

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**SOPHIA VILAFRANCA SETTI**

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS EM GARANTIA: A DISTORÇÃO  
DO INSTITUTO E A VULNERABILIDADE DO DEVEDOR**

**SÃO PAULO**

**2021**

SOPHIA VILAFRANCA SETTI

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS EM GARANTIA: A DISTORÇÃO DO  
INSTITUTO E A VULNERABILIDADE DO DEVEDOR

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado  
como requisito para obtenção do título de Bacharel no  
Curso de Direito da Universidade Presbiteriana  
Mackenzie.

ORIENTADOR: Marcelo Fortes

SÃO PAULO

2021

SOPHIA VILAFRANCA SETTI

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS EM GARANTIA: A DISTORÇÃO DO  
INSTITUTO E A VULNERABILIDADE DO DEVEDOR

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado  
como requisito para obtenção do título de Bacharel no  
Curso de Direito da Universidade Presbiteriana  
Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

---

Examinador(a):

---

Examinador(a):

---

Examinador(a):

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu orientador Marcelo Fortes por aceitar conduzir o meu trabalho. A todos os meus professores do curso pela excelência e qualidade técnica de cada um.

Agradeço a minha mãe, Andrea, que sempre esteve ao meu lado, me apoiando ao longo de toda a minha trajetória. Agradeço também aos meus irmãos: Giuliano, Pietra, Catterina e Enrico, que sempre torcem por mim.

Agradeço por todos os obstáculos e pessoas que a Universidade Presbiteriana Mackenzie colocou no meu caminho. Agradeço ao time de rugby feminino do direito Mackenzie por ter completado a minha faculdade. Também agradeço ao time de basquete, a todas as minhas grandes amigas, principalmente a Andressa.

## RESUMO

O presente artigo tem como tema o instituto legal da alienação fiduciária, especificamente alienação fiduciária de bens imóveis em garantia. A intenção é, a partir de análises da legislação e da doutrina referentes ao tema, demonstrar como este dispositivo teve sua finalidade distorcida com o passar do tempo; a alienação fiduciária passou de uma nova possibilidade para financiamento de imóveis – vinda em uma época de muita incerteza no mercado imobiliário – para uma forma de instituições bancárias terem seus riscos de prejuízo reduzidos a quase zero. Para isso, conforme será explicado neste artigo, foram deixados de lado princípios fundamentais da Constituição Federal e da legislação brasileira como um todo, colocando o devedor, que já está em natural desvantagem nesse tipo de negócio jurídico, em uma posição de vulnerabilidade legalizada.

**Palavras-chave:** Alienação fiduciária; alienação de bens imóveis em garantia; vulnerabilidade do devedor; distorção de dispositivos legais; instituições bancárias; direitos constitucionais;

## **ABSTRACT**

This article has as its theme the legal institute of fiduciary alienation, specifically fiduciary alienation of real estate as collateral. The intention is, based on analysis of legislation and doctrine related to the theme, to demonstrate how this institute has had its purpose distorted over time; fiduciary sale went from a new possibility for real estate financing – coming at a time of great uncertainty in the real estate market – to a way for banking institutions to have their risk of loss reduced to almost zero. To this purpose, as it will be explained in this article, fundamental principles of the Federal Constitution and of Brazilian legislation as a whole have been set aside, placing the debtor, who is already at a natural disadvantage in this type of legal business, in a position of legalized vulnerability.

**Keywords:** Fiduciary alienation; sale of real estate as collateral; debtor's vulnerability; distortion of legal provisions; banking institutions; constitutional rights;

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1. O surgimento da alienação fiduciária na legislação brasileira</b> .....	8
<b>1.1. A década de 90 no Brasil, Plano Real e incertezas quanto ao financiamento imobiliário</b> .....	10
<b>2. A mudança no financiamento imobiliário brasileiro</b> .....	11
<b>2.1. Hipoteca</b> .....	11
<b>2.2. Alienação fiduciária como opção para aquisição de bens imóveis</b> .....	12
<b>2.3. A diferença entre os dispositivos</b> .....	14
<b>3. Distorção do instituto para benefício das instituições bancárias</b> .....	15
<b>3.1. Os direitos fundamentais na Constituição e a gravidade de infringi-los</b> .....	16
<b>4. Direitos fundamentais deixados de lado pela Lei 9.514/97</b> .....	19
<b>4.1. O contrato de alienação fiduciária</b> .....	20
<b>4.2. Princípios e direitos fundamentais ignorados</b> .....	24
<b>4.2.1. Uso empresarial da alienação fiduciária de bem imóvel</b> .....	26
<b>4.3. Lei 13.465/17 e novo entendimento jurisprudencial</b> .....	27
<b>CONCLUSÃO</b> .....	30
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:</b> .....	32

## INTRODUÇÃO

Durante o século XX, em especial após 1988, ano da promulgação da atual Constituição Federal, os brasileiros dispunham de uma série de possibilidades de contrato no tocante à aquisição de bens, em especial bens imóveis. No entanto, apesar de o Brasil, em comparação com outros países, facilitar os negócios imobiliários para parte da população, é imprescindível lembrar dos diversos momentos de instabilidade financeira já vividos pelo país. Isso, por sua vez, tornava difícil a aquisição de bens imóveis ou, no mínimo, a quitação das parcelas de seus contratos, visto que, às vezes de um momento para o outro, era impossível para a maioria dos cidadãos ter certeza de que poderiam arcar com o gasto que antes lhes parecia confortável.

Foi em meados de um destes vários momentos de crise que, em 1997, surgiu o que hoje se conhece como alienação fiduciária de bens imóveis em garantia, incorporada pela legislação visando facilitar a aquisição de bens imóveis pelos cidadãos enquanto, ao mesmo tempo, era uma garantia eficaz para o recebimento do crédito pelas instituições bancárias.

Diante da possibilidade de uma retomada do bem pelo credor fiduciário nos casos de inadimplementos e descumprimento contratual mais rápida que nas garantias previamente existentes, como a hipoteca, o assunto ganhou, com o tempo, um espaço considerável de discussão no mundo jurídico. Isso se dá pelo fato da moradia ser um direito fundamental no Brasil, principalmente após a Constituição Federal de 1988. Desta forma, qualquer retirada deste direito pode causar impacto mundo dos negócios jurídicos.

É justamente sobre este debate que o presente artigo tem o objetivo de discutir, contextualizando a introdução da alienação fiduciária à legislação brasileira, o momento vivido pelo país na época, os benefícios que o dispositivo trazia tanto para cidadãos quanto para instituições financeiras. Sem esquecer, no entanto, de abordar os riscos que este tipo de contrato apresenta ao que coloca como devedor: o cidadão.

### **1. O surgimento da alienação fiduciária na legislação brasileira**

Antes de contextualizar a introdução da alienação fiduciária de bens imóveis em garantia à legislação brasileira, cabe um momento para defini-la brevemente.

Sobre o conceito básico de alienação fiduciária, Maria Helena Diniz (2004) diz:



Alienação fiduciária em garantia consiste na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível (CC, art. 1361) ou de um bem imóvel (Lei nº 9514/97, arts. 22 a 33), como garantia do seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida.

Basicamente, a alienação fiduciária é um contrato que constitui um direito real que proporciona um acessório como garantia; neste caso, fornece-se uma propriedade como garantia de uma obrigação principal. Vale lembrar que, na redação original do Código Civil de 2002, havia previsão de alienação fiduciária apenas para bens móveis infungíveis, o que pode ser visto conforme a redação dada pelo art. 1.361, *in verbis*:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

§ 1º—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.

§ 2º—Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

§ 3º—A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.<sup>1</sup>

Pode-se dizer que a alienação fiduciária em garantia estabelece uma propriedade resolúvel em nome do credor, porém, é o devedor quem fica em posse da coisa dada em garantia, e, uma vez quitada a dívida, a propriedade passa para seu nome. Caso a obrigação venha a ser inadimplida, no entanto, a lei prevê mecanismos para a satisfação deste crédito. Fábio Ulhoa Coelho (2012) versa sobre tema em sua doutrina:

Por esse contrato, cujas raízes se encontram no direito romano (Restiffe Neto, 1975:1), o credor (fiduciário) se torna titular da propriedade resolúvel da coisa e seu possuidor indireto, enquanto o devedor (fiduciante) é investido na condição de possuidor direto e depositário (CC, arts. 1.361, § 2º, e 1.363). Cumprida a obrigação que esse tem perante aquele, opera-se a resolução da propriedade: o sujeito que era devedor passa a ser o proprietário pleno e único possuidor da coisa, e o que era credor deixa de titularizar qualquer direito real

<sup>1</sup> Redação dada pelo Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002).

sobre ela. Não cumprida a obrigação, porém, tem o credor instrumentos ágeis e eficazes para ver satisfeito seu crédito. Sendo o proprietário e possuidor indireto do bem objeto da alienação fiduciária em garantia, o credor pode, nas condições da lei, obter a consolidação da propriedade, vendê-lo e pagar-se com o produto da venda.

A introdução da alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro ocorreu, num primeiro momento, por meio da lei 4.728 de 14 de julho de 1965, que disciplinava o mercado de capitais em geral. Posteriormente, houve o decreto-lei 911, de 1º de outubro de 1969, o qual, por sua vez, aperfeiçoou a definição e a aplicabilidade do instituto.

No entanto, foi apenas a lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, vinda três décadas depois, que instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel, dispondo que a alienação fiduciária regulada seria o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrataria a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.<sup>2</sup>

É importante, no entanto, fazer um recorte histórico do momento em que tal instituição se deu, a fim de melhor compreender sua finalidade inicial e como ela veio a ser distorcida ao longo dos anos.

### **1.1. A década de 90 no Brasil, Plano Real e incertezas quanto ao financiamento imobiliário**

Antes de mais nada, é importante mencionar que o sistema de financiamento imobiliário Brasileiro foi iniciado de forma tardia em comparação com outros países – na década de 60, com a aprovação da Lei nº 4.380/64 e os institutos criados por ela, dentre eles a correção monetária, cujo objetivo era possibilitar que o mercado imobiliário se abrisse e gerar financiamentos de longo prazo. Antes disso, o financiamento habitacional no Brasil era feito somente pela Caixa Econômica e por institutos de previdência, e, portanto, oferecido a uma parcela limitada da população.

Porém, o cenário mudou a partir disso, e, com a chegada da década de 1980, as associações de poupança e empréstimo e as sociedades de crédito imobiliário foram substituídas por bancos com a chegada da década de 1980, na concessão de novos financiamentos.

---

<sup>2</sup> Conforme a Lei 9.514/97 art. 22.

No entanto, o fim da década de 1980 trouxe um aumento expressivo na inflação no Brasil, e mudanças na moeda do país desestruturaram todo o sistema, em especial o Plano Collor, em 1990, que bloqueou todos os ativos financeiros do sistema econômico brasileiro. De acordo com dados da Abecip<sup>3</sup>, havia uma poupança de 30 bilhões de dólares para as operações de crédito imobiliário, e cerca de 60% desse valor ficou bloqueado pelo Banco Central, enquanto metade dos 40% restantes foi retirada pelos cidadãos a fim de manter sua subsistência.

Desta forma, as operações de financiamento imobiliário foram muito prejudicadas, e os índices de inadimplência cresceram muito. Foi uma época de muita incerteza na economia brasileira, principalmente após o Plano Real, iniciado em 1994. E, como consequência da inadimplência habitacional, diversos processos excessivamente onerosos precisaram ser iniciados, pois as garantias que existiam para o financiamento imobiliário na época eram pouco efetivas para o mercado, em especial a hipoteca, que será abordada em detalhes no tópico à frente.

Foi neste contexto que a Lei 9.514 foi criada, visando a aquisição de bens imóveis sem a necessidade do uso das garantias até então disponíveis, pelas razões citadas acima, mas também pela facilidade que a alienação fiduciária oferecia na retomada do bem para a quitação do crédito concedido.

## **2. A mudança no financiamento imobiliário brasileiro**

### **2.1. Hipoteca**

A hipoteca é um tipo de garantia real, atualmente regulada pelos arts. 1.473 a 1.505 do Código Civil de 2002. Porém, ela já existia no Código anterior. Hipotecar um imóvel significa disponibilizá-lo como garantia de uma determinada obrigação, em favor de um credor. Logo, a garantia dessa obrigação é o valor do imóvel gravado pela hipoteca, o que significa dizer que a garantia é fundada necessariamente no imóvel.

A professora Maria Helena Diniz (2009) define a hipoteca da seguinte maneira:

---

<sup>3</sup> Fonte: ABECIP. 2º Prêmio Abecip de Monografia em Crédito imobiliário e Poupança: Alternativas e soluções para o financiamento de imóveis de interesse social.

[...] direito real de garantia de natureza civil, que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende por hipotecável, pertencente ao devedor ou a terceiro, sem transmissão de posse ao credor, conferindo a este o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se, preferentemente, se inadimplente o devedor. É, portanto, um direito sobre o valor da coisa onerada e não sobre sua substância.

Assim como outros direitos da mesma natureza, a hipoteca é acessória a uma garantia e indivisível. Vale lembrar, também, que, além das normas estruturais estabelecidas pelo Código Civil, a Lei dos Registros Públicos também confere à hipoteca a necessária instrumentalidade, de forma que ela não pode ser realizada sem as formalidades de ambos os diplomas legais, além dos ritos processuais estabelecidos pelo Código de Processo Civil.

Porém, apesar de ajudar a viabilizar menores taxas e mesmo a aprovação do crédito para o devedor – visto que há uma garantia de seu pagamento –, e oferecer mais segurança para o credor em relação à possível inadimplência, a hipoteca não prevê que a posse desse bem imobiliário seja transferida para o credor quando o empréstimo for contraído. Ao invés disso, ela dá à instituição financeira que aceitou o imóvel como garantia o direito de entrar com uma ação judicial para reivindicá-lo caso haja inadimplência por parte do devedor.

O que ocorre, na prática, é que o credor ganha o direito de penhora do imóvel e sua posterior venda, para suprir a dívida deixada pelo devedor com o dinheiro arrecadado. Porém, este processo, além de oneroso, sempre foi muito longo, o que não atendia às necessidades das instituições financeiras. Devido aos custos das ações e o tempo para sua finalização, poderia ocorrer inclusive uma desvalorização do imóvel hipotecado, o que trazia prejuízo aos bancos.

## **2.2. Alienação fiduciária como opção para aquisição de bens imóveis**

Diante desta situação, com a Lei 9.514, em 1997, a alienação fiduciária de bens imóveis surgiu como opção no mercado imobiliário. Pode-se dizer que um dos principais motivos pelo qual ela foi instituída foi justamente a dificuldade e a morosidade processo de execução hipotecária. O que se buscava, à época, era uma garantia por meio da qual fosse possível uma rápida recuperação do capital investido em caso de inadimplência dos compradores, visto que este sempre foi o principal obstáculo para as instituições financeiras.

A Lei 9.514/97 veio para facilitar esse processo para os credores, pois permitia mecanismos mais eficientes de resgate do valor devido do que o oferecido pelas garantias tradicionais.

Por meio da alienação fiduciária em garantia, transfere-se ao credor – ou fiduciário –, uma propriedade limitada, pois ele não pode exercer os direitos de uso e gozo, visto que estes permanecem com o devedor – denominado, agora, fiduciante – o qual também mantém a posse direta do bem até a extinção do contrato, com o adimplemento da obrigação principal, quando o bem retorna a seu patrimônio.

Sobre o assunto, o autor Silvio Venosa (2009) comenta:

(...) o instituto, tal como descrito em nossa lei, agora tanto para móveis como para imóveis, tem por finalidade primordial proporcionar maior facilidade ao consumidor na aquisição de bens, e garantia mais eficaz ao financiador, protegido pela propriedade resolúvel da coisa financiada enquanto não paga a dívida, proporcionando-lhe o legislador instrumentos processuais eficientes.

Em continuidade, no ano de 2002 a chamada propriedade fiduciária ingressou no rol de direitos reais do art. 1.225 do Código Civil, constando de forma implícita no inciso I, como propriedade resolúvel, tema sobre o qual os escritores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008), dissertam:

(...) não podemos negar o fato de a propriedade fiduciária ser verdadeiro direito real de garantia, assim como hipoteca e penhor. Contudo, tratando-se de uma nova roupagem de direito de propriedade, preferimos estudar este modelo jurídico ao lado das demais formas diferenciadas de propriedade, como a propriedade resolúvel, aparente e superficiária.

Por fim, em 2004 entra em vigor a Lei nº 10.931/04, que dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, letra de crédito imobiliário, cédula de crédito imobiliário e cédula de crédito bancário, incluindo ainda, o dispositivo 1.368-A do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.368. O terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária.

Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)<sup>4</sup>

Portanto, entende-se que, na alienação fiduciária, quem aliena a propriedade é o próprio devedor ou fiduciante, pois, caso este não consiga arcar com o financiamento contratado, a propriedade do imóvel que serve de garantia ficará consolidada em nome do credor. Da mesma forma, no registro imobiliário constará como proprietário fiduciário o credor. A partir da constituição da propriedade fiduciária, há o desdobramento da posse, fazendo com que o fiduciante se torne possuidor direto, e o fiduciário, indireto, do imóvel.

### **2.3. A diferença entre os dispositivos**

Como visto nos tópicos acima, a diferença significativa entre hipoteca e alienação fiduciária é que a hipoteca não prevê a transferência da propriedade do bem imobiliário ao banco de forma automática, enquanto a alienação fiduciária o faz. Financiando um imóvel por meio dela, o devedor pode ocupar o imóvel, seja para moradia ou atividade profissional, usufruindo do mesmo para seu proveito da maneira como preferir, porém, a propriedade permanece alienada ao credor até que toda a dívida adquirida com sua compra seja quitada.

Desta forma, utilizando-se da alienação fiduciária nos contratos de financiamento, as instituições financeiras puderam, finalmente, evitar os longos processos na Justiça em caso de inadimplência do devedor, que a hipoteca as obrigava a enfrentar. Na alienação, a propriedade do imóvel já é da instituição, bastando, portanto, que ele a retome e coloque a propriedade em leilão para cobrir a dívida deixada pelo devedor.

Para o escritor Caio Mario Pereira (2003), o instituto da alienação em garantia se materializa com a transferência da propriedade do bem pertencente ao devedor fiduciante ao credor fiduciário, sob a condição resolutive que é o adimplemento da dívida, senão vejamos:

De sua conceituação legal resulta que é um negócio jurídico de disposição condicional. Subordinado a uma condição resolutive, porque a propriedade fiduciária cessa em favor do alienante, uma vez verificado o implemento da condição resolutive, não exige nova declaração de vontade do adquirente ou do alienante, nem requer a realização de qualquer novo ato. O alienante, que

---

<sup>4</sup> Redação dada pelo Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002).

transferiu fiduciariamente a propriedade, readquire-a pelo só pagamento da dívida.

Do mesmo modo, o escritor Melhim Nemem Chalhub (2009) descreve a alienação fiduciária como um título constitutivo de propriedade resolúvel:

Ao ser contratada a Alienação Fiduciária, o devedor fiduciante transmite a propriedade ao credor fiduciário e, por esse meio, demite-se do seu direito de propriedade; em decorrência dessa contratação, constitui-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel; por força dessa estruturação, o devedor fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e pode tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal.

É possível extrair dos conceitos citados que a alienação fiduciária é um dispositivo que estabelece uma relação fundada em temporariedade e a transitoriedade, onde o credor adquire o imóvel não com o propósito de mantê-lo como sua propriedade, em caráter perpétuo e exclusivo, mas com a finalidade de ter uma garantia financeira, mantendo o bem sob seu domínio até que o devedor fiduciante pague a dívida. Com a criação da Lei 9.514/97, finalmente houve um aumento da quantidade de financiamentos em virtude da segurança proporcionada às instituições financeiras para reaver o crédito cedido.

Isto, no entanto, considerou a segurança dos bancos em detrimento de direitos essenciais, talvez até fundamentais, do cidadão, como há de ser explicitado em sequência.

### **3. Distorção do instituto para benefício das instituições bancárias**

A possibilidade da alienação fiduciária para a aquisição de bens imóveis foi bem recebida pelo mercado imobiliário, tanto pelas instituições financeiras quanto pelos interessados em adquirir imóveis, em um primeiro momento. Porém, na realidade, o que passaria a acontecer daquele momento em diante era o seguinte: ao se constituir a alienação fiduciária, a propriedade do imóvel era transferida para o credor, ficando o devedor na simples posse direta do bem por todo o período que durasse o financiamento, só voltando a ser o proprietário do imóvel após a dívida ser paga de forma integral, conforme já explicado neste trabalho anteriormente. Porém, caso o devedor deixasse de quitá-la, o próprio Cartório de

Registro de Imóveis notificaria o devedor para constituí-lo em mora e, caso persistisse a inadimplência, a propriedade do bem seria consolidada em favor do credor, que poderia simplesmente realizar a venda do imóvel através de um leilão particular. Isto significa dizer, em palavras simples, que todo o trâmite de execução da garantia passou a se dar na esfera extrajudicial, diferente da hipoteca, que obrigava o credor a ingressar judicialmente contra o devedor para tomar de volta o imóvel não quitado.

No entanto, na aplicação da lei, como se sabe, deve-se levar em consideração a finalidade da mesma, para exigir do aplicador uma coerência do sistema jurídico. E o problema com a forma como a alienação fiduciária de bens imóveis acaba sendo utilizada na prática é que não se pode admitir como lícita a prática de um ato autorizado por uma regra, mas que, ao mesmo tempo, viola outra regra até mais importante que a própria. No caso aqui, pode-se dizer que as instituições bancárias utilizam indevidamente a lei 9.514/97 para fraudar as garantias constitucionais e o próprio Código Civil e o Código de Processo Civil, os quais sempre garantiram ao devedor hipotecário – e igualmente ao fiduciante – o acesso à Justiça e o exercício do contraditório e da ampla defesa através de processo judicial.

Ademais, por meio do instituto como foi concebido, as instituições bancárias acabam por também conseguirem, de forma velada, desrespeitar preceitos imperativos que fundamentam a República Federativa do Brasil, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), o direito à moradia e a proteção da família (art. 226, CF). Tais incoerências com a Carta Magna são essencialmente problemáticas, vejamos a seguir em detalhes.

### **3.1. Os direitos fundamentais na Constituição e a gravidade de infringi-los**

Primeiramente, cabe uma digressão necessária sobre o que são direitos fundamentais, e por que qualquer norma que os desrespeite de qualquer maneira poderia, por isso apenas, ser considerada inconstitucional.

Direitos fundamentais são aqueles disciplinados pelos arts. 5º a 17º da Constituição Federal. Eles possuem características que, além de definirem a qual dimensão pertencem, têm como maior objetivo definir a aplicabilidade e a efetividade deste direito a um caso concreto. Sobre este assunto, o escritor Antônio Pacheco menciona em sua obra que os direitos fundamentais podem ser caracterizados como históricos, universais, limitados, concorrentes, irrenunciáveis, inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis (PACHECO, 2013).



Em primeiro lugar, a historicidade é notória pelo fato de que os direitos fundamentais são fruto de um processo histórico longo e complexo, influenciado por ideais políticos, culturais e religiosos a todo momento. Sobre tal característica, Bobbio (1992), desde antes da criação da alienação fiduciária de bens imóveis em garantia, comenta:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Além de os direitos fundamentais passarem por uma lenta evolução conforme passaram as décadas, é certo afirmar que eles continuam em constante mudança e aperfeiçoamento, moldando-se às novas necessidades – tanto individuais quanto sociais –, que também sofrem mutações com o passar do tempo e das gerações. Além disso, as conquistas positivadas por meio dos direitos fundamentais não podem retroceder, e isso se dá justamente por eles serem cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988, o que significa que sempre houve interesse primordial em protegê-los.

A universalidade dos direitos fundamentais indica que eles são destinados a todos, de forma universal, não havendo distinção a grupos ou momentos históricos – são inerentes a própria existência humana. A concorrência é vista em momentos em que um cidadão está à frente de mais de direito fundamental a seu favor, e pode cumulá-los de acordo com a sua necessidade. Isso porque os direitos fundamentais coexistem, bastando que haja proporcionalidade no momento da sua aplicação, pois o que visam é justamente a máxima efetividade em favor do cidadão brasileiro. E esta ideia também pode ser aplicada para evitar conflitos entre direitos fundamentais, uma vez que um direito não vale mais que outro, utilizando-se da razoabilidade no momento da sua aplicação, sem sacrificar nenhum outro.

Outra característica importante de mencionar neste trabalho é a irrenunciabilidade, a qual é definida pelo escritor José Joaquim Canotilho (1998), também desde antes deste século, da seguinte forma:

Embora se admitam limitações voluntárias de direitos específicos em certas condições, não é possível renunciar a todos os direitos fundamentais. Além de estar sujeita a revogação a qualquer tempo, a renúncia deve guardar razoável relação com a finalidade pretendida com a mesma.

Ao utilizar o termo “limitação”, o autor objetiva citar que existe a possibilidade de um direito fundamental não ser aplicado, mas ele jamais será renunciado, em decorrência de sua irrenunciabilidade. A qual, por sua vez, é bastante similar à inalienabilidade e à imprescritibilidade, outras características dos direitos aqui estudados. A primeira significa que um direito fundamental não pode ser alienado, justamente por não deter caráter econômico ou patrimonial, enquanto a segunda denota que um direito fundamental pode ser exercido a qualquer momento da vida, pois, uma vez que são todos imprescritíveis, nenhum deles jamais perderá sua aplicabilidade.

Por fim, para Antônio Pacheco, a característica da indisponibilidade encontra correspondência, principalmente, com a dignidade da pessoa humana, fortemente abarcada pela Constituição de 1988. Trata-se de uma característica que não permite que um direito fundamental seja substituído por outro, sendo inerente à natureza do próprio indivíduo, permitindo-se uma aplicação proporcional frente a outro direito conflito, entretanto, não permitindo o seu afastamento ou renúncia.

Dito isto, passamos ao fato de que os direitos fundamentais são divididos nas chamadas gerações, ou, como prefere a doutrina atual, dimensões. Essa divisão decorre da ordem cronológica dos processos históricos que reconheceram tais direitos como fundamentais. Pode-se citar o posicionamento do escritor Ingo Sarlet (2012):

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno direito internacional dos Direitos Humanos.

Para o presente trabalho, não serão analisadas todas as dimensões dos direitos fundamentais em detalhes, mas se dará um foco maior à primeira, na qual se encontram os direitos em jogo na questão polêmica da alienação fiduciária em garantia

Os direitos fundamentais de primeira dimensão trazem à tona justamente o processo histórico pelo qual tais direitos passaram até se consolidarem como são. Mais especificamente, relembram o momento em que surgiram as primeiras manifestações de apoio a seu reconhecimento.

Desta forma, é possível dizer que estes direitos são representativos da ordem individual da pessoa humana, personalíssimos, que visam limitar o poder do Estado frente ao cidadão, como direitos de defesa; trata-se de direitos oponíveis ao Estado, o que significa dizer que eles constituem direitos de resistência e oposição a eventuais ações lesivas do próprio Estado.

Dando um panorama geral sobre esta questão específica, Paulo Bonavides (2013), comenta:

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

Portanto, como exemplo dos direitos fundamentais de primeira dimensão, podemos citar a vida, a liberdade, a intimidade, igualdade de todos perante a lei, direitos civis e políticos e, o que mais importa para o estudo realizado aqui, a propriedade.

Porém, este trabalho também abordará o princípio fundamental do devido processo legal, disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. Embora não seja um direito fundamental da primeira dimensão, ele é deveras relevante quando se discute a vulnerabilidade do devedor frente a alienação fiduciária de bens imóveis.

Tais relações serão aprofundadas no tópico a seguir.

#### **4. Direitos fundamentais deixados de lado pela Lei 9.514/97**

Já tendo versado sobre como a alienação fiduciária de bens imóveis em garantia surgiu na legislação brasileira e descrito brevemente a relevância dos direitos fundamentais para a

Constituição Federal de 1988, vamos agora analisar por que a Lei 9.514/97 coloca para escanteio princípios fundamentais previstos na Constituição.

Para isso, no entanto, cabe uma análise de como funciona o contrato da alienação fiduciária de bens imóveis propriamente dito.

#### **4.1. O contrato de alienação fiduciária**

As partes contratantes deste tipo de negócio são o credor – fiduciário – e o devedor – fiduciante. O primeiro é aquele que adquire a propriedade, e o segundo, o que aliena o bem em garantia para pagamento de uma dívida. A contratação não é restrita às entidades que operam o Sistema Financeiro Imobiliário; ao contrário, o legislador deixou claro que qualquer pessoa física ou jurídica pode fazê-la, conforme o art. 22:§ 1º da Lei 9.514/97:

A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

I - Bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;

II - O direito de uso especial para fins de moradia;

III - O direito real de uso, desde que suscetível de alienação;

IV – A propriedade superficiária;<sup>5</sup>

A obra de Melhim Namem Chalhub (2009) aprofunda este entendimento referente à generalidade das partes destes contratos, ao sintetizar que os particulares também estão legitimados a figurar no contrato como credores fiduciários:

Diferentemente, a Lei nº9.514 de 1997, que instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário e disciplinou a Alienação Fiduciária em garantia sobre bens imóveis, atribuiu legitimidade para contratação dessa alienação a qualquer pessoa, quer física, quer jurídica, não restringindo às entidades que operam no mencionado Sistema. Com a generalização, o legislador deixa clara sua intenção de dotar o setor imobiliário, em toda a sua amplitude, de um novo instrumento para dinamização de suas atividades, em atenção à sua função multiplicadora na economia e à sua capacidade de geração de empregos em

---

<sup>5</sup> Redação dada pela Lei 9.514/97.

larga escala, e, em especial, viabilizar o funcionamento do mercado secundário de créditos imobiliários.

Sobre a formalização do contrato, o artigo 23 da lei 9.514/97 dispõe que “constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título”, e complementa que “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”.

Diante disso, podemos dizer que a alienação fiduciária deve ser realizada por meio de um contrato, que precisa ser registrado junto ao cartório de registro de imóveis competente, para que passe a existir, assim, a propriedade fiduciária. Quanto à forma, pode ser mediante escritura pública ou instrumento particular, conforme o que diz o art.38 da Lei 9.514/97. Chalhub (2009) comenta sobre esta possibilidade também:

A lei não faz restrição alguma quanto as modalidades de contrato passíveis de ser formalizados mediante instrumento particular em relação à Lei nº9.514/97; ao contrário, estende a possibilidade de formalizar por instrumento particular a todos os atos e contratos referidos nesta lei resultantes de sua aplicação. Assim, quando resultantes da referida lei, podem ser celebrados por instrumento particular a compra e venda, a promessa de venda, a hipoteca, a caução de direitos aquisitivos, a cessão fiduciária, a Alienação Fiduciária, enfim, os atos e contratos relacionados à comercialização de imóveis e à constituição de garantias imobiliárias previstas na Lei 9.514/97, ou resultantes dela. Anote-se, ademais, que tais operações –o financiamento, a compra e venda e a Alienação Fiduciária, ou o empréstimo compacto adjeto de Alienação Fiduciária –são inequivocamente vinculados, não tendo nenhuma delas existências autônomas, mas todas dependentes umas das outras; trata-se de contratos coligados, já que se não houver financiamento não haverá compra e venda e se não houver está o tomador do financiamento não será titular do imóvel que em seguida alienará fiduciariamente ao financiador, pois todas essas operações tem como objeto a compra e venda com financiamento e Alienação Fiduciária. Portanto a compra e venda, desde que com financiamento nas condições do sistema de financiamento imobiliário, é resultante da aplicação da Lei 9.514/97 e, conseqüentemente, pode ser formalizada por instrumento particular.

Na sequência, o artigo 24 da Lei 9.514/97 elenca requisitos imprescindíveis a celebração do negócio:

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

- I - o valor do principal da dívida;
- II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;
- III - a taxa de juros e os encargos incidentes;
- IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;
- V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;
- VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
- VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.<sup>6</sup>

É uma peculiaridade dos contratos de alienação fiduciária, também, um termo final, que nada mais é do que uma data prevista para sua extinção. Este tipo de contrato pode ser finalizado pelo pagamento integral da dívida e seus respectivos encargos, cancelando-se o registro da propriedade fiduciária (arts. 25 §§ 1º e 2º e 26 §§ 1º ao 8º, ambos da Lei 9.514/97) ou pelo inadimplemento, situação em que será consolidada a propriedade do bem ao credor fiduciário.

Na hipótese de pagamento integral da dívida, a lei estabelece, no § 1º do art. 25 estabelece prazo de trinta dias para que o credor entregue ao devedor o termo de quitação, comprovando o pagamento integral da dívida. Caso o termo não seja entregue dentro do prazo, a contar da data de liquidação da dívida, poderá haver pena de multa em favor do devedor. A multa prevista é de meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato, *in verbis*:

Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

§ 1º No prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato.

§ 2º À vista do termo de quitação de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Redação dada pela Lei 9.514/97.

<sup>7</sup> Idem.

Melhim Namem Chalhubelucida (2009) comenta da seguinte forma:

O pagamento é a condição para que a propriedade plena retorne ao fiduciante, pois na Alienação Fiduciária, o fiduciante transfere ao fiduciário a propriedade resolúvel do imóvel com o escopo de garantia, assim permanecendo até que seja paga a dívida. Alude, que; aplicam-se ao pagamento os princípios gerais previstos nos arts.304e seguintes do Código Civil, pelo que devem pagar o devedor principal (fiduciante) ou seus coobrigados, ficando estes, caso paguem, sub-rogados no crédito e na garantia fiduciária. O pagamento é o fato jurídico que extingue a obrigação e caracteriza o implemento da condição resolutiva, daí porque dispõe a lei que, com o pagamento da dívida, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel, devendo o fiduciário fornecer ao fiduciante o termo de quitação dentro de 30 dias; à vista do termo de quitação, o oficial do Registro de Imóveis competente cancela o registro da propriedade fiduciária, daí decorrendo a automática reversão da propriedade ao fiduciante.

Com o termo de quitação, a propriedade passa a ser plenamente do devedor, que poderá pleitear, junto ao Cartório de Registro de Imóveis, a devida retificação.

A outra hipótese de extinção do contrato – e mais relevante para este trabalho – é o inadimplemento. O artigo 26 § 1º da Lei 9.514/97 estabelece que “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”.

Como já visto em tópicos anteriores, o procedimento acontecerá de forma totalmente extrajudicial. Primeiramente, conforme elucida o artigo citado, deverá haver a constituição em mora do devedor, pois a comprovação da mora é requisito necessário a consolidação da propriedade ao credor. Assevera Cassetari (2013) ressalta a importância em cumprir os requisitos exigidos pela lei em sua obra:

Vencida e não paga, o devedor tem prazo de carência, definido no contrato, antes de ser intimado o devedor para constituição em mora. Passado o prazo de carência, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pessoalmente pelo oficial do RI do local do registro (ou escrevente não pode auxiliar). Este pode: Mandar intimar pessoalmente ou por escrevente; Intimar pelo correio por carta com aviso de recebimento; Encaminhar ao Títulos e Documentos para promover. Se a pessoa se encontrar em local incerto e não sabido, o oficial deve certificar o fato. Em virtude deste fato, poderá ser promovida a intimação por edital, publicado por 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.

Realizada a intimação, não purgada a mora e transcorrido o prazo de quinze dias, o credor promoverá a averbação na matrícula do imóvel da consolidação da posse (art. 26, §7º) que ocorrerá independente de qualquer intervenção judicial.

Consolidada a posse da propriedade ao credor, este não poderá permanecer com o bem imóvel, pois a lei que determina a venda deste imóvel. O que não muda nada para o devedor, visto que ele também não poderá permanecer no imóvel em caso de inadimplência. Esse direito foi concedido ao fiduciário pelo art. 30 da Lei 9.514/97:

Art. 30. É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome.<sup>8</sup>

Este mesmo artigo também prevê que o credor pode requerer liminarmente, em Juízo, a reintegração da posse e a desocupação do imóvel pelo devedor, no prazo de até sessenta dias, caso este insista em se manter no imóvel.

#### **4.2. Princípios e direitos fundamentais ignorados**

O princípio constitucional do devido processo legal se baseia, principalmente, no direito à ampla defesa e ao contraditório – vide art. 5º, LV, da Constituição. Tais direitos devem ser sempre garantidos aos litigantes, seja em um judicial ou administrativo. Desta forma, uma parte da doutrina sustenta que a execução extrajudicial prevista nos contratos de alienação fiduciária, conforme dado pela Lei 9.514/97 seria uma violação a esse princípio, visto que a consolidação da propriedade se dá pelo mero decurso do prazo dado pelo credor ao devedor para quitação da dívida, isto é, deixando de lado as garantias do devido processo legal.

Basicamente, a execução extrajudicial pelo credor sequer permite ao devedor questionar os valores cobrados, o que deixa a cargo do credor decidir sobre a retomada do imóvel. Pode-

---

<sup>8</sup> Redação dada pela Lei 9.514/97.



se dizer que, sem uma participação do poder judiciário, uma decisão dessas é, deveras, arbitrária.

A morosidade, a lentidão e a sobrecarga que permeiam o judiciário brasileiro não são novidade para ninguém. No entanto, mesmo que se busque alternativas para retirar do judiciário algumas questões – o que é absolutamente válido e necessário –, não parece razoável desprezar princípios constitucionais para se atingir este resultado.

Além disso, o direito à propriedade é uma garantia constitucional assegurada aos brasileiros, estando previsto no art. 5º, XXII, da Constituição, artigo este que também prevê, no inciso imediatamente seguinte, que a propriedade cumprirá uma função social. Pode-se definir de muitas formas que função seria essa, mas tanto a legislação quanto a doutrina e a jurisprudência brasileira já deixaram célere que a propriedade, mais que mero patrimônio, é o refúgio, lar e proteção do cidadão e de sua família, mais que necessária para conferir a cada brasileiro a devida dignidade humana – a qual, diga-se de passagem, também é um princípio constitucional, previsto no art. 1º, III, da Constituição de 1988.

O fato de que um bem imóvel não é apenas mero patrimônio é parte da chamada “Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, elaborada pelo atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, que defende a busca de um mínimo de patrimônio com base no ordenamento jurídico. Isto significa dizer que, para Fachin, o cidadão brasileiro deve ter um mínimo existencial para garantir sua dignidade. Esta teoria afasta, de certa forma, o caráter meramente patrimonial das relações jurídicas privadas, em especial as que envolvem bens imóveis. A intenção é fazer com que nenhum instituto legal se sobreponha à dignidade do indivíduo, como Fachin (2001) bem diz:

Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência.

Além disso, é necessário lembrar da proteção ao bem de família, amplamente respeitada pela legislação brasileira, pois é uma proteção ao direito fundamental à moradia, previsto no art. 6º da Constituição. O bem de família ainda é assunto da Lei 8.009/90, que o declarou

impenhorável; impenhorabilidade esta que ampara, também, a própria teoria do patrimônio mínimo. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, por meio da Súmula 364 consolidou o entendimento de que o imóvel em que reside pessoa solteira, separada ou viúva constitui bem de família.

Dito isto, é nítido que permitir que o credor retome a posse do bem imóvel alienado meramente por via extrajudicial passa por cima de garantias já consolidadas na legislação brasileira, de forma que a Lei. 9.514/97 está em desacordo tanto com o princípio do devido processo legal quanto com o direito à moradia, ambos garantidos ao devedor fiduciante – e a todos os outros brasileiros – pela Constituição.

#### **4.2.1. Uso empresarial da alienação fiduciária de bem imóvel**

Para seguimento desta pesquisa, cabe uma breve diferenciação entre o abordado até o momento e o uso empresarial da alienação fiduciária, que tem, em si, algumas particularidades, visto que se trata de uma relação empresarial já de início. É amplamente sabido que relações jurídicas desta natureza possuem uma dinâmica particular, e tal característica, por sua vez, impulsiona a compreensão de instituições a partir deste movimento, sobretudo pela capacidade de adaptação de instrumentos aptos à produção de riqueza. Deste modo, as contratações não fogem das ideias da propriedade e garantia fiduciárias, até mesmo por sua crescente utilização como contratos para financiamento de atividades empresariais também.

Em verdade, a criação de instrumentos financeiros deixou de encontrar *enforcement* contratual em garantias reais como a hipoteca e o penhor, de modo que o mercado precisou se adaptar, requerendo uma sofisticação do contrato com garantia de alienação fiduciária. De acordo Orlando Gomes (1971), ela “visa a proporcionar ao prestamista maior segurança no recebimento da dívida”.

Foi este o espaço encontrado pelo contrato de alienação fiduciária, visto que o mesmo fornecia a adaptação necessária para agilizar o crédito inserido na economia em geral, e em especial na atividade empresarial.

Atualmente, se realiza, para instituições financeiras, o que Antônio Menezes Cordeiro (1998) enfatiza no tocante à confiança de construção da relação bancária, com diligência e estrito acompanhamento do contrato, apesar das críticas sobre a disponibilidade para negociar.

Pelas características da alienação fiduciária, já devidamente descritas em tópicos anteriores, ela acaba por poder ser interpretada como um instrumento de crédito com reforço de garantia, visto que ela se dá por via da transferência de um bem imóvel em garantia da operação econômica. Recebendo a propriedade e a posse indireta do bem alienado, a instituição financeira é capaz de aumentar sua certeza e agilidade no recebimento do crédito, reduzindo, assim, o risco da operação.

Arnaldo Rizzardo (2007) afirma haver transmissão da propriedade plena ao final do contrato, ainda com a possibilidade de manter a circulação econômica do bem com uma nova garantia fiduciária em sucessivas operações econômicas, uma após a outra, com constante fluxo de crédito. O autor ainda afirma que há “transmissão fiduciária de segurança e o adquirente fica obrigado sob condição suspensiva da amortização da dívida, à retransmissão do bem alienado”.

Desta forma, restou comprovado que a crescente utilização da alienação fiduciária como instrumento de garantia de créditos demonstra a capacidade de adaptação de instrumentos jurídicos para garantir mais agilidade ao tráfico econômico. A diminuição de frequência na hipoteca e no penhor veio acompanhada por um instrumento que dá mais garantia à concessão de créditos, com melhor e mais eficiente *enforcement*. Além disso, o crédito pode sim ser objeto de alienação fiduciária, como, por exemplo, o crédito cartularizado em Letra de Crédito Imobiliário (LCI), e, por fim, devido a sua própria função peculiar, a alienação fiduciária foi também salvaguardada na recuperação da empresa e na falência, o que aumentou ainda mais a perspectiva de recebimento do crédito.

### **4.3. Lei 13.465/17 e novo entendimento jurisprudencial**

Devido à controvérsia recém-apresentada, não à toa a discussão a respeito da violação de preceitos fundamentais pelo instituto da alienação fiduciária de bens imóveis em garantia foi assunto de diversos processos judiciais, levando a uma jurisprudência que, atualmente, se preocupa mais em proteger o devedor, antes deixado completamente vulnerável. Não apenas isso, mas houve também uma mudança importante na legislação em si.

Por coincidência ou não, no vigésimo ano de vigor da lei 9.514/97, foi promulgada, em 11 de Julho de 2017, a lei 13.465 de 2017, que trouxe alterações significativas quanto à alienação fiduciária de bens imóveis, justamente em um momento em que ocorria uma recuperação notável do mercado imobiliário brasileiro, devido, em especial, à retomada de

concessão de crédito pelas instituições financeiras. As alterações trazidas pela lei 13.465/17 vieram justamente visando uma estabilização de questões que há tempos eram debatidas na doutrina nos tribunais, e se ativeram, desta vez, à vulnerabilidade na qual fora colocado o devedor fiduciante.

Dentre as mudanças, podemos citar a inclusão do art. 26-A, parágrafos 1º e 2º à Lei 9.514/97, *in verbis*:

Art. 26-A. Os procedimentos de cobrança, purgação de mora e consolidação da propriedade fiduciária relativos às operações de financiamento habitacional, inclusive as operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), sujeitam-se às normas especiais estabelecidas neste artigo.

**§ 1º A consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário será averbada no registro de imóveis trinta dias após a expiração do prazo para purgação da mora de que trata o § 1º do art. 26 desta Lei.**

**§ 2º Até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária, é assegurado ao devedor fiduciante pagar as parcelas da dívida vencidas e as despesas de que trata o inciso II do § 3º do art. 27, hipótese em que convalescerá o contrato de alienação fiduciária.<sup>9</sup> (grifo nosso)**

Com essa alteração, sendo o devedor notificado a purgar a mora, foi estabelecido prazo improrrogável para que se proceda a averbação da consolidação da propriedade – § 1º –, porém, ainda assim, até a efetiva averbação em nome do credor, é permitido ao devedor a purgação da mora, sob pena de convalidação preempatória do contrato – § 2º. Desta forma, aumentou o equilíbrio na relação contratual, visto que foi reforçada a segurança jurídica do procedimento extrajudicial.

É possível citar também a inclusão do parágrafo 2º-B no art. 27 da Lei de 1997, o qual prevê:

§ 2º-B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao

---

<sup>9</sup> Redação dada pela Lei 13.465/17.

imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos.<sup>10</sup>

Por consequência, esclarece o entendimento da jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça<sup>18</sup>, que estabelece a possibilidade do devedor fiduciante quitar o débito em momento anterior a assinatura do auto de arrematação ou adjudicação.

Este entendimento, bem como a proteção ao bem de família em casos de alienação fiduciária, foi comum ao ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do Superior Tribunal de Justiça, como se pode ver no exemplo a seguir, retirado do Recurso Especial nº 1.677.079, de 2017:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. BEM IMÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DIREITOS DO DEVEDOR FIDUCIANTE. PENHORA. IMPOSSIBILIDADE. BEM DE FAMÍLIA LEGAL. LEI Nº 8.009/1990.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Cinge-se a controvérsia a definir se os direitos (posse) do devedor fiduciante sobre o imóvel objeto do contrato de alienação fiduciária em garantia podem receber a proteção da impenhorabilidade do bem de família legal (Lei nº 8.009/1990) em execução de título extrajudicial (cheques).
3. Não se admite a penhora do bem alienado fiduciariamente em execução promovida por terceiros contra o devedor fiduciante, haja vista que o patrimônio pertence ao credor fiduciário, permitindo-se, contudo, a constrição dos direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária. Precedentes.
4. A regra da impenhorabilidade do bem de família legal também abrange o imóvel em fase de aquisição, como aqueles decorrentes da celebração do compromisso de compra e venda ou do financiamento de imóvel para fins de moradia, sob pena de impedir que o devedor (executado) adquira o bem necessário à habitação da entidade familiar.
5. Na hipótese, tratando-se de contrato de alienação fiduciária em garantia, no qual, havendo a quitação integral da dívida, o devedor fiduciante consolidará a propriedade para si, deve prevalecer a regra de impenhorabilidade.
6. Recurso especial provido.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Idem

<sup>11</sup> Recurso Especial nº 1.677.079, disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=71553191&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201700265385&data=20170505&tipo=0&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=71553191&tipo_documento=documento&num_registro=201700265385&data=20170505&tipo=0&formato=PDF)> Acesso em: 14 de Maio de 2021.

Em seu voto, com o qual também votou o restante da terceira turma do STJ, o ministro Villas Bôas afirma:

Para a aplicação da regra de impenhorabilidade do bem de família, a lei exige, em regra, que a propriedade pertença ao casal ou à entidade familiar, pois o legislador utilizou o termo "imóvel residencial próprio". Por conseguinte, se o imóvel sobre o qual incidiu a constrição pertence a terceiro não integrante do grupo familiar, este não pode, em regra, alegar a referida proteção legal.

(...)

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni, alicerçado nos propósitos sociais tutelados pela Lei nº 8.099/1990, afirma que a proteção da impenhorabilidade também visa proteger a posse da família sobre o imóvel utilizado para a sua moradia, ainda que não tenha o título de propriedade.

(...)

Nesse contexto, a exegese que melhor representa o objetivo legal compreende que a expressão "imóvel residencial próprio" engloba a posse advinda de contrato celebrado com a finalidade de transmissão da propriedade, a exemplo do compromisso de compra e venda ou de financiamento de imóvel para fins de moradia. Isso porque não se pode perder de vista que a proteção abrange o imóvel em fase de aquisição, sob pena de impedir que o devedor adquira o bem necessário à habitação da entidade familiar.

(...)

No caso, trata-se de contrato de alienação fiduciária em garantia, no qual, havendo a quitação integral da dívida, o devedor fiduciante consolidará a propriedade para si (art. 25, caput, da Lei nº 9.514/1997). Assim, havendo a expectativa da aquisição do domínio, deve prevalecer a regra de impenhorabilidade.<sup>12</sup>

## CONCLUSÃO

Após o exposto nos tópicos deste trabalho, conclui-se que a Lei de alienação fiduciária – Lei 9.514/97 – foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de facilitar a aquisição de imóveis pelos cidadãos em uma época de muita insegurança no mercado imobiliário, e, igualmente, trazer uma garantia eficaz às instituições financeiras de que receberiam o crédito que haviam cedido outrora.

<sup>12</sup> Recurso Especial nº 1.677.079, disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=71553191&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201700265385&data=20170505&tipo=0&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=71553191&tipo_documento=documento&num_registro=201700265385&data=20170505&tipo=0&formato=PDF)> Acesso em: 14 de Maio de 2021.

Foi possível perceber, no entanto, que a lei 9.514/97 foi distorcida de sua finalidade original, se tornando um dispositivo que apenas trazia segurança às instituições financeiras, visto que limitava a garantia dos devedores a uma solução judicial do conflito – que lhes asseguraria o devido processo legal –, acarretando um risco, inclusive, de desrespeitar direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, como o direito à moradia, e também a proteção ao bem de família.

Não há dúvida de que a alienação fiduciária de bens imóveis em garantia, apesar de ser uma opção mais viável e menos onerosa que a antiga hipoteca, trouxe benefícios quase que exclusivamente aos credores, esquecendo-se da proteção do Estado brasileiro aos cidadãos, os quais foram deixados em uma posição de quase vulnerabilidade como devedores em contratos deste tipo.

Quase trinta anos depois, no entanto, o entendimento jurisprudencial se voltou novamente ao indivíduo, não às instituições financeiras, e a legislação, pouco a pouco, também passa a considerar melhor a questão, conforme visto nos exemplos trazidos pela Lei 13.465/17.

É sempre importante trazer à luz, mesmo que de forma repetitiva, que a facilitação de devidas relações de direito privado não pode ultrapassar os limites constitucionais. O Estado brasileiro opera de acordo com princípios fundamentais, devendo estes ser respeitados para o bom funcionamento do país e da sociedade que nele vive. Para isso, não se pode dar margem a qualquer ultrapassagem dos limites estabelecidos pela Carta Magna, mesmo que pequena e, à primeira vista, irrisória.

O assunto de forma alguma pode se considerar extinto, muito pelo contrário. No entanto, o recente entendimento jurisprudencial e a nova lei, que mudou significativamente alguns dispositivos da Lei 9.514/97, são, com certeza, um avanço nesta questão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina. 1998.

CASSETTARI, Christiano. *Registro de Imóveis II, Atos Ordinário*. 6ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negocio fiduciário*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil, volume 4 : direito das coisas, direito autoral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

Código Civil Brasileiro. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)> Acesso em: 20 de Abril de 2021

Constituição Federal de 1988. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 de Abril de 2021

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva. 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro 4: direito das coisas*. ed. 24. São Paulo. 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: RT. 1971.

Lei 9.514/97. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm)> Acesso em: 14 de Março de 2021

Lei 13.465/17. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm)>. Acesso em: 14 de Maio de 2021

MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Manual de direito bancário*. Coimbra: Almedina. 1998.

PACHECO, Antônio Marcelo. *Direito constitucional*. 2ª. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18 Ed. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

Recurso Especial nº 1.677.079, disponível em:  
<[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=71553191&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201700265385&data=20170505&tipo=0&form ato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=71553191&tipo_documento=documento&num_registro=201700265385&data=20170505&tipo=0&form ato=PDF)> Acesso em: 14 de Maio de 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 7. ed. São Paulo: RT. 2007.



SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª edição, Porto Alegre – RS. Editora Livraria do Advogado. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos reais*. 9ª Ed. v. 5. São Paulo: Atlas. 2009.

2º Prêmio Abecip de Monografia em Crédito imobiliário e Poupança: Alternativas e soluções para o financiamento de imóveis de interesse social. Disponível em: <<https://www.abecip.org.br/>> Acesso em: 11 de Abril de 2021.

**TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE  
CONCLUSÃO DE CURSO**

Material Bibliográfico:  Artigo Científico ( ) Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: Alienação Fiduciária De Bens Imóveis Em Garantia: A Distorção Do Instituto E A Vulnerabilidade Do Credor

Nome do Autor(a): Sophia Vilafranca Setti

E-mail: sophiasetti@hotmail.com

Este e-mail pode ser divulgado  SIM ( ) NÃO

Orientador(a): Marcelo Fortes


Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, (  ) AUTORIZO ( ) NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no *site* da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

( ) Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe e nome do periódico)

( ) Outros (justificar): \_\_\_\_\_

São Paulo, 20 de maio de 2021.

  
 Assinatura do(a) Autor(a)

---

## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Sophia Vilafranca Setti

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 31665667, Período matutino, Turma 10º A,


tendo realizado o TCC com o título: Alienação Fiduciária De Bens Imóveis Em Garantia: A Distorção Do Instituto E A Vulnerabilidade Do Credor

sob a orientação do(a) professor(a): Marcelo Fortes

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 20 de maio de 2021.

  
Assinatura do discente

