial do contrato que a origina, ensina Afranio Carlos Camargo Dantzger (2007):

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 comutativo. Este contrato é o título aquisitivo da propriedade fiduciária (p. 38).

O caráter de acessoriedade do contrato de alienação fiduciária se dá pela finalidade de garantia da avença. Ou seja, o fim não é a alienação definitiva do bem ao credor, mas somente o escopo de garantia do bem imóvel em face de outra obrigação dita principal.

Levando-se em consideração a regra geral de que o acessório segue o principal, consoante preceitua a regra insculpida no art. 92 do Código Civil, e que o contrato acessório tem dependência jurídica do contrato principal, não havendo motivo de se manter a obrigação acessória sem o ajuste principal, tem-se que a garantia lastreada em alienação fiduciária não subsiste de per si, mas sempre se atrela a outra obrigação que se considera principal. Assim, não há motivo para sua existência sem que haja um contrato básico que lhe sirva de referência, *v.g.*, um contrato de mútuo, em que o bem imóvel dado em garantia, seja pelo devedor, ou por terceiro interveniente garantidor, será acoplado a um contrato de alienação fiduciária para dar suporte a eventual inadimplemento do devedor fiduciante.

A natureza de contrato de garantia se dá não só pelos argumentos antecedentes quanto à acessoriedade da instituição de alienação fiduciária sobre bem imóvel para o adimplemento da obrigação principal, mas também pela constituição de direito real sobre tal bem por força do *registro* da garantia no ofício imobiliário. O registro gera o denominado efeito *erga omnes*, através da origem e publicização da propriedade fiduciária.

Ao dissertar sobre a natureza jurídica da alienação fiduciária e do respectivo contrato, Frederico Henrique Viegas de Lima (2008) analisa a constituição da propriedade fiduciária por via do competente registro, asseverando:

Em prestígio ao princípio de inscrição constitutiva dos direitos reais, estampada no art. 531 do Código Civil de 1916 e reafirmada no art. 1.245 do Código Civil de 2002 – segundo o qual as mutações jurídico-reais só existem a partir do registro do contrato que lhe dá causa no ofício imobiliário da localização do imóvel – o art. 40 da mesma Lei 9.514/97, acrescenta o item 35 ao inc. I do art. 167 da Lei 6.015/73, para permitir o registro, no livro 2 de Registro Geral, do contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.

Trata-se, pois, de ato de registro, mediante o qual é possível a transferência da propriedade pertencente ao devedor fiduciante para o credor fiduciário, nos moldes da propriedade resolúvel. Esta transferência, operada a partir

do registro, oportuniza o aparecimento da propriedade fiduciária com escopo de garantia, pelo tempo que perdurar a obrigação principal, da qual é acessória, usualmente, um contrato de mútuo.

Com o adimplemento da obrigação principal, espelhada em termo de quitação fornecido pelo credor fiduciário, o registrador imobiliário efetuará o cancelamento, por averbação, do registro da propriedade fiduciária (p. 71).

Pelas lições acima colacionadas, verifica-se que tanto o ato que promove o registro do contrato de alienação fiduciária quanto o ato que desconstitui o direito real em tela, apresentam-se sob a forma de averbação, e não registro, malgrado o posicionamento do professor Frederico Henrique Viegas de Lima (2008), que vê em tal ato muito mais uma natureza de registro do que de averbação, em virtude de ocorrer a transferência da propriedade, e não somente o levantamento de garantia, como ocorre em outros direitos reais de garantia.

Quanto à tipicidade, a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, moderniza a visão romano-germânica com base na *fiducia*, enraíza sua força vinculante na tipificação legal, *in casu*, a constante no artigo 17, inciso IV, da Lei nº 9.514/97 e demais disposições. Sobre a tipicidade dos direitos reais, e atentando para a natureza de ordem pública das normas atinentes a tais

direitos, Sílvio de Salvo Venosa (2003) ensina:

A idéia central enuncia que somente a lei pode criar direitos reais. São elas em número fechado (*numerus clausus*). A esse respeito, nosso Código anterior, após tratar da propriedade, elencava no art. 674 os direitos reais além da propriedade. O novo Código descreve o rol de todos os direitos reais no art. 1.225. Somente a lei pode criar outros direitos reais. Embora não tenhamos conceito *peremptório* em nosso ordenamento, como, por exemplo, o do art. 2.502 do Código argentino (os direitos reais somente podem ser criados pela lei), outra não pode ser a conclusão em nosso sistema (p. 39).

A alienação fiduciária deve ser realizada através de um ato formal, visto que o respectivo contrato, seja ele lavrado em escritura pública ou particular, será levado a registro no ofício imobiliário para a efetiva constituição de propriedade fiduciária, sob pena de valer somente em relação às partes e não a terceiros.

A onerosidade advém da existência de obrigações conferidas a ambas as partes contratantes, para que estas afirmem as vantagens objetivadas na celebração da avença. Assim, o contrato que trata da alienação fiduciária é oneroso.

O contrato de alienação fiduciária é também bilateral ou sinalagmático. Para elucidar a questão,

trazemos a lição de Orlando Gomes (1995):

O fundamento desse direito é intuitivo. Visto que a essência dos contratos bilaterais é o sinalagma, isto é, a dependência recíproca das obrigações, nada mais conseqüente que cada qual das partes se recuse a executar o acordo, opondo a *exceptio non adimpleti contractus*. Se não cumpre a obrigação contraída, dado lhe não é exigir do outro contraente que cumpra a sua. (sublinhamento nosso) (p. 91).

No caso do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, ao gerar a reciprocidade de obrigações entre o devedor fiduciante e o credor fiduciário, atribui-se ao devedor fiduciante a obrigação de adimplir sua dívida na forma e termo convencionados, ostentando a posse direta do bem imóvel objeto de garantia. Ao credor fiduciário, sem prejuízo de ter a posse indireta do bem, cabe a propriedade do bem garantidor, ainda que sob forma resolúvel. Uma vez adimplida a dívida pelo fiduciante, resolve-se a obrigação, sendo devida pelo credor a transferência do bem imóvel.

O contrato de alienação fiduciária de bem imóvel é um contrato comutativo, pois tanto fiduciante quanto fiduciário têm prévio conhecimento das prestações a que se vinculam, guardando tais prestações a necessária equivalência ao equilíbrio do contrato.

Para esclarecer o significado da comutatividade dos contratos, e sua diferença em relação aos contratos aleatórios, pedimos *venia* para transcrever trecho da obra de Sílvio de Salvo Venosa (2008), que encerra o capítulo atinente à natureza jurídica do instituto em exame:

É comutativo o contrato no qual os contraentes conhecem, *ex radice*, suas respectivas prestações. É aleatório o contrato em que ao menos o conteúdo da prestação de uma das partes é desconhecido quando da elaboração da avença. O conhecimento do que deve conter a prestação ocorrerá no curso do contrato, ou quando do cumprimento da prestação. Nos contratos comutativos, as partes têm, de plano, conhecimento do que têm a dar e a receber. (sublinhamento nosso) (p. 391).

Desta forma, verifica-se que, no contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, não há que se falar em álea, ou risco, uma vez que as partes contratantes, ao celebrarem a avença, sabem de antemão a extensão e limites em que se situam as obrigações principal e acessória, principalmente em face da tipicidade da lei quando trata de direitos reais.

4. ELEMENTOS

Os elementos do contrato de alienação fiduciária dividem-se em *sujeito, objeto e forma*.

Quanto aos sujeitos, são eles: o credor, denominado fiduciário, e que é o adquirente do imóvel dado em garantia resolúvel; e o devedor, denominado fiduciante, que é o alienante do sobredito imóvel.

O fiduciário é, na relação jurídica de alienação fiduciária, aquele que concede o crédito através de uma obrigação principal, via de regra, por meio de contrato de mútuo. A ele cabe receber o bem imóvel dado em garantia do adimplemento da obrigação principal, diga-se, sob forma de propriedade resolúvel.

Por sua vez, o fiduciante, na relação jurídica, é aquele que recebe o crédito oriundo de uma obrigação principal, alienando o bem imóvel ao fiduciário sob condição resolutória de adimplemento da obrigação principal, ocasião em que o bem imóvel voltará à posse direta e propriedade plena do fiduciante, uma vez que este pagou a dívida em sua integralidade. No caso de inadimplemento, consolidar-se-á o domínio em favor do credor fiduciário.

Não se pode olvidar da figura do terceiro interveniente garantidor, que pode, em nome do devedor fiduciante, oferecer à garantia de adimplemento da obrigação principal um bem imóvel do qual necessariamente seja proprietário, para que seja gravado com o escopo de

garantia de pagamento sob a titulação de propriedade fiduciária.

Pode-se separar as figuras do tomador do empréstimo que sustenta a obrigação principal e o devedor fiduciário, figurado na pessoa do terceiro garantidor. *In casu*, ambos são considerados devedores, o que se realça ainda mais na hipótese de não-adimplemento da obrigação principal pelo devedor, quiçá mutuário, uma vez que o bem dado em garantia pelo terceiro, ora devedor fiduciário, é subtraído de seu patrimônio ante a consolidação da propriedade plena em mãos do credor fiduciário, com o conseqüente prosseguimento em leilão. Assegura-se, assim, ao terceiro garantidor a sub-rogação nos direitos de crédito, se este adimplir a obrigação principal, ou a cobrança do valor do imóvel dado em garantia em desfavor do devedor da obrigação básica ou matriz, na hipótese de perda do imóvel, ambos os casos a título de regresso.

A priori, legitima-se o devedor fiduciante a partir do momento em que, ao celebrar um contrato no qual a garantia seja a alienação fiduciária de bem imóvel, seja o próprio devedor fiduciante proprietário pleno de bem imóvel, podendo ser ele substituído na oferta da garantia pelo terceiro interveniente garantidor.

O devedor fiduciante, ao oferecer como garantia um imóvel de sua propriedade, passa, após o registro da propriedade resolúvel a favor do fiduciário, a apresentar uma condição suspensiva de direito real, o que difere de mera expectativa de direito.

Ao adimplir a obrigação, o devedor fiduciante tem a certeza de que irá restabelecer-se na propriedade plena do bem dado em garantia, não só por força contratual, mas principalmente em face da tipicidade da lei, razão pela qual o devedor fiduciário escapa da caracterização de simples expectador de direito para a de detentor de prerrogativa jurídica de índole real. Confirma-se tal asserção mediante a observância do art. 26, § 8º da Lei nº 9.514/97, que confere ao devedor fiduciante, com a anuência do fiduciário, dar o seu direito eventual do imóvel objeto de garantia no pagamento de uma dívida.

No que toca ao objeto da alienação fiduciária, o texto legal deixa expresso que tal objeto é coisa imóvel. Admite-se a atribuição de propriedade fiduciária a imóveis construídos ou em fase de construção, o que se depreende da redação dos artigos 21 e 22 da Lei nº 9.514/97. A finalidade é de conferir maior volatilidade econômica aos empreendimentos imobiliários e respectivas incorporações, já que muitos

negócios jurídicos imobiliários referem-se justamente a lotes de terrenos ou frações ideais sem ou com início de construção, bastando somente que o imóvel esteja plenamente apto a ser alienado.

Quanto à forma pela qual se perfaz a aplicação do instituto da alienação fiduciária na área contratual, por óbvio se exige a forma escrita para a sua realização. O contrato servirá de instrumento hábil ao registro no ofício imobiliário da situação do imóvel dado em garantia fiduciária. Realizado o registro, ocorre a consolidação da propriedade fiduciária em favor do credor fiduciário.

O contrato, que pode ser lavrado em escritura pública ou em escrito particular, deve observar os requisitos do art. 24 da Lei nº 9.514/97. Outrossim, é prudente observar o correto valor do imóvel dado em garantia para a oferta em leilão público, recuperando o credor fiduciário o valor da obrigação e o adimplemento da dívida.

5. CARACTERÍSTICAS

A alienação fiduciária imobiliária apresenta características básicas e peculiares. São elas: o desdobramento da posse; a resolubilidade da propriedade fiduciária em caso de adimplemento da

obrigação principal, de purgação da mora pelo devedor fiduciante ou de arrematação em leilão público; e a restrição dominial em face do credor fiduciário.

O desdobramento da posse se bifurca em posse direta e posse indireta, a primeira cometida ao devedor fiduciante e a segunda atribuída ao credor fiduciário, considerado o art. 1.197 do Código Civil.

Na constituição da propriedade fiduciária, em razão da existência de norma especial a respeito, qual seja, o art. 23, e respectivo parágrafo único, da Lei nº 9.514/97, atribui-se expressamente a posse direta ao devedor fiduciante; e a posse indireta ao credor fiduciário. Esse desdobramento possessório é temporário e expressamente delimitado por lei e por contrato, mantendo-se a pretensão do possuidor indireto em face do possuidor direto, enquanto vigorar o contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, exaurindo-se tal pretensão, inevitavelmente, ante o adimplemento ou não da obrigação principal, caso em que versar-se-á sobre a posse justa ou injusta do devedor fiduciante.

Ao tratarmos da resolubilidade da propriedade fiduciária em caso de adimplemento da obrigação principal, de purgação da mora pelo devedor

fiduciante ou de arrematação em leilão público, temos que a resolubilidade é uma característica ínsita à formação de propriedade fiduciária. Transfere-se a propriedade resolúvel ao credor fiduciário a título de garantia, com tempo certo de duração, esperando-se que, mediante o adimplemento da obrigação principal pelo fiduciante, opere-se a condição resolutória, com efeito *ex tunc*, voltando o bem imóvel à propriedade do fiduciante.

Se o devedor fiduciante não adimplir a obrigação a contento, ou seja, dentro do prazo estabelecido para o respectivo vencimento, nos termos do art. 26, § 1º, da Lei 9.514/97, o devedor fiduciante não sofre os efeitos do *dies interpellat pro homine*, mas a lei a sua intimação para constitui-lo em mora.

Uma vez operada tal constituição, cabe ao fiduciante realizar a purgação da mora de sua dívida no prazo de quinze dias. Efetuada a purgação da mora, convalesce o contrato de alienação fiduciária, satisfazendo o devedor a sua obrigação principal, motivo pelo qual a propriedade resolúvel extingue-se, retornando ao patrimônio do fiduciante ou do terceiro interveniente o bem imóvel objeto de caução, arcando o devedor com os consectários legais.

Pode acontecer também que o devedor fiduciante não consiga ou não

queira purgar a mora e adimplir sua obrigação, caso em que, de acordo com a lei sob enfoque, consolida-se a propriedade em favor do credor fiduciário, e o imóvel vai a leilão público, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.514/97.

A terceira característica se refere à restrição dominial em face do credor fiduciário, que não tem o domínio pleno do bem imóvel, que deve promover o leilão público do bem imóvel consolidado em sua propriedade. A limitação dominial ao credor fiduciário fundamenta-se em ser o bem imóvel atrelado ao escopo de garantia de adimplemento da obrigação principal, resguardado o que dispõe o art. 27, § 5º da Lei nº 9.514/97.

É importante salientar que, malgrado estejam bem delineadas as características e elementos do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, e a Lei nº 9.514/97 já tenha mais de vinte anos de vigência, o tema ainda encontra vigor para discussões nas instâncias recursais, inclusive no que toca ao entrelaçamento do assunto com as normas do Código de Defesa do Consumidor, v.g., a não-aplicação do art. 53 do C.D.C. em face da existência de norma específica a regular o instituto da alienação fiduciária imobiliária (Lei 9.514/97).

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1791893 - SP (2019/0009645-5) RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI

EMENTA AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PEDIDO CONDENATÓRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDANTE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que, ocorrendo o inadimplemento de devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deverá observar a forma prevista nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, o que afasta, por consequência, a aplicação do art. 53 do CDC. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. Na hipótese, o Tribunal de origem, com base nos elementos fático-probatórios constantes dos autos, concluiu que o contrato firmado pelas partes não se tratou de mero compromisso de compra e venda, contendo também pacto de alienação fiduciária, em que as próprias vendedoras são as credoras fiduciárias. Alterar tal conclusão demandaria o reexame de fatos e provas, bem como a interpretação das cláusulas contratuais, inviável em recurso especial, a teor do disposto nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

3. Quanto ao dissídio jurisprudencial, a agravante não comprovou as semelhanças fáticas e o tratamento jurídico diferenciado entre os casos confrontados, não obedecendo às normas contidas nos artigos 1.029, §1º do CPC/15 e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. 4. Agravo interno desprovido.

As questões objeto de controvérsia não se restringem à Corte Especial, visto que o instituto faz parte

do cotidiano econômico da sociedade, razão pela qual se exige o constante estudo do tema, como se pode verificar de ementa de Venerando Acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça Bandeirante:

Agravo de Instrumento nº: 2052070-96.2019.8.26.0000.

Comarca: Campinas 6ª Vara Cível. Voto nº 26.220

Agravo de instrumento. Alienação fiduciária de bem imóvel. Possibilidade de purgação da mora até a consolidação da propriedade. Observância do artigo 26-A, §2º, da Lei n. 9.514/97, com redação alterada pela Lei n. 13.465/17. Necessidade de depósito das parcelas vencidas e das que se vencerem no decorrer da lide, no montante total. Recurso improvido.

Desta forma, apresentadas sumariamente as características do instituto sob foco, passamos a verificar os requisitos de validade contratual.

6. REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO

Os requisitos de validade do contrato de alienação fiduciária baseado em garantia de coisa imóvel são divididos, segundo leciona Frederico Henrique Viegas de Lima (2008), em três ordens principais: requisitos subjetivos, que dizem respeito à capacidade e legitimação dos contratantes; requisitos objetivos, que

tratam das coisas que podem ser objeto de contrato de alienação fiduciária de bem imóvel; e requisitos formais, que dizem respeito aos aspectos de exteriorização dos contratos, a fim de que surtam os efeitos jurídicos pretendidos não só em relação às partes contratantes, mas em face dos demais membros da coletividade.

Tratando primeiramente dos *requisitos subjetivos*, sendo o contrato de alienação fiduciária bilateral, são basicamente dois os sujeitos da relação jurídica, com a possibilidade de inserção de um terceiro: devedor ou fiduciante, que é aquele que se compromete à prestação de dar na obrigação principal, alienando fiduciariamente um bem imóvel para garantia do adimplemento dessa obrigação; o credor fiduciário, que é aquele a favor de quem se realiza a obrigação principal de dar, e a ele se dirige a propriedade resolúvel do bem imóvel, até que seja adimplida a obrigação principal (ocasião em que se extingue tal propriedade, salvo o caso de inadimplemento, hipótese em que a propriedade do bem imóvel, antes resolúvel, consolida-se em suas mãos).

Qualquer pessoa física ou jurídica pode participar da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, por expressa determinação legal, não se circunscrevendo, como já dito, às

instituições financeiras, embora estas sejam comumente utilizadas em tais negócios jurídicos.

Possibilita-se a inserção de terceira pessoa na relação jurídica negocial, que irá fornecer um bem imóvel de sua propriedade para que sobre este recaia o gravame real e tal bem sirva de garantia ao adimplemento da obrigação principal pelo devedor fiduciante. Surge a figura do terceiro interveniente garantidor, que, através do oferecimento de um bem imóvel de sua propriedade, possibilita ao devedor fiduciante a assunção da dívida consubstanciada na obrigação principal, atribuindo a propriedade resolúvel do bem imóvel ao credor fiduciário. Se não houver o adimplemento da obrigação pelo fiduciante, o terceiro interveniente garantidor corre o risco de perder o bem imóvel, sem prejuízo de ação de regresso contra o devedor fiduciante.

O objeto da contratação deve ser um bem imóvel, urbano ou rural, pois a Lei nº 9.514/97 não faz distinção a respeito, embora tenha surgido originariamente para dar guarida ao mercado imobiliário urbano. O imóvel pode ter qualquer destinação, desde que, em território urbano, obedeça às posturas urbanísticas. Na obrigação principal a ser contraída, via de regra um contrato de mútuo, o bem imóvel objeto de garantia

fiduciária já pode compor anteriormente o patrimônio do devedor fiduciante ou do terceiro interveniente garantidor, nos termos do que dispõe a Súmula 28 do S.T.J., com o seguinte enunciado: “O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”.

Em se tratando de imóvel sobre o qual haja a instituição de usufruto, possibilita-se a aplicação da alienação fiduciária, desde que se opere em momento distinto e independente, contudo, podendo ser materializado em um único instrumento.

No caso de imóvel adquirido sob compromisso de compra e venda, objeto de disciplina do Decreto-lei nº 58/37, da Lei nº 4.591/64, da Lei nº 6.766/79, e dos artigos 1.225, 1.417 e 1.418 do Código Civil, e a aplicação do instituto sob enfoque, no entendimento de Frederico Henrique Viegas de Lima (p. 2008), constata-se a inaplicabilidade da Lei nº 9.514/97, pois esta regulamenta somente a aplicação da alienação fiduciária em garantia sobre direito de propriedade, e não direito à *aquisição* da propriedade.

7. EXTINÇÃO DO CONTRATO

O contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, sendo acessório de uma obrigação principal,

encerra-se mediante duas situações básicas: o adimplemento da obrigação principal e a extinção da garantia fiduciária que recaía sobre o imóvel alienado, retornando o bem imóvel ao domínio do devedor ou do terceiro interveniente garantidor (art. 25 da Lei nº 9.514/97); e o inadimplemento, voluntário, ou não, da obrigação principal, caso em que, salvo os casos de força maior e caso fortuito, a obrigação se resolve em desfavor do fiduciante, transferindo-se a propriedade ao credor, que por meio de leilão público extrajudicial converte, em uma primeira fase, sua propriedade limitada à liquidação do imóvel e correspondente auferimento de dinheiro equivalente ao valor da dívida e suas despesas. Neste processo, em um segundo momento, não havendo a arrematação do imóvel, adquire a propriedade plena do bem fiduciariamente alienado.

Cancelado o registro pelo oficial do respectivo cartório mediante a apresentação do termo de quitação, volta o antigo devedor a ostentar a propriedade plena do bem. Este cancelamento é feito com base no art. 167, II, 2, da Lei nº 6.015/73, sob a forma de *averbação*, posicionamento com o qual não concorda o professor Frederico Henrique Viegas de Lima (2008), uma vez que a propriedade fiduciária não se perfaz nos

mesmos termos dos demais direitos reais de garantia, mormente os direitos reais sobre coisa alheia.

Na situação oposta, qual seja, a de inadimplemento de obrigação principal e a consequente utilização da propriedade fiduciária, que é direito real, a obrigação principal pode consistir em uma obrigação de dar – via de regra, um contrato de mútuo – ou obrigação de fazer. Perfilando o ensinamento de Moreira Alves, o jurista Frederico Henrique Viegas de Lima (ano) entende que há a possibilidade de descumprimento total ou parcial da obrigação principal, sendo cabível, na segunda hipótese, a purgação da mora da dívida pelo devedor fiduciante, o que acaba por convalidar a obrigação e retornar à plenitude a propriedade do bem imóvel dado em garantia em favor do devedor fiduciante, em cumprimento ao art. 26, § 5º, da Lei nº 9.514/97, já mencionado neste estudo.

O inadimplemento da obrigação principal descortina-se diante da inexistência total ou parcial da efetiva prestação em seu termo, resultando no rompimento do contrato e a caracterização da mora do devedor fiduciante, observando-se, no que for necessário e pertinente, o que dispõe o art. 1.425, do Código Civil. Destaque-se em caso de vencimento antecipado o que

dispõe o inciso IV do referido artigo, porém evitando-se a aplicação do inciso I, visto que o reforço ou substituição do bem desnaturariam a garantia fiduciária ofertada em sede de caução à obrigação matriz, o que também conduz à conclusão que a deterioração ou perda total do bem imóvel garantidor inviabiliza a continuidade da obrigação principal em virtude do perecimento do direito real.

A regra geral acerca da insolvência do devedor fiduciante é regulada pelo art. 26 da Lei nº 9.514/97. Quando o devedor fiduciante, sendo pessoa jurídica, o campo da falência, ocorre o vencimento antecipado da dívida, e permite-se ao credor fiduciário a restituição do imóvel dado em garantia, para consolidação e venda em público leilão, depositando-se na falência eventual valor remanescente em prol da massa falida.

Para a hipótese de expropriação, distribuem-se os valores de indenização entre o credor fiduciário e o devedor fiduciante, na proporção de seus haveres.

Presente a mora do devedor fiduciante, que se perfaz nos termos dos arts. 394 e 397 do Código Civil, a este não é possível a atribuição de pacto comissório, por regra expressamente consignada no art. 1.428 do Código Civil. Ou seja, impossibilita-se a

incorporação do bem imóvel no patrimônio do credor fiduciário. Ainda, com referência ao art. 397 do Código Civil, observar o que dispõe expressamente o art. 26 da Lei nº 9.514/97.

Outrossim, o prazo da intimação a que se refere o art. 26, § 1º da Lei nº 9.514/97 pode ser livremente convencionado pelas partes, resguardado o prazo quinzenal do mesmo diploma para a purgação da mora. Não estipulação expressa de tal prazo no competente instrumento, aplica-se o art. 397 do Código Civil, ou seja, vencido o prazo para cumprimento da obrigação principal, constitui-se em mora o devedor.

Quanto à intimação pessoal do devedor fiduciante, o oficial do competente Registro de Imóveis pode delegar a terceiro a prática do ato, com base no art. 20 da Lei nº 8.935/94, não esquecendo que, em sendo casado o devedor fiduciante, aplica-se a regra do art. 10, § 1º do Código de Processo Civil, sendo necessária a intimação de seu cônjuge. Disposições relativas à intimação editalícia também aparecem claras no texto legal, sendo despidendo o exaurimento metuculoso da matéria ante a precisão normativa.

Tratando do conteúdo básico da intimação a que se refere o art. 26, § 1º,

da Lei nº 9.514/97, verificamos que é condição *sine qua non* para a perfectibilização do ato a subserviência da referida intimação às seguintes exigências: valor das prestações vencidas e também das vincendas nos quinze dias seguintes à data da intimação para a purgação da mora; juros e penalidades contratuais, encargos legais, e, se for o caso, despesas condominiais, além das despesas próprias para intimação do devedor inadimplente. Essa intimação pode ser cometida pelo Oficial de Registro a delegatário por lei designado, mas não pode ser feita por empresa de cobrança, sendo nulo o ato em tal caso.

Não se purgando a mora, assiste ao credor fiduciário a propriedade limitada com escopo de garantia. Já tratamos deste assunto no estudo, mas em face do contexto vale a pena lembrá-lo. Significa que, a despeito de se consolidar a propriedade em favor do credor fiduciário, por ocasião do inadimplemento da obrigação principal e inexistência de purgação da mora pelo devedor fiduciante, tal propriedade é legalmente limitada ao escopo de garantia. Ou seja, em um primeiro momento, o credor não tem o poder pleno das faculdades de proprietário do bem imóvel, tendo o dever de colocar o imóvel à venda em público leilão.

Somente se, por força do segundo leilão, não houver a arrematação do bem, o imóvel consolida-se plenamente na propriedade do credor fiduciário, ocasião em que haverá a possibilidade irrestrita de uso, gozo e fruição da coisa pelo fiduciário. Em se tratando de leilão, este pode ser feito, segundo a lei vigente, na esfera extrajudicial, mas também se permite a intervenção do Poder Judiciário em sua realização.

Tratando da cessão dos créditos e obrigações constantes do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, há norma explícita a respeito em favor da sobredita cessão, conforme preceituam os artigos 28 a 30 da Lei nº 9.514/97. Havendo a efetiva transferência da propriedade fiduciária resolúvel com escopo de garantia ao cessionário, operação na qual, sendo o credor o cedente, prescinde-se da interveniência do fiduciante, ante a inexistência de preempção.

De outro lado, se o fiduciante for o cedente de seu direito sobre o bem dado em garantia, é necessária a anuência expressa do credor fiduciário no âmbito do contrato, em vista do mandamento contido no art. 29 da Lei nº 9.514/97.

8. CONCLUSÃO

Ao concluir este artigo e pautando-nos nas lições de Afranio Carlos Camargo Dantzger (2007), podemos dizer que a alienação fiduciária de bem imóvel consiste no negócio jurídico através do qual o devedor, ora denominado fiduciante, contrata com o credor, denominado fiduciário, com o escopo de garantia acessória da obrigação principal, a transferência de bem imóvel sob a forma de propriedade resolúvel.

Em face da demanda crescente do mercado imobiliário, da necessidade de uma regulamentação jurídico-normativa célere e eficaz, a fim de substituir institutos mais vetustos e ineficazes como a hipoteca, foi introduzido em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 9.514, de 20.11.1997, criando o Sistema de Financiamento Imobiliário e inaugurando o instituto da alienação fiduciária de coisa imóvel no País, disciplinando que, em caso de inadimplência, cabe ao credor fiduciário a utilização do bem imóvel dado em garantia para a satisfação de seu crédito oriundo da obrigação principal, seja através da conversão em dinheiro obtido pela venda do bem imóvel em leilão extrajudicial, em um primeiro momento, seja através da consolidação da

propriedade plena em seu favor em caso de inexistência de venda no advento do segundo leilão, sem olvidar a possibilidade de purgação da mora do valor da dívida e seus acréscimos pelo devedor fiduciante no momento legal oportuno.

Robusta doutrina sustenta a constitucionalidade do leilão extrajudicial para satisfação do crédito do devedor fiduciante inadimplente, uma vez que não se viola o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, que a todo tempo pode ser invocado para a garantia dos direitos de quaisquer das partes integrantes da relação contratual.

As principais vantagens da utilização do instituto da alienação fiduciária de coisa imóvel para ambas as partes contratantes reside no aspecto de celeridade, tanto na obtenção do crédito, quanto no respectivo resgate desse mesmo crédito em face do eventual inadimplemento do devedor fiduciante, uma vez que os procedimentos de recuperação creditícia são feitos extrajudicialmente, sem resvalos constitucionais, e com a vantagem de não se infiltrar na morosidade ínsita ao processamento das ações judiciais, evitando um acúmulo maior de ações nesta seara por conta da grande procura

de financiamentos imobiliários lastreados em tal instituto.

Por derradeiro, a dinâmica legislativa atualizadora da Lei nº 9.514/97, de uma forma geral, só aumentou a rapidez e volatilidade na aferição, concessão dos créditos e consolidação das propriedades fiduciária e plena, o que demonstra a evolução do sistema jurídico nacional neste campo, oferecendo ao mesmo tempo a necessária rapidez para a solução de lides envolvendo questões imobiliárias, sem abrir mão da segurança jurídica estritamente necessária à manutenção do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária - Negócio Fiduciário, 5ª edição*. Atual. Rev. Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530976576/epubcfi/6/32\[vnd.vst.idref=html14\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530976576/epubcfi/6/32[vnd.vst.idref=html14])>. Acesso em 4.12.19.

DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. Revista de direito imobiliário. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 51, jul./dez., 2001.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil - Vol. 3 - Contratos, 9ª edição*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979621/epubcfi/6/98\[vnd.vst.idref=html48\]!/4/42/2\[h-554\]/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979621/epubcfi/6/98[vnd.vst.idref=html48]!/4/42/2[h-554]/2@0:0)>

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.V.

_____. *Direito civil*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.I.

_____. *Direito civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. v.II.