



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Especificidades Do Contrato De Alienação Fiduciária Em Garantia  
Imobiliária

Luiza Camara de Moraes Loureiro

Rio de Janeiro  
2011

LUIZA CAMARA DE MORAES LOUREIRO

Especificidades Do Contrato De Alienação Fiduciária Em Garantia  
Imobiliária

Artigo Científico apresentado à Escola de  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,  
como exigência para obtenção do título de  
Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>ª</sup>. Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof<sup>ª</sup> Mônica Areal

Rio de Janeiro  
2011

## **ESPECIFICIDADES DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA IMOBILIÁRIA**

**Luiza Camara de Moraes Loureiro**

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-Graduada em Direito Privado pela Universidade Gama Filho.

**Resumo:** O contrato de alienação fiduciária em garantia imobiliária atualmente representa a mais importante forma contratual com o fim de assegurar o direito fundamental á habitação para maioria da população. Ocorre que, tal espécie de negócio jurídico geralmente apresentado sobre a forma de contrato de adesão, apresenta diversas peculiaridades de constitucionalidade questionável, que em muitos casos viola outros direitos também garantidos constitucionalmente.

**Palavras-chaves:** Alienação Fiduciária em Garantia. Consectários da Mora. Juros abusivos. Consumidor.

**Sumário:** Introdução. 1. Análise histórica dos institutos relacionados. 2. Características do contrato de alienação fiduciária em garantia. 3. A importância da propriedade resolúvel como instrumento de garantia do credor fiduciante. 4. Formas de Extinção da Propriedade Fiduciária e Inadimplemento do devedor fiduciante. Conclusão. Referências

## **INTRODUÇÃO:**

O contrato de alienação fiduciária em garantia, foi regulamentado no sistema jurídico pátrio pela Lei nº 9.514 de 20 de novembro de 1997, diploma legal que possui, portanto, aproximadamente 14 anos de vigência e tem gerado grande repercussão social e econômica na sociedade contemporânea.

Durante esse lapso temporal, tal espécie de contrato foi sendo cada vez mais difundida como forma de implementar alienações de bens imóveis. Dessa feita, para um maior aprofundamento do assunto, deve-se analisar a evolução histórica de tal instituto no direito pátrio e estrangeiro, bem como fazer uma análise comparativa do mesmo com outros institutos existentes, com o fito de descobrir o motivo pelo qual essa espécie contratual foi difundida com tamanha facilidade.

Cabe salientar que grande parte dos juristas, até a presente data, ainda fazem grande confusão entre essa espécie contratual com um tipo de garantia real, outros confundem conceitos como propriedade fiduciária e o contrato de alienação fiduciária em garantia.

O contrato de alienação fiduciária é classificado como um contrato que não gera obrigações para os contratantes, mas sim, configura um título que institui um direito real de propriedade resolúvel que terá eficácia *erga omnes* através do registro no cartório competente. É um contrato que pertence ao âmbito do direito das coisas. Portanto, pode-se falar que é da essência do contrato de alienação fiduciária constituir uma propriedade fiduciária, essa sim, um direito real de garantia.

De forma simplificada, pode-se afirmar que o contrato de alienação fiduciária representa a junção da espécie contratual do mútuo, no qual o devedor fiduciante compromete-se a pagar um valor ao credor fiduciário, que em contra partida exige a criação de um direito real de garantia em seu favor, como forma de assegurar o pagamento da dívida desta feita enquanto há o cumprimento do contrato de “mútuo” na forma das cláusulas contratuais pré-estabelecidas, o credor fiduciário somente possui a propriedade resolúvel do imóvel, ou seja, não pode exercer sobre o bem os direitos inerentes á propriedade plena descritos no art.1.228 do Código Civil de 2002, já que o uso, gozo e fruição do bem são exercidas pelo devedor fiduciante, que ao final do cumprimento do contrato de mútuo, possui o direito potestativo, de requerer a transferência da propriedade do bem para si, passando a exercer de forma plena o direito de propriedade conforme art.1.245 do CC/02.

Ressalte-se que, enquanto não houver o registro do contrato de alienação fiduciária no Registro Imobiliário, o direito real não estará constituído, isto porque, com o fim de adquirir as características inerentes aos direitos reais, quais sejam perpetuidade, observância *erga omnes*, imutabilidade, dentre outras, o legislador exigiu, com o fito de assegurar maior segurança social, que nos termos do art.1.227 do Código Civil de 2002 os direitos reais somente sejam transferidos na forma deriva através do registro do título no Cartório de Registro de Imóveis.

O conceito de alienação fiduciária em garantia é descrito no art.22 da Lei nº 9.514/97 como contrato de alienação fiduciária em garantia, no qual o devedor ou fiduciante, com o escopo de constituir uma garantia em contraposição a um contrato de mútuo que celebrou, contrata a transferência da propriedade resolúvel de um nem imóvel.

O referido dispositivo normativo descreve de forma explícita que o contrato de alienação fiduciária em garantia, pode ser contratado por pessoa física ou jurídica,

Ademais também afirma expressamente que a criação da propriedade resolúvel tem único fim de garantia.

Dispõe o artigo 23 do referido dispositivo normativo que a propriedade fiduciária de imóvel constitui-se mediante a inscrição do título no registro de imóveis competente. Dessa feita, o contrato de alienação fiduciária em garantia é um título de aquisição, que após o devido registro no Registro Imobiliário é o modo de aquisição que institui a propriedade fiduciária.

A alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, constitui-se pela transferência que o devedor faz ao credor, da propriedade resolúvel e da posse indireta do bem imóvel, com o fim de garantir sua dívida. Havendo o pagamento da dívida resolve-se a propriedade fiduciária, reavendo o alienante o domínio integral do imóvel que havia alienado.

Antes da edição da Lei nº 9.514/97, a maior parte da doutrina entendia que com a constituição da propriedade resolúvel a posse do referido imóvel se desdobrava, entretanto não era possível definir a natureza jurídica dessa posse, tendo em vista suas características inerentes ao instituto do *constituto* possessório legal e outras características assemelhadas ao *constituto* possessório presumido.

Finalmente com a edição da Lei nº 9.514/97, de forma clara, restou estabelecido o desdobramento da posse, ou seja, institui-se o *constituto* possessório legal. Assim, o

fiduciante passa a ter a posse direta e o fiduciário a posse indireta do imóvel alienado fiduciariamente.

Conforme leciona Mario Pazzuni <sup>1</sup> pode-se concluir que:

A princípio, na forma do artigo 25 da Lei de Alienação Fiduciária de Bem Imóvel, com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel, dessa feita, a partir da formalização desse ato, a propriedade fiduciária do imóvel deve necessariamente passar para o devedor, isto porque nessa hipótese o credor fiduciário, que possuía a propriedade limitada do imóvel, não tem como impossibilitar tal transferência.

A propriedade fiduciária caracteriza-se por ser resolúvel, isto significa que, com o pagamento integral da dívida feito pelo alienante, a propriedade automaticamente se resolve, nos termos da referida lei, realizado o pagamento do débito, o fiduciário deverá, no prazo de trinta dias, fornecer o termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor desse, de 0,5% ao mês, sobre o valor do contrato. O Oficial do Registro de Imóveis, à vista do termo de quitação, promoverá o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

Porém, havendo o inadimplemento, ainda que parcial da dívida, é que ocorrem os maiores abusos em relação ao devedor, isto porque, nos termos do artigo 26 da Lei 9.514/97, vencida total ou parcialmente a dívida, a propriedade do imóvel poderá consolidar-se na pessoa do credor fiduciário.

Ocorre que, para que haja a constituição em mora do devedor o fiduciante ou seu representante legal ou procurador deverá ser intimado a requerimento do fiduciário, pelo

---

<sup>1</sup> MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação Fiduciária da Lei n. 9.514/ 97: Modelos legislação*, São Paulo:Saraiva, 1998, p.54.

oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de 15 dias, a prestação vencida e as vincendas, os juros convencionados, as penalidades e os demais encargos contratuais e legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

Nesse diapasão, são perpetradas as maiores violações aos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente a qualquer cidadão, na posição do devedor fiduciante, isto porque, exatamente o devedor que demonstra não possuir capacidade econômica de adimplir nem mesmo uma parcela da compra do imóvel, ou por um acaso esquece de pagar uma parcela na data apazada, é obrigado a pagar todas as parcelas vencidas, vincendas, demais encargos contratuais e legais, inclusive tributos e contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, para ter assegurado seu direito fundamental a moradia.

Portanto, esse trabalho tem como objetivo analisar todos os aspectos abusivos dessa espécie de contrato, e verificar aquilo que pode ser revisto sob a ótica dos direitos fundamentais, através de uma interpretação conforme com os direitos fundamentais.

## **1-ANÁLISE HISTÓRICA DOS INSTITUTOS CORRELACIONADOS**

Através de uma análise histórica<sup>2</sup> de institutos análogos, percebe-se que a partir do descobrimento do instituto do penhor, *pignus datum*, um dos maiores inconvenientes da modalidade de garantia real, isso porque nessa modalidade ocorre apenas a transmissão da

---

<sup>2</sup>CHALHUB, Melhim Namem, *Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.64.

posse direta da coisa dada em garantia para o devedor permanecendo a o direito real proprietário da coisa até o vencimento da dívida.

Entretanto, os credores logo notaram que embora a posse exercida por eles estivesse protegida pelos interditos proibitórios, ações típicas do possuidor da coisa, eles não possuíam suas pretensões amplamente amparadas pois não possuíam poder de disposição da coisa, o que inviabilizava a rápida circulação de riquezas.

No que tange aos devedores desse contrato, a despeito de terem a sua propriedade preservada, uma vez que extinta a dívida utilizando-se da *actio pignoratícia*, poderiam obter a restituição da *res*, com o deslocamento simples da posse, o simples fato de terem que deslocar a posse de bens, muitas vezes de grande utilidade doméstica ou instrumentos de trabalho não representava uma vantagem significativa, pois nesse último caso o devedor ficava desprovido de meios para produzir a riqueza necessária para resgatar o seu débito e extinguir a dívida através do pagamento.

Dessa feita e principalmente em razão desses inconvenientes do instituto do penhor, o Direito Romano<sup>3</sup> incorporou o instituto de origem grega denominado hipoteca. Através desse contrato de garantia, é concedido um empréstimo ao devedor, restando um bem de sua propriedade como garantia da dívida, o devedor permanece com a posse e propriedade do bem e se a dívida contraída não foi adimplida da forma, modo e tempo pactuados, o credor possui o direito de requerer a transferência da titularidade do mesmo.

---

<sup>3</sup> GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em Garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p.85.

Esse instituto foi desenvolvido com o fim primordial de impedir que os devedores, ficassem privados de seus instrumentos de trabalho ou do próprio imóvel rural o que inviabilizava o adimplemento da dívida. Logo, a princípio, o instituto da hipoteca eliminou o inconveniente do devedor ficar privado do uso e gozo do bem dado em garantia.

Entretanto, assim como o penhor a utilização da hipoteca também ocasionava consequências não desejadas para o credor e para a sociedade, isso porque, quando ocorria o inadimplemento da dívida, não possuindo o devedor bens suficientes para o pagamento da dívida, o credor somente conseguia efetivar a transferência do registro da propriedade dada em garantia, após o decurso da *actio* proposta com esse fim em que se respeitava, na exata medida, os princípios da ampla defesa e contraditório, o que por si só além de representar longo lapso temporal e mais gastos, ainda diminuía a utilidade econômica do bem, tendo em vista que esse permanecia durante esse tempo com baixíssimo valor de mercado devido à indefinição jurídica quanto a quem caberia a sua propriedade.

Para o devedor, diante das hipóteses existentes até a época, esse contrato apresentava-se como vantajoso uma vez que além de ter o direito ao crédito pretendido *ab initio*, permanecia no uso e gozo do bem dado em garantia e havendo o inadimplemento, e não possuindo bens suficientes para o cumprimento da dívida, a própria desvalorização natural do bem e o longo período em que esse permaneceria com esse gravame o momento processual da transferência da titularidade para o credor, estimulava a realização de um acordo com a renúncia de alguns direitos ou consectários da mora por parte do credo.

Por fim, como resultado de uma reação por parte dos credores, foi desenvolvido o instituto da anticrese<sup>4</sup>, esse contrato possuía como uma de suas vantagens a possibilidade do credor ficar na posse do bem utilizando e fruindo de todas as utilidades econômicas da coisa

dada em garantia retirando seus frutos diretamente dos juros e capital gerados pela exploração direta da coisa, devendo esse contrato durar até que o valor arrecadado com a exploração seja o suficiente para adimplir o empréstimo de valor.

Assim como as demais espécies contratuais mencionadas acima, embora o contrato de anticrese apresentasse vantagens para o credor, cuja principal seria a possibilidade de exploração econômica do bem até que o valor pactuado no contrato de empréstimo fosse completamente adimplido, o que por si só evitava a propositura de uma ação judicial para a obtenção de seu direito de crédito, com o tempo o credor passou a identificar que essa possibilidade/necessidade de exploração direta do bem com a finalidade de alcançar o seu crédito gerava um ônus de administração do bem, que não parecia ser o mais interessante para as instituições financeiras ou congêneres que preferiam ter a liquidez dos valores a ter como pagamento de uma dívida um direito de fruição com os ônus inerentes.

Portanto, conforme toda a alteração jurídica é impulsionada por uma mudança ou aperfeiçoamento dos interesses sociais relevantes, o contrato fiduciário surgiu em razão da necessidade de maior garantia das partes tipicamente envolvidas no contrato de mútuo, que alteram sua versão de acordo com seu momento histórico.

---

<sup>4</sup> GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em Garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p.85.

Nesse diapasão, em meados do séc.XVIII com o desenvolvimento do capitalismo, impulsionado pela Revolução Industrial, as formas tradicionais de garantia, em razão dos inconvenientes mencionados, tornaram-se incompatíveis com as necessidades de contratação em massa exigidas para a época.

Dessa feita, inspirados na *fiducia cum creditore*, juristas alemães<sup>5</sup>, desenvolveram o negócio fiduciário, que teria como fim utilizar a propriedade como forma de proteção eficaz do crédito através de uma rápida e eficiente circulação de riquezas, possibilitando ao credor uma forma mais rápida de recomposição de seu crédito, afastando, em eventual concurso de credores, a concorrência dos créditos preferenciais.

O modelo construído á época de negócio fiduciário era muito parecida com o modelo inspirador, isso porque após a formalização da transmissão da propriedade através do registro, o fiduciário tornava-se titular pleno do bem ou do direito, que passava a constituir uma garantia para seus credores, dessa feita com a insolvência do devedor fiduciário o bem transmitido em garantia passava a integrar o ativo da massa, podendo o credor fiduciante buscar seu crédito como credor quirografário.

Entretanto, o aspecto negativo dessa feição do negócio fiduciário era que a natureza jurídica do vínculo entre o credor fiduciário e o devedor fiduciante era meramente obrigacional, o que ocasionava uma situação de grande vulnerabilidade ao credor fiduciário que em eventual hipótese de inadimplemento, não possuía garantias de satisfação de seu crédito.

---

<sup>5</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia. *Considerações sobre o trust (fidúcia) no direito comparado*. V.334. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1996, p. 173.

Assim, após algumas adaptações esse instituto foi se aproximando da atual feição do contrato de alienação fiduciária em garantia.

## **2. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA**

O contrato de alienação fiduciária em garantia, se diferencia das demais espécies de contratos com garantias reais que já integram o sistema jurídico pátrio, porém é dotado de maior efetividade isso porque, na propriedade fiduciária o devedor transfere a propriedade do bem imóvel ao credor até que seja completamente adimplida a obrigação contratual de pagar, restando credor impossibilitado por força de lei de alienar a propriedade do imóvel tendo em vista seu caráter precário, resolúvel até o termo final do pagamento.

"Em suma, enquanto a hipoteca é um direito real em coisa alheia, a propriedade fiduciária é um direito real em coisa própria."<sup>6</sup>

Conforme define o ilustre doutrinador Ubirayr Ferreira:

“O contrato de alienação fiduciária é elaborado como se fosse uma mera transferência de propriedade, entretanto a declaração de vontade ínsita de onde nasce o negócio é no sentido de que o imóvel restará em nome do credor, através do instituto da propriedade resolúvel, mas apenas tão somente com o escopo de garantir o seu crédito, até que ocorra o pagamento do débito e seus encargos.”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pg.96.

<sup>7</sup>VAZ, Ubirayr Ferreira. *Alienação Fiduciária de Imóveis em Garantia: Reflexos da Lei nº 9.514/97 no Registro de Imóveis*. Porto Alegre: S. Fabris, 1998, p. 56

Com base na classificação recorrente das espécies contratuais existentes no ordenamento jurídico pátrio, pode-se afirmar que o negócio jurídico da alienação fiduciária em garantia é:

- 1) Trata-se de um negócio jurídico bilateral, tendo em vista que cria obrigações e direitos para ambas as partes do negócio, tanto para o credor fiduciante quanto para o devedor fiduciário;
- 2) A alienação fiduciária é um negócio jurídico oneroso pois ambos os contratantes sofrem uma influência, de natureza proporcional a sua respectiva esfera de ordem patrimonial com o objetivo de obter uma vantagem correlata;
- 3) É um negócio jurídico comutativo, já que as obrigações e vantagens de ambas as partes são proporcionais;
- 4) É um negócio jurídico formal, uma vez que a lei específica exige a observância de diversas formalidades, como por exemplo o registro do Contrato de Compra e Venda do Imóvel no registro de imóveis;
- 5) É um negócio acessório tendo em vista a relação de prejudicialidade que possui com a obrigação principal a que se pressa a garantir.

Os instrumentos de aquisição da propriedade imobiliária através de contrato de alienação fiduciária em garantia são marcados por diversas especificidades exigidas pela própria Lei 9.514/97.

A primeira dessas especificidades decorre da interpretação literal do art.4º do dispositivo normativo da Lei 9.504/97, citado a baixo:

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 esse artigo, poderão ser empregados recursos provenientes da captação nos mercados financeiro e de valores mobiliários, de acordo com a legislação pertinente.

A principal abusividade relacionada a esse preceito normativo é que combinado com as normas protetivas do contrato de adesão inerentes às relações de consumo, deixa a cargo simplesmente das “condições de mercado” estipular as condições do financiamento, o que acaba deixando de lado as especificidades de cada adquirente e levando a abusos, principalmente, em relação aos consumidores da classe média.<sup>8</sup>

---

**<sup>8</sup>AI 800520 / RS - RIO GRANDE DO SUL AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI**

DECISÃO

Vistos. Banco Bradesco S.A. interpõe agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e à Emenda Constitucional nº 40.

Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão da Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

“APELAÇÃO CIVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM AÇÃO DE DEPÓSITO. ILEGALIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REVISÃO NO ÂMBITO DA AÇÃO DE DEPÓSITO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

É permitida a revisão das cláusulas contratuais no âmbito da defesa na ação de busca e apreensão, mesmo que convertida em depósito, mormente por se tratar de questão de ordem pública passível de análise de ofício pelo juízo.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE E ALCANCE. Às operações de concessão de crédito e financiamento aplica-se o CODECON, visto que plenamente caracterizado o conceito de consumidor (art. 2º) e de fornecedor (art. 3º), nos exatos termos da lei consumerista, entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça ao editar a súmula n. 297. Sendo as normas de ordem pública e interesse social, cabe ao julgador a decretação de nulidade de cláusula contratual, inclusive de ofício, quando nula de pleno direito, entendimento pacífico nesta Câmara.

JUROS REMUNERATÓRIOS. Considera-se abusiva e, então, nula de pleno direito, a cláusula que fixa juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, visto que acarreta onerosidade excessiva. A limitação da

taxa de juros, ao invés de causar grave desequilíbrio na relação estabelecida, reintroduz, sim, no pacto, o equilíbrio, a equidade e a simetria das prestações.

**ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.** O referencial deve ser o IGPM, por ser o fator que melhor repõe as perdas inflacionárias e que não contém componente de remuneração financeira.

**CAPITALIZAÇÃO DE JUROS.** A capitalização de juros é admitida somente nos casos previstos em lei. Inexistindo previsão legal, como no contrato em espécie, a sua incidência é expressamente vedada, ainda que pactuada.

**COMISSÃO DE PERMANÊNCIA.** Vedada sua cobrança, pois não deixa opção ao cliente - potestatividade - ficando ele submetido à vontade do credor; ofensa ao art. 51, IV, do CODECON e art. 122 do Código Civil.

**JUROS MORATÓRIOS.** Aplicável o percentual de 1% ao ano, diante da determinação do art. 5º do Decreto 22.626/33.

**MULTA MORATÓRIA.** A multa moratória deve respeitar o percentual de 2%, após a fixação pela Lei n. 9298/96, que deu redação ao §1º do art. 52 do CODECON, incidindo apenas sobre as parcelas em atraso.

**MORA DESCARACTERIZADA.** Constatada a abusividade dos valores cobrados atinentes à remuneração do capital, são inexigíveis os encargos decorrentes da mora, eventualmente incidentes, até o recálculo do débito.

**COMPENSAÇÃO / REPETIÇÃO DO INDÉBITO.** Constatada a cobrança de valores ilegais e abusivos, cabível a compensação e/ou repetição simples dos valores pagos indevidamente, sob pena de enriquecimento sem causa da instituição financeira.

**DA AÇÃO DE DEPÓSITO.** Uma vez demonstrada a ausência de mora, impõe-se a improcedência da ação de busca e apreensão convertida em depósito.

**APELAÇÃO PROVIDA COM DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO ”.**

Opostos embargos de declaração, não foram providos.

Em pesquisa realizada no sistema processual do sítio do Superior Tribunal de Justiça na internet pelo número de origem e pelos nomes das partes, verifica-se que o STJ, por decisão transitada em julgado, deu parcial provimento ao recurso especial interposto paralelamente ao extraordinário “afastando a limitação dos juros remuneratórios e permitindo a cobrança da comissão de permanência na forma acima descrita, mantidos os ônus sucumbenciais”.

Decido.

Anote-se, inicialmente, que o acórdão dos embargos de declaração foi publicado em 14/9/06, não sendo exigível a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário, conforme decidido na

Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07.

Não prospera a alegada violação do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, uma vez que, se houvesse, seria indireta ou reflexa, pressupondo o prévio exame de legislação infraconstitucional, o que não enseja reexame na via do recurso extraordinário. Ademais, a garantia constitucional do ato jurídico perfeito não elide a possibilidade da revisão judicial do contrato para coibir o enriquecimento sem causa. Nesse sentido, anote-se:

“1. Recurso extraordinário: descabimento: dispositivos constitucionais dados por violados não analisados pelo acórdão recorrido nem objeto de embargos de declaração: incidência das Súmulas 282 e 356.

2. Recurso extraordinário: inadmissibilidade: controvérsia decidida à luz de legislação infraconstitucional: alegada violação dos dispositivos constitucionais invocados que, se ocorresse, seria reflexa ou indireta: incidência, mutatis mutandis, da Súmula 636.

3. A garantia constitucional do ato jurídico perfeito não exclui a possibilidade de revisão judicial do contrato para coibir o enriquecimento sem causa” (AI 587.727-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 20/10/06).

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 279-STF.

I. - O acórdão assenta-se na prova, que não se examina em recurso extraordinário (Súmula 279-STF).

Ressalte-se que o contrato de compra e venda garantido pelo contrato de alienação fiduciária em garantia, exatamente pelas excessivas vantagens que oferece ao credor fiduciante deveria conter condições de mercado específicas mais vantajosas para o consumidor, uma vez que o próprio bem servirá de garantia para o caso de inadimplemento da obrigação do devedor fiduciante, entretanto, na prática, tanto os contratos de aquisição de imóveis garantidos pelo contrato de alienação fiduciária quanto aqueles com uma garantia como a hipoteca, possuem estipulações de juros remuneratórios muito parecidas.

Quanto aos juros remuneratórios, as instituições financeiras não se sujeitam aos limites impostos pela Lei de Usura (Decreto 22.626/1933), em consonância com a Súmula 596/STF, sendo inaplicáveis, também, os arts. 406 e 591 do CC/2002. Além disso, a simples estipulação dos juros compensatórios em patamar superior a 12% ao ano, a princípio, não indica abusividade.

Para que reste demonstrada a abusividade do contrato, é necessário estar efetivamente comprovado nos autos a exorbitância das taxas cobradas em relação à taxa média do mercado específica para a operação efetuada, oportunidade na qual a revisão judicial é permitida, pois demonstrados o desequilíbrio contratual do consumidor e a obtenção de lucros excessivos pela instituição financeira.

Consoante jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, é possível a cobrança da capitalização mensal de juros, desde que pactuada, nos contratos bancários

---

II. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional.

III. - Agravo não provido” (AI 496.468-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 22/10/04).[...]Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Brasília, 28 de junho de 2011. Ministro Dias Toffoli -Relator

celebrados após a edição da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000 (MP n.2.170-36/2001), o que é possível depreender de acórdãos recentes.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> **INFORMATIVO Nº 527**

ADI - 2316

O Tribunal retomou julgamento de medida cautelar em ação direta ajuizada pelo Partido Liberal - PL, atual Partido da República - PR, em que se objetiva a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, caput, e parágrafo único da Medida Provisória 2.170-36/2001, que admitem, nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, a capitalização de **juros** com periodicidade inferior a um ano — v. Informativo 262. A Min. Cármen Lúcia, em voto-vista, abriu divergência e indeferiu a cautelar. Considerou o fato de essa medida provisória ter sido expedida junto com outras medidas adotadas pelo Ministério da Fazenda, na época, exatamente na tentativa de recompor o sistema no que concernia especificamente à captação de juros. Levou em conta, ainda, o alongado prazo, desde a expedição dessa medida até hoje, com sua aplicação. Citando trechos da exposição de motivos apresentada pelo então Ministro da Fazenda, destacou a afirmação de ser pública a intenção do governo federal de buscar diminuição do spread e sua convergência com os padrões mundiais, de forma a incentivar o decréscimo do valor total da taxa de juros suportado pelas pessoas físicas e jurídicas, a fim de criar um panorama mais propício ao desenvolvimento econômico do Brasil. Acrescentou que, de acordo com essa exposição de motivos, a capitalização de **juros**, sob o ponto de vista econômico, seria benéfica ao devedor que, não podendo pagar ao credor na data originalmente pactuada, poderia renegociar sua dívida junto à mesma instituição financeira, o que não se daria se vedada a capitalização, pois o montante de juros devidos teria de ser imediatamente liquidado, forçando o devedor a captar recursos perante diversa instituição para adimplir com a primeira, situação que permitiria a ocorrência do chamado “anatocismo indireto”. E, ainda, que o parágrafo único do art. 5º da MP tornaria obrigatória a transparência do negócio em favor do devedor, garantindo a lisura das operações e minimizando as dificuldades dos cidadãos na compreensão dos cálculos aplicáveis aos contratos. ADI 2316 MC/DF, rel. Min. Sydney Sanches, 5.11.2008. (ADI-2316).

**INFORMATIVO Nº 389**

Revogação de Competência e Art. 25 do ADCT – 3

RE - 286963

A Turma concluiu julgamento de recurso extraordinário, interposto por instituição financeira, em que se pretendia a desconstituição de acórdão que, embora reconhecendo não ser auto-aplicável o § 3º do art. 192 da CF, determinara a redução de juros ao montante de 12% ao ano, consoante disposto no Decreto 22.626/33, por entender revogada, pelo art. 25 do ADCT, a Lei 4.595/64, na parte em que outorga poderes ao Conselho Monetário Nacional para dispor sobre as taxas de juros bancários, razão pela qual o mencionado decreto teria voltado a vigor em sua integralidade — v. Informativos 381 e 386. Por maioria, deu-se provimento ao recurso para determinar que o Tribunal a quo reaprecie a questão dos **juros** com base nas normas aplicáveis nas resoluções e circulares baixadas pelo Banco Central e vigentes na data da celebração do negócio jurídico. Entendeu-se não haver que se falar em revogação dessa lei, haja vista que, conforme se depreende da redação do art. 25 do ADCT, o objeto da revogação, quando ultrapassado o prazo de 180 dias da promulgação da CF, é a competência atribuída ou delegada a órgão do Poder

O art.5º da Lei 9.514/97 estabelece algumas condições especiais dessa espécie de contrato, dessa feita, o contrato que a princípio teria suas condições livremente pactuadas entre as partes, a priori, já resta limitado pela lei.

A imposição normativa que causa maior estranheza, tendo em vista seu único e exclusivo fim de aumentar ainda mais as diversas garantias já asseguradas para o credor fiduciante, é a imposição de contratação pelos tomadores de financiamento de seguros contra riscos de morte e invalidez permanente.

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. (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

---

Executivo pela legislação pré-constitucional e não as normas editadas quando vigente a delegação. Concluiu-se que as normas objeto dessa ação são válidas, já que editadas dentro do prazo previsto na norma transitória, quando o Poder Executivo possuía competência para dispor sobre instituições financeiras e suas operações, sendo indiferente, para sua observância, ter ou não havido a prorrogação prevista no art. 25 do ADCT. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto que negavam provimento ao recurso, por considerar que esta delegação conflita com o art. 25 do ADCT, porquanto ausente de razoabilidade a prorrogação sucessiva de leis elastecendo um prazo de 180 dias de forma indeterminada.

adquirente das quantias por esse pagas, na hipótese de inadimplemento do incorporador ou construtor quanto à entrega da obra.

Ressalte-se que, a pactuação de tal cláusula pelas partes contratantes no âmbito de um contexto onde prevalecesse a liberdade contratual não geraria grande repercussão, entretanto no âmbito de contratos de adesão, uma lei que pretensamente diz ter sido criada para promover o financiamento imobiliário em geral gera grande perplexidade, a imposição de diversos dispositivos que oneram a condição do consumidor em prol do credor, que já possui o imóvel como sua principal garantia de pagamento da dívida.

Ademais, outra cláusula usual do contrato em comento, que tem como fundamento o fato de uma das partes ser instituição financeira, é a que prevê a cobrança da comissão de permanência. Para a maior parte da doutrina tal cláusula possui caráter nitidamente potestativo uma vez que no âmbito dos contratos de adesão tal aspecto é predominante, devendo ser calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, de acordo com a espécie da operação, limitada à taxa do contrato, sendo admitida, apenas, no período de inadimplência, desde que não cumulada com os encargos da normalidade (juros remuneratórios e correção monetária) e/ou com os encargos moratórios (juros de mora e multa contratual), com base em inteligência derivada das Súmulas 30, 294 e 296 do STJ.

**Súmula 294**-Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

**Súmula 30-**A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.

**Súmula 296-** Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.”

### **3. A IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE RESOLÚVEL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO CREDOR FIDUCIÁRIO**

O artigo 22 da Lei nº 9.514/97 conceitua a alienação fiduciária como 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.

Com efeito, no registro imobiliário constará como proprietário fiduciário o credor, e como fiduciante o devedor. A partir da constituição da propriedade fiduciária, com registro do contrato no cartório de imóveis, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel. (art. 23, parágrafo único da Lei 9.514/97).

O desdobramento da posse nessa espécie contratual é uma importante garantia instituída em prol do credor fiduciante isto porque, na hipótese de inadimplemento esse pode se utilizar não só das ações de cunho petitório quanto as de cunho possessório, o que lhe permite, valer-se de uma Ação de Reintegração de Posse com o fim de resgatar o imóvel que serviu de garantia dessa dívida com maior agilidade do que nas demais espécies de contrato de garantia.

Ressalte-se que diferentemente da eficácia do registro do contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis regidos pelo DL911/69, que é meramente declaratória com o fim de assegurar ampla oponibilidade a terceiros da propriedade resolúvel criada, nos contratos de mesma natureza cujo objeto é bem imóvel, o registro possui eficácia constitutiva, sendo indispensável para a constituição da propriedade resolúvel do credor fiduciante.

Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante o possuidor direto e o fiduciário o possuidor indireto da coisa imóvel (art. 23, parágrafo único)<sup>10</sup>.

A alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, se constitui pela transferência que o devedor fiduciante faz ao credor fiduciário, da propriedade resolúvel e da posse indireta do bem imóvel, com o fim de garantir sua dívida. Havendo o pagamento da dívida resolve-se a propriedade fiduciária, reavendo o alienante o domínio integral do imóvel que havia alienado.

Quando o devedor fiduciante deixa de pagar as prestações, e mesmo depois de ter sido constituído em mora através de intimação pessoal não paga a dívida integralmente e os demais consectários da mora no prazo legal, considera-se que há a intervenção na posse, dessa feita a posse que, a princípio, tinha natureza justa tornou-se injusta derivada de esbulho

---

<sup>10</sup> 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.

autorizando a utilização, pelo credor, da Ação de Reintegração de Posse, com o fim de reaver a posse direta do bem.

O esbulho é a perda da posse. A perda pode ser de parte de um bem possuído, mas da parte que for perdida há esbulho, porque, *dessa parcela*, há perda total da posse, e não mera ameaça ou turbação.

As ações possessórias de reintegração de posse podem ser classificadas conforme os requisitos legais exigidos para a concessão de liminar de reintegração de posse em favor do credor fiduciante, se a posse for de força nova os requisitos para a concessão da liminar estão previstos no art.928 e seguintes do CPC, conforme prevê o art.924 do CPC, nesse caso basta que o credor fiduciante demonstre a sua posse, o esbulho praticado pelo devedor manifestado pela recusa na entrega voluntária do bem, a data do esbulho e a continuidade da posse exercida pelo devedor, para que o juiz determine a concessão da liminar *inaudita altera parts* em benefício do credor fiduciante. Ademais, cabe salientar que existem outros requisitos de diferenciação dos ritos das referidas ações.

No caso da ação de reintegração de posse ter “força velha”, ou seja, proposta após o lapso de 1 (um) ano e 1(um) dia da data do esbulho, a liminar favorável ao credor somente poderá ser concedida, respeitado o Contraditório e Ampla Defesa, após a demonstração de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e verossimilhança, nos termos do art.273 do CPC.

#### **4. FORMAS DE EXTINÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E INADIMPLENTO DO DEVEDOR FIDUCIANTE**

Após análise de todas as especificidades do contrato de alienação fiduciária em garantia, pode-se concluir que de acordo com a forma natural de extinção desse contrato, qual seja com o pagamento, o devedor fiduciante possui a expectativa de direito de aquisição do imóvel dado em garantia, que ultrapassa a natureza da relação jurídica obrigacional configurando-se como um direito real, logo, havendo o adimplemento integral da obrigação de pagar do devedor, surge para o credor a obrigação de firmar o termo de quitação, no prazo máximo de 30 dias, sob pena de multa em favor do devedor na forma do art.25§1º da Lei 9.514/97.<sup>11</sup>

Logo, conclui-se que a propriedade fiduciária do credor fiduciário não é plena, mas sim, limitada. O seu limite decorre de ser ela resolúvel, desde que feito o pagamento da dívida pelo devedor fiduciante.

Realizado o pagamento do débito, o fiduciário deverá, no prazo de trinta dias, fornecer o termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor desse, de 0,5% ao mês, sobre o valor do contrato.

O Oficial do Registro de Imóveis, à vista do termo de quitação, promoverá o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

Determinada a reintegração, a efetivação da sentença se dá pelo mandado de reintegração, fase consecutiva e sincrética ao trânsito em julgado da decisão de procedência. A efetivação desse mandado, quando a entrega é de bens imóveis, é de simples visualização:

---

<sup>11</sup> MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação Fiduciária da lei n. 9.514/ 97: Modelos legislação*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 76.

basta retirar o esbulhador do imóvel, restaurando a posse do esbulhado. A efetivação da reintegração de bens móveis, porém, pode se mostrar mais complicada, porque pode vir a depender de atuação positiva do esbulhador, pois pode ser que não se consiga encontrar a coisa e retomar-lhe a posse, sendo necessária a entrega pelo esbulhador.<sup>12</sup>

Sendo o caso, se o esbulhador se negar a entregar a coisa, como compeli-lo ao cumprimento? Como o rito da possessória é ordinário desde a citação, seu cumprimento pode ser feito com uso das medidas do artigo 461-A, § 3º, eis que se trata de obrigação de dar, sendo que esse remete ao artigo 461 do CPC, cujo § 5º é especialmente relevante:

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. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

[...]§ 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. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

Observando-se o inadimplemento da obrigação de pagar pelo devedor no vencimento, a Lei nº9.514/97 estabeleceu procedimentos bastante ágeis, visando à segurança do crédito, em favor do credor.

Em síntese, havendo o inadimplemento do devedor fiduciário, por não observância de regra inerente à forma, data ou lugar a ser realizado o pagamento, podem ser observadas

---

<sup>12</sup> MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação Fiduciária da lei n. 9.514/ 97: Modelos legislação*, São Paulo: Saraiva, 1998, p.90.

4(quatro) fases distintas: (1) intimação para purgação da mora; (2) consolidação de plena propriedade em nome do credor- fiduciário; (3) leilão extrajudicial e (4) reintegração de posse, as quais serão analisadas separadamente.

Dessa feita, é possível depreender que o simples inadimplemento da obrigação do devedor fiduciante não consolida a propriedade do bem nas mãos do credor, isto porque diante do inadimplemento do devedor, o credor não só é obrigado a se submeter à possibilidade de purgação da mora do devedor bem como pode também apenas renunciar a garantia a que corresponde o imóvel.

Preceitua o artigo 26 da Lei n 9.514/97 que, vencida e não paga, no todo ou em parte, a constituição em mora do devedor ocorrerá da seguinte forma: O fiduciante ou seu representante legal ou procurador será intimado a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de 15 dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionados, as penalidades e demais encargos contratuais e legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

Exige-se intimação pessoal do fiduciante (ou de seu representante legal), podendo ser promovida pelo Oficial do Registro de Imóveis ou Oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca em que se situe o imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la. Pode ainda ser a intimação feita pelo correio, com aviso de recebimento.

O requerimento de constituição da mora deve necessariamente, por força do art.614 CPC, ser instruído com demonstrativo de débito atualizado até a referida data, com discriminação do valor principal, dos juros e demais encargos fixados contratualmente.

Não sendo encontrado o devedor ou seu representante, por estar em outro local, ou ainda em local incerto e não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo ao oficial competente realizar a intimação por edital, publicado por 3 dias, em um dos jornais de maior circulação local ou noutra de comarca de fácil acesso, se na localidade não houver imprensa diária.

Relativamente à notificação para a constituição em mora, observa-se a ementa do agravo de instrumento, cujo conteúdo foi a seguinte: “Alienação fiduciária de imóvel. Notificação para constituição em mora. Necessidade de indicação precisa dos valores em atraso, inclusive juros e penalidades exigidas. Peculiaridades da hipótese “sub judice”. Código de Defesa do Consumidor.” (AI nº 716.405-0-3 TJ/SP– voto 6.472).

Efetuada a purgação da mora no prazo legal, convalida-se o contrato de alienação fiduciária.

Não havendo a purgação da mora, ocorre a consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário. É o que se verifica do art. 26, da Lei nº 9.514/97, que dispõe: “vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos desse artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.”

A consolidação da propriedade, até então resolúvel, nas mãos do credor, com base no art.26§7º da Lei 95.14/97, gera a obrigação de pagar o imposto de transmissão dos bens imóveis inter vivos (ITBI), tendo em vista que até o referido momento o credor fiduciário somente possuía a propriedade resolúvel do bem com mero fim de garantir o cumprimento da obrigação creditícia, o que é alterado quando há a consolidação da propriedade nas mãos do credor que a partir de então passa poder usar, gozar e dispor livremente dessa propriedade plena.

## CONCLUSÃO

Após essa análise consistente do instituto da alienação fiduciária em garantia e sua aplicação no ordenamento jurídico nacional, bem como dos institutos correlatos relacionados as diversas espécies de garantia pessoais e reais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, é possível afirmar que atualmente tal espécie contratual mostra-se como a mais eficiente forma de assegurar o direito de crédito do credor fiduciário no que tange a ampliação na concessão de crédito à maior parte da população de classe média e baixa no Brasil , haja vista as inúmeras garantias previstas em lei, como forma de assegurar o ressarcimento do credor fiduciário no caso da mora/inadimplemento do devedor fiduciante.

A principal garantia do credor fiduciário na concessão de um crédito para um devedor fiduciante que pretende adquirir um imóvel ou somente conseguir crédito, é a transferência imediata ao credor fiduciário da propriedade resolúvel do imóvel e da posse indireta do mesmo.

A doutrina ainda é vacilante quanto a extensão dos benefícios concedidos por lei ao credor fiduciário, ora entendendo pela restrição de alguns direitos, tais como, restrição dos juros remuneratórios ao montante de 12% ao ano, haja vista a possibilidade de ocorrência de onerosidade excessiva, restrição do índice de atualização monetária ao IGPM em detrimento de outro índice contratual cuja aplicação seja prejudicial ao consumidor, proibição de capitalização de juros por instituições financeiras por ausência de previsão legal expressa,

proibição da cobrança da comissão de permanência, ora entendendo em sentido contrário, concedendo de forma ampla todos os direitos acima descritos:

A jurisprudência majoritária demonstra de forma explícita que, a despeito da controvérsia doutrinária, os Tribunais superiores tendem a interpretar os direitos dos credores fiduciários de forma extensiva em detrimento dos direitos dos devedores fiduciantes, o que do ponto de vista da população parece absurdo haja vista a dificuldade de acesso ao crédito.

Entretanto, tal posicionamento favorável principalmente às instituições financeiras possui como fim não só assegurar um controle político do crédito colocado à disposição principalmente dos integrantes da classe média e baixa da população brasileira, ora facilitando ora restringindo sua concessão, mas também e principalmente com o fim de assegurar que os investimentos realizados por instituições financeiras no país, tenham um retorno seguro e estável para que o capital proveniente de investidores estrangeiros não se esvaia para outras economias cujas garantias de lucratividade sejam maiores.

Além das críticas citadas ao longo deste artigo, alguns dispositivos legais merecem análises pontuais, como por exemplo, o art.26 da Lei n 9.514/97, que afirma que havendo a mora do devedor, esse será instado para a realização do pagamento integral da dívida e mais os consectários da mora em 15 dias, sob pena de consolidação da propriedade do imóvel nas mãos do credor.

Tal dispositivo é completamente anacrônico isto porque, se o devedor adquiriu um financiamento e por algum motivo não conseguiu pagar uma parcela do financiamento, é muito improvável que esse consiga pagar o valor integral da dívida e mais seus consectários da mora em tão curto espaço de tempo, desta feita, salvo nas hipóteses de reconhecimento de

adimplemento substancial, o devedor em mora que não consegue adimplir o valor integral da dívida perde o bem e o valor investido.

Ademais, em regra cabe ao devedor fiduciante a propositura de ação de ressarcimento, caso haja valor residual a ser devolvido abatendo-se a dívida e os consectários da mora, arcando também com o ônus da longa espera de uma decisão judicial.

Em contra partida, nesta situação ruim para o devedor fiduciante, o credor fiduciário permanece com dois créditos de grande liquidez, os valores já pagos pelo devedor, bem o direito de posse, uso, gozo e fruição do imóvel cuja a propriedade resolúvel se consolida em sua pessoa.

Portanto, ainda que reste evidente a importância das garantias criadas ao credor fiduciário em um contexto macroeconômico, as mesmas garantias diminuem a relevância social do instituto da alienação fiduciária em garantia, que justamente foi incorporado ao ordenamento pátrio com o fito de facilitar o acesso ao crédito e à casa própria pelas classes sociais menos abastadas da população brasileira.

## REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. *Paradigmas atuais do mercado*. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina 1998.

BELMONTE, Gecy. *Entidades que dão apoio ao SFI*. São Paulo: Jornal da Tarde, 1997.

CAMPO, Sueli; DANTAS, Vera. *Novas regras aumentam poder do mutuário: O Estado de São Paulo*, 1997.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 8 ed. São Paulo : Saraiva, 1993.

FONSECA, Rodrigo Garcia. *Considerações sobre o trust (fidúcia) no direito comparado*. V.334, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1996.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 3 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994.

MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação Fiduciária da Lei n. 9.514/97: modelos legislação*. São Paulo: Saraiva, 1998.

VAZ, Ubirayr Ferreira. *Alienação Fiduciária de Imóveis em Garantia: Reflexos da Lei nº 9.514/9 no Registro de Imóveis*. 2 ed. Porto Alegre: S. Fabris, 1998.