

DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA IMÓVEL

DÉCIO SEIJI FUJITA¹

RESUMO

O assunto propriedade fiduciária imóvel ganhou relevo em face da necessidade de se incrementar a venda de imóveis e do mesmo garantir o direito ao recebimento do preço pelos financiadores imobiliários, implementando-se ainda, com isso, o cumprimento do dispositivo constitucional que garante o direito fundamental à propriedade insculpido no inciso XXII do artigo 5º da Constituição da República. Como é cediço o direito à moradia, constitucionalmente garantido no “caput” do artigo 6º da Constituição Federal, se traduz na necessidade de toda pessoa ou família possuir uma propriedade. Desse modo, em decorrência da impossibilidade de se adquirir uma propriedade em razão dos valores exorbitantes praticados pelo mercado imobiliário, houve a necessidade de se regulamentar a venda de imóveis a prazos mais longos e, do mesmo modo, garantir o direito dos financiadores que ocorreu com advento do instituto da hipoteca e posteriormente com a edição da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que regulamentou a alienação fiduciária de coisa imóvel. Importante frisar que tanto a hipoteca como a alienação fiduciária garantem ao agente financeiro o recebimento do preço financiado, com a diferença no modo de retomada do imóvel no caso de inadimplemento pelo mutuário. Na alienação fiduciária, a consolidação da propriedade, assim como a retomada do imóvel se dá de forma mais célere do que na hipoteca, motivo pelo qual vem ganhando relevo aquela forma de contratação em detrimento desta. É claro que a legislação em vigor exige inúmeros requisitos para o firmamento deste contrato dentre eles a capacidade civil das partes, especificação do imóvel, registro da alienação na Serventia Imobiliária respectiva para dar publicidade, a impossibilidade de o credor, como regra, permanecer com o imóvel, etc. Por essas e outras questões que se propõe a apresentação desse trabalho.

Palavras-chave: Direito de Propriedade. Direito à Moradia. Financiamento Imobiliário. Hipoteca. Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel. Requisitos. Aspectos Processuais de Retomada da Propriedade Fiduciária.

¹ Procurador do Município de Diadema, Advogado militante nas áreas de Direito Civil, Penal e Tributário, Articulista, Parecerista, Pós-graduado com especialização em Direito Público pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado com especialização em Direito Tributário pelo Centro Universitário de Bauru.

SUMÁRIO

1 – DA PROPRIEDADE RESOLÚVEL.....	03
2 – DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA.....	05
3 – REGULAMENTAÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA NA CODIFICAÇÃO CIVIL.....	07
4 – VANTAGEM DO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL EM RELAÇÃO A HIPOTECA.....	10
5 – CONTEÚDO DOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL.....	12
6 – PROCEDIMENTO PARA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA IMÓVEL.....	14
7 - ALIENAÇÃO DO IMÓVEL EM LEILÃO.....	19
8 – CONCLUSÃO.....	21
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	24

1 – DA PROPRIEDADE RESOLÚVEL

A propriedade resolúvel é aquela que o seu título de aquisição está subordinado a uma condição resolutiva ou ao advento de um termo.

Dessa forma, pode-se afirmar que a propriedade fiduciária é resolúvel na medida em que o título aquisitivo está subordinado a uma condição resolutiva, qual seja a quitação das parcelas avençadas pelo devedor fiduciante ou o seu inadimplemento.

Isso porque, caso o devedor fiduciante cumpra integralmente a obrigação assumida no contrato, a propriedade se resolve a seu favor, ao passo que se houver inadimplência, a propriedade se consolidará em favor do credor fiduciário.

A condição de propriedade resolúvel está estampada na lei que instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel (Lei nº 9.514/97), especificamente no seu artigo 22 que assim dispõe:

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.

O Código Civil disciplina a propriedade resolúvel no artigo 1.359 que dispõe:

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”.

Importa anotar que há outros exemplos de propriedade resolúvel reguladas pelo Código Civil como é o caso do pacto de retrovenda, no qual aquele que adquire um imóvel nestas condições é sabedor que poderá perder a propriedade caso o antigo vendedor, no prazo decadencial, exercer seu direito de retrovenda.

Nesse sentido dispõe o artigo 505 do Código Civil:

Art. 505. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias.

2 – DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

A palavra fidúcia tem origem no latim (*fidere*) que significa confiança, a qual deve existir quando constituída a propriedade fiduciária entre o credor fiduciário e o devedor fiduciante, já que o primeiro disponibilizará antecipadamente o valor necessário para que o fiduciante adquira seu imóvel.

Vale lembrar que o referido instituto foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 66 da Lei nº 4.728/65 denominada Lei de Mercado de Capitais, a qual dispunha que “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”.

Ressalte-se que tal dispositivo legal foi revogado pela Lei nº 10.931/2004 e a alienação fiduciária em garantia passou a ser regulamentado pelo Decreto-Lei nº 911/69.

Importante frisar que na alienação fiduciária em garantia ocorre a transferência do domínio do bem móvel ao credor fiduciário, em garantia do pagamento (que também fica com a posse indireta do bem), permanecendo o fiduciante com a posse direta do bem.

No Estado de São Paulo o extinto 1º Tribunal de Alçada Civil editou a súmula 6 admitindo também a legitimidade dos consórcios para realizar financiamentos por meio de alienação fiduciária.

No caso de alienação fiduciária em garantia de bem móvel infungível a tradição ocorre de forma ficta por meio do instituto do constituto possessório, sendo que o domínio do credor fiduciário é resolúvel, uma vez que se resolve em favor do devedor fiduciante sem a necessidade de outro ato quando do cumprimento integral da obrigação avençada.

O Código Civil de modo geral disciplinou a propriedade fiduciária no seu artigo 1.361 que assim dita “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”.

3 – REGULAMENTAÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA NA CODIFICAÇÃO CIVIL

A propriedade fiduciária foi regulamentada pelo Código Civil a partir do artigo 1.361, especificamente tratando da propriedade fiduciária de coisa móvel infungível, determinando no seu parágrafo primeiro que

Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

No que tange a propriedade fiduciária de veículos, importante frisar que o registro do título deve ser realizado na repartição competente para o licenciamento, devendo ser anotada no certificado do registro, sob pena de não ser oponível ao terceiro de boa-fé.

Aliás, em razão das inúmeras lides que envolveram o tema, o Colendo Superior Tribunal de Justiça editou o verbete nº 92 com o seguinte teor “A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor”.

A intenção do legislador e da referida súmula é de dar publicidade ao ato e de evitar surpresas ao terceiro de boa-fé na aquisição de veículos automotores, assim como dar maior segurança jurídica aos negócios jurídicos envolvendo tais bens móveis.

Para validade dos contratos que servem de título para a propriedade fiduciária exige a lei que devem ser escritos, contendo o valor total da dívida, o prazo para pagamento, a taxa de juros, a descrição do objeto com os elementos indispensáveis à sua identificação (art. 1.362 do Código Civil).

A Lei nº 10.931/2004 que introduziu o artigo 1.368-A ao Código Civil dispôs que

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.

Dessa forma, a propriedade fiduciária de coisa imóvel permanece regulamentada pela Lei nº 9.514/1997, com destaque para o artigo 22 que dispõe que “A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.

No concernente aos direitos e obrigações do fiduciante, elencou de forma pormenorizada Carlos Roberto Gonçalves²

a) ficar com a posse direta da coisa e o direito eventual de reaver a propriedade plena, com o pagamento da dívida; b) purgar a mora, em caso de lhe ser movida ação de busca e apreensão; c) receber o saldo apurado na venda do bem efetuada pelo fiduciário para satisfação de seu crédito; d) responder pelo remanescente da dívida, se a garantia não se mostrar suficiente; e) não dispor do bem alienado, que pertence ao fiduciário (na impede que ceda o direito eventual de que é titular, consistente na expectativa de vir a ser titular, independentemente da anuência do credor, levando a cessão a registro); f) entregar o bem, em caso de inadimplemento de sua obrigação, sujeitando-se ao pagamento de perdas e danos, como depositário infiel.

Vale lembrar que a Lei nº 13.043/2014 que introduziu o parágrafo único do artigo 1.368-B ao Código Civil delimitou a responsabilidade sobre tributos, taxas, despesas condominiais e demais encargos incidentes sobre o bem objeto da garantia ao determinar que

O credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a

² GONÇALVES, Carlos Roberto. Sinopses Jurídicas. Vol. 3. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 16ª edição, 2015, pág. 182

posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem.

4 – VANTAGEM DO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL EM RELAÇÃO À HIPOTECA

Os negócios jurídicos afetos a compra e venda de imóveis em razão do vultoso valor dos imóveis dependem de financiamentos imobiliários, já que a grande maioria das pessoas não dispõe do valor total para aquisição da propriedade imóvel.

Inicialmente as instituições financeiras intermediavam estas compra e venda emprestando o valor ao mutuário que, por sua vez, deixava o imóvel hipotecado como garantia da dívida.

Ocorre que no caso de inadimplemento do mutuário, cabia à instituição financeira executar essa hipoteca (que nada mais é do que direito real de garantia), a qual em virtude da demora do processamento da execução em razão da dificuldade e morosidade do procedimento acabava por retardar muito à satisfação da sua pretensão.

É neste cenário que surgiu a alienação fiduciária de coisa imóvel que além de continuar a incrementar os negócios jurídicos imobiliários, pretendeu também agilizar este procedimento de satisfação da pretensão do credor fiduciário.

Nesse sentido, importante a observação de Frederico Henrique Viegas de Lima³

O modelo usual de hipoteca existente no direito brasileiro é incapaz de dotar os negócios imobiliários da rapidez indispensável, requerida pela economia de escala como solução para a recuperação do crédito concedido, caso exista a impontualidade do devedor (...) As execuções hipotecárias são procedimentos judiciais infundáveis, arrastando-se nos foros judiciais por anos a fio, acobertadas por um sistema recursal que protege aquela parte que deseja procrastinar o feito. (...) Muitas vezes o credor se vê compelido a adjudicação do imóvel, coisa que no momento da concessão do crédito não era sua intenção.

³ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel. 4ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009. pp. 32-33.

Oportuno ressaltar que diferentemente do instituto da hipoteca que se subsume em direito real de garantia, a alienação fiduciária de coisa imóvel não se trata de nova modalidade de garantia real, já que o credor fiduciário é titular da propriedade fiduciária, embora limitada pelo caráter fiduciário.

No caso de inadimplemento do devedor fiduciante, conforme será melhor analisado no decorrer deste trabalho, após as notificações de praxe, a propriedade fiduciária se consolidará nas mãos do credor fiduciário que promoverá público leilão de forma extrajudicial, agilizando, desse modo a satisfação da sua pretensão.

5 – CONTEÚDO DOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL

Para a validade dos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel o legislador elencou uma série de requisitos.

Isso porque, para garantia das partes (credor fiduciário e devedor fiduciante) e fiel cumprimento das obrigações assumidas, é de bom tom que existam regras pré-estabelecidas para consolidação da propriedade, bem como, em sendo necessário, a forma de alienação do bem imóvel se inadimplida as prestações acordadas pelo fiduciante, a possibilidade de restituição de valores etc.

Dessa forma, o artigo 24 da Lei nº 9.514/97 determina que todos os contratos deverão conter:

- I - o valor do principal da dívida;
- II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;
- III - a taxa de juros e os encargos incidentes;
- IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;
- V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;
- VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
- VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

A legislação exige que no contrato seja especificado o valor do principal da dívida, o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito fiduciário, a taxa de juros e os encargos incidentes, para esclarecer ao fiduciante o quanto de encargos que terá que arcar e de que modo e forma deverá cumprir com a obrigação para evitar surpresas futuras.

No contrato se exige também que exista uma cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição pormenorizada do imóvel objeto da alienação que deverá ser registrada na Serventia Imobiliária competente para dar publicidade ao ato.

Note-se que a descrição do imóvel é necessária para se saber exatamente qual é o bem dado em garantia, assim como se houver necessidade da realização do público leilão, a possibilidade de se publicizar o que exatamente será vendido.

Os direitos e obrigações do fiduciante do mesmo modo devem constar do referido contrato, já que detém ele a posse direta do imóvel, podendo usar e fruir, assim como tem a obrigação de arcar com os tributos, taxas e demais despesas que recaírem sobre o imóvel.

Por fim, exige o legislador que conste no contrato o valor do imóvel que servirá como base para a alienação em público leilão, bem como o procedimento detalhado da forma em que ocorrerá o leilão.

6 – PROCEDIMENTO PARA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA IMÓVEL

Tamanha a exigência da necessidade da lisura na consolidação da propriedade, seja em nome do credor fiduciário, seja em nome do devedor fiduciante, que a lei estabelece como isso ocorrerá.

Para o devedor fiduciante consolidar a propriedade fiduciária a seu favor, basta que ele cumpra com a obrigação assumida, vale dizer, satisfaça todas as prestações acordadas no contrato.

Para o credor fiduciário, a legislação tece maiores detalhes sobre a forma em que deverá ocorrer a consolidação da propriedade, uma vez que é retirado o uso e fruição do devedor fiduciante, ou seja, ele perde a propriedade imóvel que viria a adquirir, que na maioria das vezes era sua residência ou de sua família.

O artigo 26 e seus parágrafos, da Lei nº 9.514/97, disciplina de forma detalhada como se dará a consolidação da propriedade fiduciária imóvel:

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 cessionário, ou seu representante legal ou procurador encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventuário encarregado da diligência e informado ao oficial de Registro de Imóveis, que, à vista da certidão, promoverá a intimação por edital publicado durante 3 (três) dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutra de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária, contado o prazo para purgação da mora da data da última publicação do edital. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalidará 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 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)

É claro que a lei possibilitou ao devedor fiduciante a possibilidade de purgar a mora e ilidir a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, bastando pagar “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”.

Questão interessante diz respeito à possibilidade da exigência da taxa de ocupação do devedor fiduciante no caso de consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, especialmente a partir de que momento ela incidirá.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça recentemente se pronunciou a respeito determinando que a taxa de ocupação incidirá a partir da data na qual se considera

extinta a dívida (art. 27, § 5º, da Lei n. 9.514/1997), e não desde a data da consolidação da propriedade em nome do fiduciário (art. 27, caput, da Lei n. 9.514/1997).

O fundamento desse marco, como bem observado pelo Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino é que somente a partir deste marco (extinção da dívida) é que o credor passa a titularizar todos os poderes inerentes ao domínio:

Ora, havendo extinção da dívida, o imóvel deixa de estar afetado ao propósito de garantia, passando a integrar o patrimônio do credor de forma plena, o que se assemelha a uma adjudicação. A partir de então, o credor passa a titularizar todos os poderes inerentes ao domínio, fazendo jus aos frutos do imóvel, inclusive na forma da taxa de ocupação.

Este julgado ocorreu recentemente em 17/11/2015 e pela importância de seu conteúdo, segue abaixo colacionada a ementa:

DIREITO CIVIL. TERMO INICIAL DA TAXA DE OCUPAÇÃO DE IMÓVEL ALIENADO FIDUCIARIAMENTE NO ÂMBITO DO SFH.

Na hipótese em que frustrados os públicos leilões promovidos pelo fiduciário para a alienação do imóvel objeto de alienação fiduciária no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), a taxa de ocupação será exigível do fiduciante em mora a partir da data na qual se considera extinta a dívida (art. 27, § 5º, da Lei n. 9.514/1997), e não desde a data da consolidação da propriedade em nome do fiduciário (art. 27, caput, da Lei n. 9.514/1997). Nos termos da literalidade do art. 37-A da Lei n. 9.514/1997, "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".

O fundamento para que essa taxa não incida no período anterior à alienação é que a propriedade fiduciária não se equipara à propriedade plena, por estar vinculada ao propósito de garantia da dívida, conforme expressamente dispõe o art. 1.367 do CC: "A propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial deste Código e, no que for específico, à legislação especial pertinente, não se equiparando, para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231". Efetivamente, não se reconhece ao proprietário

fiduciário os direitos de usar (*jus utendi*) e de fruir (*jus fruendi*) da coisa, restando-lhe apenas os direitos de dispor da coisa (*jus abutendi*) e de reavê-la de quem injustamente a possuía (*rei vindicatio*). Essa limitação de poderes se mantém após a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário, pois essa consolidação se dá exclusivamente com o propósito de satisfazer a dívida. É o que dispõe o art. 1.364 do CC, *litteris*: "Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor". No mesmo sentido, o art. 27, *caput*, da Lei n. 9.514/1997, *litteris*: "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". Com efeito, o direito do credor se limita ao crédito, sendo a garantia (ainda que por meio de alienação fiduciária) um mero acessório, não podendo o credor se apropriar, simultaneamente, do crédito e da coisa dada em garantia, sob pena de *bis in idem* e enriquecimento sem causa. A taxa de ocupação do imóvel, pela sua própria definição, tem natureza de fruto do imóvel objeto da alienação fiduciária. Ora, se o credor fiduciário não dispõe do *jus fruendi*, não pode exigir do devedor o pagamento de taxa de ocupação.

Efetivamente, os únicos frutos que podem ser exigidos pelo credor são os juros, frutos do capital mutuado.

Entendimento diverso geraria *bis in idem* e enriquecimento sem causa do banco credor, pois, em razão do mútuo de certa quantia em dinheiro, o banco receberia dois frutos, os juros e a taxa de ocupação. Nessa esteira, observa-se que a redação do art. 37-A da Lei n. 9.514/1997 foi precisa ao dispor que a taxa de ocupação somente é devida após a "data da alienação em leilão", pois, antes da alienação, a propriedade não é plena, mas afetada à satisfação da dívida, não produzindo frutos em favor do credor fiduciário. Do mesmo modo, a redação do art. 38 da Lei n. 10.150/2000 também foi precisa ao instituir o arrendamento especial com opção de compra apenas para os imóveis que a instituição financeira tenha "arrematado, adjudicado ou recebido em dação em pagamento", não para os imóveis adquiridos por consolidação da propriedade fiduciária. Sob outro ângulo, cabe destacar que a Lei impõe um rito célere à alienação extrajudicial, de modo que o primeiro leilão deva ser realizado no prazo de trinta dias após o registro da consolidação da propriedade, conforme previsto no art. 27 da Lei n. 9.514/1997, independentemente da desocupação do imóvel. A fixação desse prazo exíguo tem o objetivo de evitar que a instituição financeira permaneça inerte após a consolidação da propriedade, deixando que a dívida se eleve

aceleradamente, por força dos encargos da mora. Há, portanto, no referido art. 27, um fundamento de boa-fé objetiva, especificamente concretizada no preceito *duty to mitigate the loss*, explicado em precedente da Terceira Turma (REsp 758.518-PR, DJe 28/6/2010). Durante esse curto período de 30 dias, as perdas experimentadas pela instituição financeira já são adequadamente compensadas pela multa contratual.

Aliás, a incidência de taxa de ocupação geraria o efeito deletério de estimular a inércia da instituição financeira, tendo em vista a incidência de mais um fator de incremento da dívida. Noutra norte, é certo que a boa-fé também impõe deveres ao mutuário, como o de desocupar o imóvel, caso não tenha purgado tempestivamente a mora.

Porém, a violação desse dever impõe perdas potenciais ao próprio mutuário, não à instituição financeira, que já é remunerada pelos encargos contratuais, tendo em vista que o mutuário tem direito à restituição do saldo que restar das parcelas pagas após a quitação da dívida e dos encargos. Destaque-se, ainda, que a Lei n. 9.514/1997 confere ao mutuário o prazo de 60 dias para desocupar o imóvel (art. 30), mas prevê o prazo de apenas 30 dias para a realização do leilão, evidenciando que a lei deu mais relevância à liquidação da dívida do que à questão possessória. Mas, o que fazer na hipótese de leilão frustrado, em que não há alienação? Nessa hipótese, o art. 27 da Lei n. 9.514/1997 prevê a realização de um segundo leilão no prazo de 15 dias, após o qual a dívida será extinta compulsoriamente, exonerando-se ambas as partes de suas obrigações. Ora, havendo extinção da dívida, o imóvel deixa de estar afetado ao propósito de garantia, passando a integrar o patrimônio do credor de forma plena, o que se assemelha a uma adjudicação. A partir de então, o credor passa a titularizar todos os poderes inerentes ao domínio, fazendo jus aos frutos do imóvel, inclusive na forma da taxa de ocupação (REsp 1.328.656-GO, Quarta Turma, DJe 18/9/2012). Esclareça-se que, no âmbito da Terceira Turma do STJ, há um julgado em que se admitiu a cobrança de taxa de ocupação desde a consolidação da propriedade, antes, portanto, da data do leilão (REsp 1.155.716-DF, Terceira Turma, DJe 22/3/2012). Esse julgado, contudo, diz respeito a uma situação específica, em que o leilão foi adiado por muito tempo, em razão de decisões judiciais precárias obtidas pelo mutuário; a taxa de ocupação, portanto, foi deferida como forma de compensar as perdas e danos acrescidas em razão dessa demora não imputável ao credor fiduciário. **REsp 1.401.233-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 17/11/2015, DJe 26/11/2015.**

7 – ALIENAÇÃO DO IMÓVEL EM LEILÃO

Caso consolidada a propriedade em favor do fiduciário, em virtude de imposição legal, caberá a ele no prazo de trinta dias contados do registro do título, promover público leilão para alienação do imóvel, nos termos do disposto no artigo 27 da Lei nº 9.514/97.

Nota-se neste momento a importância da existência do requisito do contrato previsto no inciso VI, do artigo 24 da Lei nº 9.514/97⁴, pois é com base neste valor que o imóvel será posto em leilão.

Oportuno frisar que se no primeiro leilão o maior lance oferecido for inferior ao valor estipulado no contrato com as devidas atualizações, deverá ser realizado um segundo público leilão no prazo de quinze dias contados do primeiro leilão.

Neste segundo leilão determina os parágrafos 2º e 3º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97 que:

§ 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.

Dessa forma, verifica-se que neste segundo leilão o imóvel será alienado desde que o lance oferecido seja igual ou superior o valor da dívida acrescidas de seus consectários, diferentemente do que ocorre nas alienações judiciais que vedam

⁴ Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá:

VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão

alienação por preço vil, pois naquela é possível a venda por preço vil, caso o “valor da dívida” seja menor que 50% (cinquenta por cento) do valor do imóvel.

Alienado o imóvel e quitada a dívida, se mesmo assim sobrar algum valor, o credor fiduciário no prazo de cinco dias a contar do leilão segundo leilão deverá restituir este montante ao devedor.

Agora, caso neste segundo leilão se o valor do maior lance oferecido não for igual ou superior ao “valor da dívida”, será considerada extinta a dívida, nos exatos termos do parágrafo 5º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97.

O parágrafo 7º do mesmo artigo, incluído pela Lei nº 10.931/2004, disciplina as questões caso a propriedade esteja alugada ao dispor que:

§ 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.

Importante frisar que após a imissão da posse pelo fiduciário, caberá a ele arcar com o pagamento dos impostos, taxas, despesas condominiais, assim como quaisquer outros encargos que venha a recair sobre a propriedade.

8 – CONCLUSÃO

O instituto da propriedade fiduciária imóvel instituída pela Lei nº 9.514/97, veio para incrementar as vendas das propriedades imóveis na medida em que facilitou os financiamentos imobiliários e do mesmo modo garantiu aos financiadores o recebimento do valor emprestado para sua aquisição.

Inicialmente no ordenamento jurídico brasileiro somente havia previsão legal da propriedade fiduciária de bem móvel, especialmente os automóveis que constantemente eram alienados com a reserva de domínio e que, por sua vez, incrementaram as vendas.

Pelo sucesso deste mecanismo passou a ser utilizado também nas compras e vendas de bens imóveis, pois o instituto da hipoteca que também garantia o credor que emprestava o valor para o mutuário adquirir a propriedade, apresentava morosidade para satisfação da pretensão do credor no caso de inadimplemento do mutuário em razão do procedimento previsto na legislação processual civil.

A alienação fiduciária de coisa imóvel aprimorou o procedimento de satisfação da pretensão do credor fiduciário em caso de descumprimento das obrigações contratuais pelo devedor fiduciário, uma vez que facilitou o modo de consolidação da propriedade e a forma de alienação em público leilão.

É claro que todo este mecanismo de consolidação e alienação em público leilão do imóvel precisou ser pormenorizadamente detalhada pela legislação, tanto para proteger o credor fiduciário quanto para proteger o devedor fiduciante.

Houve a necessidade de se explicitar detalhadamente as obrigações e responsabilidades do fiduciário e do fiduciante durante todo o prazo de cumprimento do contrato, especialmente no que tange a responsabilidade pelo pagamento dos tributos e demais encargos incidentes sobre a propriedade fiduciária.

No que tange a forma de consolidação da propriedade a legislação simplificou o procedimento, estabelecendo que no caso de cumprimento integral das parcelas

acordadas pelo devedor fiduciante, a propriedade automaticamente se torna plena em seu favor, ao passo que se houvesse inadimplemento das parcelas, sem o pagamento pelo devedor após sua intimação para tanto, a propriedade se consolida em favor do credor.

Consolidada a propriedade em favor do credor fiduciário, cabe a ele, por imposição legal, promover público leilão de forma extrajudicial (afastando, portanto, a morosidade da alienação realizada de forma judicial), tomando com base o valor do imóvel previsto no contrato de alienação fiduciária.

É claro que para facilitar ainda mais o procedimento, é permitido ao devedor fiduciante, com a anuência do credor fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, suprimindo todo o procedimento de alienação do imóvel em público leilão.

O público leilão quando houver necessidade de sua realização deve obedecer fielmente aos ditames da legislação de regência, uma vez que é realizado de forma extrajudicial, o que aumenta a responsabilidade do credor fiduciário que deve prestar contas da sua gestão ao devedor fiduciário.

Importa anotar que esta forma de alienação extrajudicial, apesar de ser mais célere, acaba de certa forma por privilegiar o credor fiduciário que pode alienar a propriedade até por preço vil, já que se permite a venda do imóvel caso o valor do lance alcance o valor total da dívida, que pode ser inferior a cinquenta por cento do valor do imóvel a depender do número de parcelas pagas pelo devedor fiduciante durante o prazo de cumprimento do contrato.

Ressalte-se que se houver pagamento substancial das parcelas, será viável ao devedor fiduciante se valer da teoria do adimplemento substancial do contrato para ilidir a pretensão do credor, cujo estudo não é objeto do presente trabalho e, portanto, não foi explanado.

Oportuno frisar ainda que todos estes contratos de alienação fiduciária de imóvel, ressalvadas as opiniões doutrinárias em contrário, estão protegidos pela

legislação consumerista no que couber, pois nada mais são do que contratos de adesão no qual o consumidor não tem possibilidade discutir suas cláusulas.

Exemplo prático da aplicação do Código de Defesa do Consumidor é a obediência da norma prevista no artigo 51, a qual prevê a nulidade de cláusulas contratuais que venham a prejudicar o consumidor.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. *Mini códigos civil*. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 3ª edição. São Paulo: Método, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses jurídicas vol. 06 tomo I direitos das obrigações contratos*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil vol. 01 esquematizado parte geral, obrigações e contratos*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil vol. 05 – direito das coisas*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. 4ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos – a função social dos contratos*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª

edição, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil vol. 3. Direito das coisas*. 44ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade; *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REVISTA DO ADVOGADO. *Contratos*. São Paulo: Nº 116, 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil vol. 1*. 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Fabio Rocha Pinto e. *Garantias imobiliárias em contratos empresariais - hipoteca e alienação fiduciária*. 1ª edição. São Paulo: Almedina, 2014.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil vol. 4. Direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil vol. 5. Direitos reais*. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

WALD, Arnaldo. *Direito civil vol. 4. Direitos das coisas*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.