

Garantia real de imóveis no Brasil

Josiane Mendes Gomes Dias Pinto

Advogada da CAIXA no Espírito Santo
Especialista - Master of Business Administration em
Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas/RJ
Especialista - Pós-Graduação em Direito Público
pelo Centro Universitário Newton Paiva/MG

RESUMO

Este trabalho tem como tema questões contratuais e legais relacionadas aos institutos jurídicos representativos de garantia real de imóvel no Brasil, na defesa do ponto de vista do mutuante; em especial, falará da garantia real ofertada pelo mutuário, que se constitui pela hipoteca ou alienação fiduciária. Por vezes poderá fazer referência ao contexto econômico e a políticas públicas. Dentro do tema geral proposto falar-se-á, especificamente, sobre a hipoteca e a alienação fiduciária, precedidas de breve dissertação sobre a importância da garantia real na recuperação do crédito, passando pelos conceitos e natureza jurídica dos institutos, ilustrações com notas de autores estrangeiros, comentários comparativos com outros ordenamentos jurídicos, encerrando com apontamentos sobre a preferência brasileira na operacionalização dos negócios comerciais e habitacionais. O trabalho tratará de pontos não menos importantes, basilares para o entendimento necessário à tomada de decisões na atividade consultiva e de atuação jurídica contenciosa, visto que o profissional do direito deve considerar a *intentio legis*, os objetivos negociais, os riscos envolvidos, as experiências já praticadas, o grau de eficiência e características dos institutos jurídicos sob exame, frente aos questionamentos das possibilidades e eventuais impedimentos nas proposições de operações bancárias.

Palavras-chave: Direito real de garantia. Hipoteca. Alienação fiduciária. Concessão de crédito.

SUMARIO

Este trabajo se centrará cuestiones contractuales y legales relacionados con las instituciones legales representativas de garantía bienes inmuebles en Brasil, en defensa del punto de vista del prestamista; en particular, hablará de la garantía ofrecida por el prestatario, que está constituido por hipotecas o gravámenes. A veces se puede hacer referencia a la situación económica y las políticas públicas. Dentro del tema general propuesto para hablar será específicamente en la hipoteca

mobiliaria y la hipoteca, precedidos por una breve conferencia sobre la importancia de la garantía en la recuperación de créditos, através de los conceptos e institutos jurídicos, ilustraciones con autores notas, comentarios comparativos con otras jurisdicciones extranjeras, terminando con notas sobre la preferencia de Brasil en la operación del negocio comercial y residencial. El trabajo se abordarán cuestiones no menos importantes, fundamentales para la comprensión necesaria para la toma de decisiones en la actividad de asesoramiento y acciones legales polémico, ya que el profesional del derecho debe considerar *intentio legis*, los objetivos del negocio, los riesgos que implica, experiencias anteriores practicada, el grado de eficiencia y características de las instituciones jurídicas que se examinan, en comparación con las cuestiones de las posibilidades y los obstáculos a las proposiciones de la banca .

Palabras clave: Garantía real. Hipoteca. Gravámenes. La banca de crédito.

1 Garantia de bem imóvel em negócio comercial e em financiamento habitacional no Brasil

O crescimento do financiamento imobiliário, do sustentáculo hipotecário e do impulso gerado pela introdução da alienação fiduciária sobre bens imóveis e o fomento à concessão de crédito, ao lado de programas sociais e habitacionais, vêm oferecendo meios para a aquisição da casa própria e para o incremento das atividades econômicas produtivas nacionais.

Foi necessário ultrapassar o modelo de garantia hipotecária, quando o Governo planejou lançar programas destinados à aquisição da casa própria, impulsionando a construção civil, propagando repasse de recursos e fomentando a concessão de crédito. É importante destacar que o Direito deve sempre buscar atingir a *eficiência econômica*, e, neste caso, o valor legal desejável seria o desenvolvimento de um modelo econômico baseado em institutos e procedimentos jurídicos permeados pela economicidade e pela simplificação dos procedimentos.

O contrato de mútuo para financiamento de unidade imobiliária pelo Sistema Financeiro da Habitação estipula como garantia a hipoteca ou a alienação fiduciária. O mutuante, portanto, tem crédito privilegiado – direito real sobre o imóvel. Ele precisa recuperar o crédito concedido para prosseguir na política destinada a *“facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população”* (ver art. 8º, caput, Lei nº 4.380/64).

A alienação fiduciária de bem imóvel, introduzida no Brasil pela Lei nº 10.931, de 3 de agosto de 2004, foi muito difundida entre as instituições financeiras, e o número de negócios com essa modalidade de garantia aumentou consideravelmente.

A Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007, incluiu os incisos VIII, IX e X ao art. 1.473 do Código Civil, permitindo a formalização de hipoteca sobre o direito de uso especial para fins de moradia, sobre o direito real de uso e sobre a propriedade superficiária.¹

A funcionalidade dos institutos jurídicos garantidores do crédito imobiliário possui relação direta com o desenvolvimento econômico e social de um país.²

As instituições financeiras, ao concederem crédito em determinadas modalidades, regra geral, exigem garantia contratual de direito real sobre os imóveis, hipoteca ou alienação fiduciária, recusando a oferta da garantia e a concessão respectiva do crédito em algumas situações, como, *verbi gratia*, imóvel com registro de ônus real, usufruto, imóvel com matrícula não individualizada, ou apontado como terreno de marinha sem constituição da enfiteuse, entre outras situações especiais que guardam relação com os bens absolutamente impenhoráveis, assim descritos no art. 649 do Código de Processo Civil.

As operações de *Home Equity*³ também foram fomentadas em razão de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se

¹ A mesma Lei nº 11.481/2007 também consignou que os direitos de garantia correspondentes a direito real de uso e a propriedade superficiária ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície caso tenham sido transferidos por período determinado.

² Marichal (2011, p. 9) diz: *“Es especialmente relevante que los ensayos que tiene el lector entre sus manos vinculan la historia bancaria con la historia industrial y las políticas de financiamiento del crecimiento económico a largo plazo. Como argumenta atinadamente Marcelo Rougier, el compilador y promotor de este volumen, en una temprana etapa de crecimiento económico moderno, existen en cualquier país numerosos obstáculos para la formación y el pleno desarrollo de los mercados financieros: ‘De ahí la importancia de las instituciones oficiales de desarrollo, bancos industriales o de fomento’. En una región como América Latina, que se sitúa en un nivel medio de desarrollo económico y social, es esencial explorar los factores que explican los numerosos éxitos y fracasos en impulsar el crecimiento. Una sociedad que no crece se estanca y deja de ofrecer a sus habitantes oportunidades de mejorar sus niveles de vida. Cuáles son los secretos de un proceso de expansión económica sostenido y cuáles las secuelas de la falta de crecimiento? Éstas son preguntas que un gran número de economistas e historiadores indagan, exploran y relatan para intentar descubrir principios valederos y aplicables para casi cualquier sociedad o economía.*

³ O *Home Equity* corresponde ao negócio bancário em que o proponente pessoa física oferece um imóvel de sua propriedade em garantia (alienação

posicionou no sentido de que é penhorável o bem de família se o imóvel foi oferecido como garantia real em benefício da entidade familiar, hipótese que teria subsunção na exceção prevista no art. 3º, V, da Lei nº 8.009/1990 (ver AEEARESP 201303755696, STJ, Quarta Turma, fonte: DJE de 01/09/2014). Contrariamente, considera-se ofensa aos artigos 1º e 3º da Lei nº 8.009/1990, reputando-se nula a cláusula de garantia de alienação fiduciária de bem imóvel estipulada em contrato de empréstimo bancário cujo crédito não for utilizado em favor da entidade familiar⁴ (quando, por exemplo, o imóvel foi oferecido em garantia por dívida de pessoa jurídica).

A Lei nº 11.977, de 8 de julho de 2009, que instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida, contém previsão de instituição de garantia de alienação fiduciária em favor do Agente Financeiro.⁵

Já o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social com Parcelamento Habitacional se exterioriza em contratos formalizados sem garantia de hipoteca ou alienação fiduciária, Decreto nº 5.247, de 19 de outubro de 2004. A Lei nº 10.998, de 15 de dezembro de 2004, estabeleceu as condições para apresentação, análise e aprovação de proposta de empreendimento promovido em parceria com o Poder Público ou com entidades sem fins lucrativos e as condições para concessão de parcelamento habitacional e de subsídio às famílias de baixa renda, organizadas sob a forma coletiva, para viabilizar o acesso à moradia no âmbito do Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social. Obviamente, modalidades de financiamento habitacional sem constituição de garantia real são operadas apenas por banco executor dessa política pública.

Também no Programa Nacional de Habitação Rural - PNHR, com recursos do Orçamento Geral da União, dentro das regras do PMCMV, os contratos entre os beneficiados e o Agente Financeiro são formalizados sem nenhuma modalidade de garantia real.

A garantia elegida possui relação direta com *liquidez*. Muito embora doutrinariamente a garantia contratual seja contrato acessório, sua importância se eleva à medida que a inadimplência

fiduciária), ainda que seja seu único imóvel e utilizado para sua moradia, sendo o crédito liberado do tipo 'sem destinação específica'. O empréstimo concedido em contrapartida por oferta de garantia imobiliária é classificado como sendo de baixo risco, com taxas e encargos mais atraentes que outras linhas de crédito.

⁴ Ver Recurso Especial 201302413117 – 1395275, DJE de 20/08/2014.

⁵ Ver Lei nº 10.188, de 12.02.2001, Lei nº 10.522, de 19.07.2002, Lei nº 10.859, de 14.04.2004, Lei nº 11.474, de 15.05.2007, Lei nº 12.007, de 29.07.2009, Lei nº 12.039, de 01.10.2009, Lei nº 12.424, de 16.06.2011.

se concretiza, sendo interessante para o credor uma garantia que não pereça e não se desvalorize rapidamente no decorrer do tempo. Nesse contexto, os bancos não podem prescindir de garantias imobiliárias. Mas é importante pensar nos momentos de crise econômica com inflação, num cenário de recessão.

O uruguaio Robert Marcuse, formado pela Universidade de Columbia, e *Advanced Management Program* em Harvard, ex-gerente-geral e ex-diretor de vários bancos no Uruguai, Argentina, Venezuela, Estados Unidos, Peru e Colômbia⁶, critica a concessão massiva de crédito com garantia de bem imóvel (concentração exagerada de negócios na carteira imobiliária, não distribuição do risco) autorizada mais com base em seu valor de avaliação (muitas vezes supervalorizado em momentos de auge econômico) que com relação ao real valor possível de se apurar em caso de execução da garantia imobiliária pelo credor (considerando-se ainda a possibilidade de a execução ocorrer em período de recessão econômica). A título de ilustração, confira-se o polêmico entendimento do autor sobre 'garantias imobiliárias':

Garantías inmobiliarias.

Desde este punto de vista, quizás las garantías inmuebles sean las menos aconsejables. Algunos banqueros son tan concientes de esto que piensan que los terrenos y edificios se han denominado inmuebles por el peligro de inmovilización que representan. Pueden tranquilizarse, se llaman inmuebles porque no se mueven ellos mismos, pero esta característica no es contagiosa. La razón del peligro de las garantías inmuebles es que, em casi todo el mundo, el mercado inmobiliario se caracteriza por períodos sucesivos de euforia (boom) y depresión.

Las garantías constituidas en períodos de auge pueden estar sobrevaluadas (aunque esto concierne unicamente as aspecto riesgo) pero, sobre todo, pueden ser invendibles por largos períodos, que varían desde meses hasta años. Por otra parte, existe una tendencia entre los clientes que ofrecen garantías inmuebles (hipotecarias) de creerse autorizados – por el alto costo de la constitución de la garantía y por el valor e importância de la misma – a pedir renovaciones del crédito originalmente acordado. No quiero decir con esto que un banco deba prescindir de tales garantías, lo cual sería absurdo, pero sí que debe fijarse una política y un limite al respecto.

⁶ Robert Marcuse também foi presidente da Associação de Bancos Internacionais da Flórida e assessor do Comitê Diretivo da Federação Latino-Americana de Bancos.

Cuando el mercado inmobiliario está en crisis, no se trata de que un terreno o un edificio específico no se pueda vender, sino que, generalmente, les ocurre lo mismo a todos ellos. Por consiguiente, el riesgo de inmovilización del banco puede referirse a una parte importante de su cartera, si está respaldada por este tipo de garantía.

Si eliminamos las que puedan considerarse realmente indeseables, lo mejor será tener una variedad de garantías de forma de poder distribuir el riesgo, en la misma forma en que se trata de no concentrar las colocaciones en una área de la actividad económica, sino de distribuirlas en todas ellas.

Resultará útil que el banco pueda clasificar sus operaciones no solo por área, sino también por el tipo de garantía que las respaldan. En efecto, una financiación en el área de la construcción puede no estar respaldada por una garantía hipotecaria, mientras que una financiación en el área comercial sí puede estarlo.

La reciente explosión de la burbuja inmobiliaria en los Estados Unidos es un ejemplo dramático de lo que puede suceder cuando los bancos se lanzan a financiar masivamente un área específica de la economía, basando sus préstamos más sobre el supuesto valor de los inmuebles hipotecados como garantía, que en la real capacidad de pago del acreedor.

Desafortunadamente, a esta política, ya mala de por sí, se agregó una sobrevaluación de los inmuebles, con lo cual los acreedores terminaron debiendo a los bancos cifras muy superiores al valor de sus propiedades, y las entidades con pérdidas sustanciales en sus libros.

La crisis, además, fue más violenta que muchas anteriores por la nueva moda de titular activos (en este caso las garantías hipotecarias) y venderlos a empresas y al público en general. En otras palabras, se logró rebasar las crisis anteriores, con nuevos instrumentos y exacerbada codicia. Pero quizás lo peor de esta historia de terror se ala evidente demostración de la corta memoria de los bancos y de los inversionistas, pues la burbuja inmobiliaria no es un monstruo desconocido, sino uno que hemos enfrentado varias veces en el pasado y para el cual existían las medicinas preventivas que no se quisieron utilizar (MARCUSE, 2010, p. 70-72).

Pasemos a comentar os institutos.

2 Da hipoteca

2.1 Conceito

A hipoteca é um direito real de garantia que vincula um bem dado em garantia pelo tomador de um empréstimo sem a

transferência de sua posse ao credor. O devedor detém a propriedade e a posse do imóvel.

Conceituando o instituto da hipoteca, Diniz (2006, p. 1179) assim escreve:

Hipoteca é o direito real de garantia 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.

O instituto foi largamente utilizado em negócios comerciais e nos contratos de financiamento imobiliário efetivados entre o mutuante e o mutuário comprador de unidade habitacional (adquirente final) até a introdução do instituto da alienação fiduciária de imóvel no ordenamento jurídico pela Lei nº 10.931/2004.

A opção pela hipoteca⁷ ainda persiste em contratos bancários de operações comerciais, sendo mais favorável aos interesses do credor também quando se tem a pretensão de executar judicialmente eventual saldo devedor residual da dívida (o valor da dívida é ou pode se tornar maior que o valor do bem ofertado).

As instituições financeiras também atuam no mercado imobiliário na qualidade de agente financeiro da produção de empreendimento, concedendo crédito a construtoras para a construção dos condomínios residenciais, *verbi gratia*. Nesse caso, a garantia de hipoteca do terreno é registrada em favor do banco financiador, liberando-se o gravame das unidades destacadas da matrícula imobiliária-mãe à medida que a dívida da construtora vai sendo quitada, ou à medida que as unidades habitacionais vão sendo comercializadas com os adquirentes finais.

2.2 Estreitamento da relação entre hipoteca e títulos de crédito

O instituto estreitou sua relação com a *circulabilidade* do título de crédito – letras, cédulas hipotecárias e debêntures –, assumindo importância crescente na vida econômica nacional.

Podem ser objeto de hipoteca, nos termos do art. 1.473 do Código Civil⁸:

⁷ Veja-se o conceito de “hipoteca” em Ramírez Gronda (2003, p. 164): “*El derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, quedando éstos en poder del deudor (art. 3108 C. Civ)*”.

⁸ Diniz (2006, p. 1179-1180) diz que o direito real de hipoteca recai sobre “b) o domínio direto que na enfiteuse se permite que o direito do senhorio direto possa ser objeto de hipoteca, mesmo sem anuência do enfiteuta;

- I – os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles;
- II – o domínio direto;
- III – o domínio útil;
- IV – as estradas de ferro;
- V – os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham;
- VI – os navios;
- VII – as aeronaves;
- VIII – o direito de uso especial para fins de moradia;
- IX – o direito real de uso;
- X – a propriedade superficiária.

Wald (2011, p. 368-369) diz o seguinte:

A hipoteca é o direito real de garantia que o credor exerce sobre o preço venal do imóvel, no caso de não ser pago na ocasião determinada, o débito garantido. Caracteriza-se por recair sobre imóveis, que ficam na posse do devedor no período de carência do débito, ou seja, até o vencimento deste e a execução do bem. [...]

A diferença entre os direitos sobre a coisa (direitos de fruição) e os direitos sobre o valor do objeto (direitos de garantia) ainda é hoje de grande importância no quadro dos direitos reais.⁹ O que caracteriza a hipoteca é a 'sequela', ou seja, o fato de o direito seguir a coisa em mãos de quem se encontra, constituindo assim o *ius persequendi*, o direito de perseguir a coisa, e o direito de preferência que o credor hipotecário tem sobre os outros credores.

Na doutrina moderna, fala-se em dois princípios básicos reguladores da hipoteca: o da publicidade e o da especialização. A observância desses princípios resultaria em maior segurança às transações afetas ao mercado imobiliário e ao Sistema Financeiro Habitacional.

Pelo princípio da publicidade, a hipoteca deve ser objeto de registro na matrícula do imóvel respectivo, junto ao Cartório de Registro de Imóvel, com o fito de dar conhecimento a terceiros. Com a retirada de certidão atualizada da matrícula de de-

c) o domínio útil, que é o poder que tem o foreiro de usufruir o bem e de transmiti-lo por ato inter vivos ou causa mortis; conseqüentemente poderá hipotecá-lo, sendo que o adquirente sujeitar-se-á ao pagamento do laudêmio, em causa de excussão hipotecária".

⁹ Diniz (2006, p. 1181) diz o seguinte sobre o direito de preferência sobre o credor hipotecário: *"Se antes do assento da hipoteca já tiver sido registrado algum outro direito real sobre o mesmo imóvel (usufruto, anticrese, servidão, etc.), os titulares desses direitos reais terão direito de preferência sobre o credor hipotecário na eventual execução".*

terminado imóvel, o proponente comprador e o mutuante, por simples exame do inteiro teor do registro, podem saber quais ônus pesam sobre a unidade imobiliária.

E mais uma vez citando-se Wald (2011, p. 369):

O princípio da especialização obriga a vincular o ônus a certos bens específicos, individualizados e determinados. Anteriormente se admitiam as chamadas hipotecas gerais, que recaíam sobre todos os bens do devedor, dificultando as transações em geral e as alienações em particular, por não se saberem os limites exatos da responsabilidade que pesava sobre cada um dos prédios onerados.

Nesse ponto, é importante também dizer que deve haver referência, no registro respectivo, a qual dívida se refere o ônus, com indicação de número de contrato, valor, condições, credor, entre outros identificadores.

2.3 Cédula hipotecária

O Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, instituiu a Cédula Hipotecária *como instrumento hábil para representação dos respectivos créditos hipotecários*, podendo ser emitida pelo credor hipotecário, nos casos de operações compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação e nas hipotecas em que sejam credoras instituições financeiras e sociedades de seguros.¹⁰ As instituições bancárias geralmente se utilizam da cláusula contratual que estipula a constituição de cédula hipotecária em operações financeiras estruturadas, aquelas planejadas especialmente para atender a determinado cliente com proposta de projeto de grande porte.

2.4 Procedimentos à disposição do credor para promoção da execução do crédito inadimplido

Recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o Decreto-lei nº 70/66 – que autoriza o credor hipotecário no regime do Sistema Financeiro da Habitação a optar pela execução do crédito na forma do Código de Processo Civil ou mediante execução extrajudicial – foi poderoso instrumento utilizado pelas instituições financeiras nos procedimentos de recuperação do crédito, tendo possibilitado uma forma rápida de exercício do direito do mutuante de apurar o preço venal do imóvel para satis-

¹⁰ Veja comentários de Wald (2011, p. 375-376).

fação de seu crédito. Configurado o vencimento antecipado da dívida habitacional, o processo de execução do contrato de financiamento poderia ser o previsto no Código de Processo Civil, na Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971 ou nos artigos 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70/66, caso em que o Agente Fiduciário era uma instituição financeira escolhida pelo Mutuante entre as credenciadas pelo Banco Central do Brasil.

Poder-se-ia entender também como um privilégio o fato de o mutuante poder escolher qual procedimento se utilizaria para promover a execução do crédito inadimplido: a execução extrajudicial prevista pelo Decreto-Lei nº 70/66 (arts. 31 a 38); a execução judicial pelo procedimento disposto na Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971; ou, ainda, o procedimento da execução judicial de quantia certa previsto no Código de Processo Civil.

Sendo vedado ao mutuante promover a execução extrajudicial de que trata o referido decreto-lei (por exemplo, em caso de decisão judicial proferida em sede de liminar), restava a possibilidade de interposição da ação executiva. A Lei nº 5.741/71, mais específica em relação à matéria (dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao SFH), também faz concessões ao mutuante, se comparada com as disposições gerais do Código de Processo Civil; no entanto, seu art. 7º desautoriza a execução do débito remanescente no caso da adjudicação do imóvel pelo mutuante.

Confira-se o julgado:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. LEI Nº 5.741, DE 1971. Na execução processada sob o regime da Lei nº 5.741, de 1971, a adjudicação pelo credor se dá pelo valor do saldo devedor, quitando integralmente o débito do mutuário. Recurso especial não conhecido. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 200101832857/390913, Terceira Turma, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ de 17/06/2002 PG:00259)

Assim, dependendo do saldo devedor contratual e do valor de avaliação do imóvel, muitas vezes a melhor opção para o credor hipotecário é promover a execução pelo rito do Código de Processo Civil, que oferece subterfúgio processual na busca da satisfação de eventual saldo credor remanescente, a seu favor, mesmo após a extinção da hipoteca pela arrematação. Executada a hipoteca, havendo arrematação, e não sendo suficiente o valor apurado para quitação total da dívida, poderia ainda o credor prosseguir na execução do saldo residual. Nesse sentido, confira-se o julgado:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. FASE DE EXECUÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. SÚMULA Nº 284/STF. IMÓVEL HIPOTECADO. ARREMATAÇÃO. INTIMAÇÃO DO CREDOR HIPOTECÁRIO. ART. 1.501 DO CÓDIGO CIVIL. SUB-ROGAÇÃO DO DIREITO REAL NO PREÇO. EXTINÇÃO DA HIPOTECA. RESPONSABILIDADE POR EVENTUAL SALDO REMANESCENTE EM FAVOR DO CREDOR HIPOTECÁRIO IMPUTADA AO DEVEDOR ORIGINÁRIO, E NÃO AO ARREMATANTE. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdiccional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. Considera-se deficiente de fundamentação o recurso especial que, apesar de apontar os preceitos legais tidos por violados, não demonstra, de forma clara e precisa, de que modo o acórdão recorrido os teria contrariado, circunstância que atrai, por analogia, a Súmula nº 284/STF. 3. O objetivo da notificação, de que trata o art. 1.501 do Código Civil, é levar ao conhecimento do credor hipotecário o fato de que o bem gravado foi penhorado e será levado à praça de modo que este possa vir a juízo em defesa de seus direitos, adotando as providências que entender mais convenientes, dependendo do caso concreto. 4. Realizada a intimação do credor hipotecário, nos moldes da legislação de regência (artigos 619 e 698 do Código de Processo Civil), a arrematação extingue a hipoteca, operando-se a sub-rogação do direito real no preço e transferindo-se o bem ao adquirente livre e desembaraçado de tais ônus por força do efeito purgativo do gravame. 5. Extinta a hipoteca pela arrematação, eventual saldo remanescente em favor do credor hipotecário poderá ser buscado contra o devedor originário, que responderá pessoalmente pelo restante do débito (art. 1.430 do Código Civil). 6. Sem notícia nos autos de efetiva impugnação da avaliação do bem ou da arrematação em virtude de preço vil, não é possível concluir pela manutenção do gravame simplesmente porque o valor foi insuficiente para quitar a integralidade do crédito hipotecário. 7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido (Superior Tribunal de Justiça, RESP 201001292840/1201108, Terceira Turma, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJE de 23/05/2012).

Contudo, a possibilidade de execução de saldo devedor remanescente pelo rito do Código de Processo Civil não é admitida por unanimidade. Decisões existem no sentido de que, se o procedimento mais gravoso previsto no Decreto-Lei nº 70/1966 prevê a extinção da dívida com a excussão do bem, então a exe-

ção pelo rito do Código de Processo Civil também deve pôr fim ao débito quando da arrematação ou adjudicação.

Quanto à execução extrajudicial e o Decreto-Lei nº 70/1966, a jurisprudência dos tribunais superiores, desde os primórdios, sempre foi uníssona em afirmar a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/1966. Contudo, recentemente a dita norma foi objeto de questionamento, quanto à sua constitucionalidade, junto ao Supremo Tribunal Federal. A título de ilustração, leia-se a íntegra do voto do ministro Dias Tóffoli no Recurso Extraordinário (RE) 627106, que analisa a compatibilidade ou não dos dispositivos legais que autorizam a execução extrajudicial de dívidas hipotecárias, dispostos no Decreto-Lei nº 70/66, com a Constituição Federal. O processo, com julgamento suspenso devido a pedido de vista, está sendo analisado em conjunto com o RE 556520.

O Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, em seu capítulo III, disciplinou uma forma de execução extrajudicial do contrato, mecanismo favorável ao mutuante na recuperação do crédito pela celeridade do procedimento de eficaz resultado: levar o imóvel objeto do financiamento inadimplido a leilão, com possibilidade de adjudicação pelo mutuante.¹¹

O procedimento é levado a termo pelo Agente Fiduciário, assim previsto no art. 30 do referido decreto-lei.

Embora muito questionado pelos mutuários, o Decreto-Lei nº 70/66 foi muito utilizado pelo mutuante como prerrogativa maior de que se valia na recuperação do crédito inadimplido, não havendo, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, decisão que lhe atribua o vício da inconstitucionalidade.

2.5 Da questão da nulidade da proibição de alienação de imóvel hipotecado e da sub-hipoteca – um único imóvel como garantia de várias dívidas

Ainda sobre a hipoteca, a renomada Maria Helena Diniz ressalta o seguinte:

Nulidade da proibição de alienação de imóvel hipotecado. O devedor poderá alienar o bem hipotecado, porque não perde o jus disponendi, transferindo-o ao adquirente, juntamente com o ônus que o grava. Nula será qualquer cláusula que vede ao proprietário a venda do imóvel onerado, embora válida seja a conven-

¹¹ Ver art. 31 do Decreto-Lei nº 70/1966.

ção de que, ocorrida a alienação, vencido estará o crédito hipotecário. É preciso esclarecer, ainda, que se aquela alienação se fizer antes do registro da hipoteca, o adquirente não sofrerá seus efeitos, embora o devedor alienante possa incorrer nas penas do estelionato, por ter ocultado o fato (CP, art. 171, § 2º). Mas poderá haver convenção entre credor e devedor que, se o imóvel hipotecado for alienado, ter-se-á vencimento antecipado do crédito hipotecário, desconsiderando a data estipulada para seu pagamento, tornando-o exigível e autorizando a execução da garantia hipotecária.

[...]

Sub-hipoteca. O imóvel poderá ser hipotecado mais de uma vez, quer em favor do mesmo credor, quer de outra pessoa. Essa hipótese de bem hipotecado denomina-se sub-hipoteca, que poderá efetivar-se desde que o valor do imóvel exceda o da obrigação garantida pela anterior, para que possa pagar o segundo credor hipotecário com o remanescente da execução da primeira hipoteca, reconhecendo-lhe a preferência, relativamente aos credores quirografários. Essa sub-hipoteca deverá ser constituída por novo título, não valendo a mera averbação no registro da primeira (RF, 63:39, 56:518, e 81:144; RT, 85:596, 83:236, 85:236, 85:584, 103:115 e 161:119; AJ, 30:599, 19:56, 18:857 e 99:315; Adcoas, n. 85.562, 1982).

[...]

Direito do credor sub-hipotecário em caso de insolvência do devedor. O credor hipotecário terá sempre preferência (RT, 701:153,707:153); logo, antes de vencida a primeira hipoteca, não poderá o credor sub-hipotecário executá-la, devendo esperar o vencimento da antecedente, uma vez que tem somente como garantia a parcela do valor do imóvel onerado que sobrar após o pagamento da primeira, salvo no caso de insolvência do devedor, hipótese que terá vencimento antecipado de todas as suas dívidas, concorrendo todos os credores no concurso creditório que se abrir, guardando-se a ordem cronológica de seus direitos. Todavia, será preciso não olvidar que não se considerará insolvente o devedor por faltar ao pagamento das obrigações garantidas por hipotecas posteriores à primeira, ante a presunção *juris tantum* de que, se o imóvel está gravado com mais de uma hipoteca, seu valor poderá suportar os débitos garantidos; logo, o atraso no pagamento das prestações não indicará insolvência. Se se comprovar que os atrasos se deram por falta de recursos do devedor e que o imóvel onerado é seu único bem, cujo valor é insuficiente para saldar todas as dívidas, ter-se-á a configuração de sua insolvência. O Credor sub-hipotecário só poderá instaurar a execução contra o devedor nos casos de insolvência previstos no Código de Processo Civil, arts. 748 a 786 (DINIZ, 2006, p. 1181-1183).

A possibilidade de alienação do bem hipotecado e também a possibilidade de várias dívidas serem garantidas por um mesmo imóvel¹² sempre foram vistas como 'inconvenientes' sob o ponto de vista do Credor. As duas situações sempre dificultaram a recuperação do crédito, dado que, no caso de alienação do imóvel pelo devedor, ocorria o vencimento antecipado da dívida (conforme cláusula contratual padrão) se outra garantia não fosse imediatamente apresentada. Mas tal não dependia de anuência do Credor, e o cartório de registro de imóveis registrava a compra e venda entre o devedor e terceiro.

Por vezes pode ocorrer de o cartório de registro de imóveis requerer que o vendedor de imóvel hipotecado dê ciência ao banco credor da compra e venda que está promovendo para terceiro comprador, ou mesmo obtenha sua anuência (muito embora tal exigência cartorária não contenha fundamento jurídico). E, regra geral, os contratos de mútuo bancário contêm a previsão de que ocorre o vencimento antecipado da dívida caso o devedor aliene o imóvel que serve de garantia hipotecária em operação de crédito.

A garantia real de hipoteca subsiste no Brasil e continua sendo muito utilizada em toda a América. Comparativamente, o Chile, país com melhor previsão de crescimento econômico que o Brasil, prossegue utilizando o instituto da hipoteca, lá disciplinado em três modalidades – hipoteca simples, hipoteca com mútuo endossável e hipoteca com emissão de letra de crédito.^{13 14}

¹² Na hipoteca sucessiva sobre o mesmo imóvel, o credor hipotecário registrado em segundo lugar somente receberá depois de feito o pagamento integral ao credor registrado em primeiro lugar.

¹³ *"Las garantías. Normalmente el crédito se entrega contra alguna garantía que dé seguridad del pago de la obligación a la entidad que lo otorga. Ya analizamos la hipoteca, la prenda y la fianza, tres contratos accesorios destinados a asegurar el cumplimiento de las obligaciones, que son figuras contractuales a las cuales recurren las entidades financieras comúnmente para asegurar los créditos que otorgan.*

Ante una solicitud de crédito, el banco, después de analizar la capacidad crediticia del futuro deudor, con toda seguridad propondrá hipotecar inmuebles en los cuales se desarrolla la producción, de manera que si en el futuro la empresa deudora no paga el crédito, estos inmuebles hipotecados sean vendidos mediante un procedimiento especial para que el banco se pague con el producto de la venta.

Otra alternativa que tienen las entidades financieras es que la empresa dé en prenda bienes muebles, como maquinaria, equipamiento u otros. Normalmente la prenda como contrato real se perfecciona por la entrega de los bienes muebles prendados; sin embargo, con la prenda industrial, especialmente pensada para estos casos, ello no es necesario, toda vez que se podrá seguir produciendo sin entregar el bien al creador. La prenda industrial es

3 Da Alienação Fiduciária

3.1 Conceito

Como instituto jurídico de garantia real de crédito, a alienação fiduciária está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a edição da Lei nº 4.728/65, com as alterações que lhe foram dadas pelo Decreto-Lei nº 911/69, no que tange a bens móveis. Já em 2002, com a promulgação do novo Código Civil, a propriedade fiduciária veio conceituada nos artigos 1361 a 1368-A.

Na lição de Gomes (1970), nas dívidas garantidas por meio de alienação fiduciária, a mora constitui-se *ex re*, daí porque acontecerá pelo simples vencimento do prazo para pagamento.¹⁵

O eminente jurista Silvio Rodrigues fez constar em sua obra que:

una garantía constituida sobre bienes muebles para caucionar obligaciones contraídas en el giro de los negocios que se relacionan con cualquier clase de trabajos o explotaciones industriales, conservando el deudor la tenencia y uso del bien mueble sobre el que recae la prenda, los que pueden ser maquinarias, materias primas, productos elaborados, herramientas, útiles, productos agrícolas, acciones, bonos y otros valores.

Pero volvamos a la hipoteca que, como señalamos, es la garantía más recurrente solicitada por los bancos y las entidades financieras. Estamos frente a lo que denominamos créditos hipotecarios, que se pueden establecer de tres formas: crédito hipotecario con emisión de letras de crédito, crédito hipotecario con mutuo endosable y crédito hipotecario simple.

En el primer caso el crédito hipotecario se documenta en letras de crédito garantizadas con hipoteca, las que por su naturaleza pueden hacerse circular en le mercado, recuperando el banco su dinero inmediatamente.

El mutuo endosable es otro mecanismo comúnmente utilizado por los bancos. Se celebra un contrato de mutuo por escritura pública y se incluye en el contrato una cláusula 'a la orden', lo que quiere decir que entregándosele una copia de la escritura al creador, éste puede ceder fácilmente el crédito a otros bancos o instituciones financieras mediante un 'endoso'. El endoso es el acto en virtud del cual el tenedor de un documento mercantil transfiere el dominio de éste o lo entrega en cobro, o lo constituye en prenda, que se realiza estampando la firma al dorso del documento o en una hoja de prolongación adherido a él, debiendo ser este endoso puro y simple; es decir, no debe estar sujeto a condiciones o plazos" (MENA, 2011, p. 208-209).

¹⁴ Ver Circular nº 3013-652 do Banco Central do Chile, publicada em 27 de agosto de 2009.

¹⁵ Gomes (1970) apresenta o seguinte conceito para *alienação fiduciária*: "Em sentido lato, a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição".

Se examinarmos a natureza jurídica do instituto, verificaremos tratar-se de compra e venda feita sob condição resolutiva. O negócio se aperfeiçoa desde logo e gera todos os seus efeitos, resolvendo-se se ocorrer o evento futuro e incerto representado pelo pagamento do débito pelo devedor.

Trata-se de negócio solene, pois a lei lhe impõe a forma escrita; do instrumento devem constar o total da dívida, ou sua estimativa, local e data do pagamento, a taxa de juros, comissões cuja cobrança for permitida, estipulação de correção monetária, cláusula penal, se houver, bem como a descrição dos bens fiduciariamente alienados, com os elementos indispensáveis à sua identificação (art. 66, § 1º).

A principal vantagem, para o credor, nas obrigações garantidas por alienação fiduciária, é a dispensa da praça, na venda da coisa. Embora a lei continue a vedar o pacto comissório (v. n. 193, v. 5), permite ela ao credor, após a apreensão da coisa, proceder à venda da coisa a terceiros, "independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver" (Dec.-lei n. 911, de 1º-10-1969, art. 2º) (RODRIGUES, 1995, p. 170-171).

Pensado como mecanismo de ágil recuperação de crédito, o procedimento de alienação fiduciária de coisa imóvel, baseado na execução extrajudicial do direito, foi introduzido no Brasil pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que deu a seguinte redação à Lei nº 9.514/97:

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

§ 1º 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: *(Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.481¹⁶, de 2007)*

I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; *(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)*

¹⁶ A Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007, prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União.

II - o direito de uso especial para fins de moradia; (*Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007*)

III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; (*Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007*)

IV - a propriedade superficiária. (*Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007*)

§ 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado. (*Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007*)

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.

A Alienação Fiduciária de bem imóvel é um tipo de garantia em que o devedor transfere ao credor o domínio do imóvel em garantia de pagamento. O credor conserva o domínio direto do imóvel alienado (e a posse indireta) até a liquidação da dívida garantida.¹⁷ Veja-se que a alienação fiduciária de bem imóvel é um procedimento administrativo de execução do crédito em que se formaliza a consolidação, a confirmação da propriedade em nome do credor pela preclusão da oportunidade do devedor de obter a reversão da transferência do domínio direto para si, conforme previsões legais.

O Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em seus arts. 1.359 a 1.368-A, fez previsões sobre a *propriedade resolúvel* e a *propriedade fiduciária*, inexistindo referência à *alienação fiduciária* entre os direitos reais capitulados no art. 1.225 do Código Civil, justamente por corresponder a um procedimento que se utiliza do direito real de *propriedade* (domínio) para compor uma modalidade de garantia contratual em financiamentos.

3.2 Diferenças entre a alienação fiduciária e outras modalidades de garantias reais

Não pretendendo esgotar todas as peculiaridades do instituto, já bastante conhecido de todos os operadores do Direito, é importante frisar que a lei prevê uma certa *afetação patrimonial*

¹⁷ Ver conceituação dada pelo art. 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, alterada pelo Decreto-Lei nº 911, de 1 de outubro de 1969.

do bem alienado em garantia, ou seja, tal bem não deveria responder por débitos não relacionados à contratação da alienação fiduciária.

A principal diferença entre o instituto e as modalidades de garantias reais, tais como o penhor, a caução e a hipoteca, é justamente esta: o devedor não permanece com pleno domínio do imóvel ofertado em garantia; na alienação fiduciária efetiva-se a transferência da propriedade ao credor (fiduciário), restrita e resolúvel, regressando ao patrimônio do fiduciante por ocasião do adimplemento total da dívida.¹⁸ No sistema dicotômico brasileiro, ao alienar fiduciariamente o imóvel, o fiduciante fica com o domínio indireto, e o fiduciário segue com o domínio direto sobre o bem.

Ponto a favor da instituição do procedimento de alienação fiduciária está no fato de que, nos termos do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem imóvel não se submete aos efeitos da recuperação judicial (ver Superior Tribunal de Justiça, AGRMC 201200715434, AGRMC - Agravo Regimental na Medida Cautelar – 19181, DJE de 25/09/2012).

3.3 Procedimentos de consolidação da propriedade do imóvel em nome do credor

O art. 26 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, disciplina o procedimento da *consolidação da propriedade* em nome do credor. Já pelo art. 27, tem-se as regras sobre a alienação do bem em público leilão, após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, e sobre a extinção da dívida. Eis a razão da preferência atual do credor pela alienação fiduciária.

O § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, consigna um ponto desfavorável ao credor. Confira-se:

§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

Cientes dessa previsão legal, o que os bancos têm feito é conceder crédito, por exemplo, de no máximo 50% ou 60% do valor de avaliação do imóvel (valor atribuído pelo serviço de engenharia do banco conessor). Assim, a garantia representa-

¹⁸ Ver Elias Filho (2006, p. 264).

da pela alienação fiduciária pode não ser entendida como absolutamente satisfatória.

Nos termos do art. 26 da Lei nº 9.514/1997, o serviço cartorário é órgão auxiliar da execução extrajudicial da alienação fiduciária, juntamente com o agente fiduciário, estando este último encarregado da promoção dos leilões.

3.4 A possibilidade de um mesmo imóvel garantir mais de uma operação ou contrato com o mesmo credor: a expressão “Termo Guarda-Chuva”

O procedimento ditado pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, sem sombra de dúvida, ao introduzir a alienação fiduciária de imóvel em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais, agilizou as operações, permitiu maior número de negócios, simplificou a burocrática constituição da garantia real, impediu a oferta do mesmo imóvel em garantia de outras dívidas e imprimiu maior segurança ao credor e ao investidor.

O jurista Nelson Abrão fez o seguinte comentário sobre a repercussão da edição da Lei nº 10.931/2004 e os direitos do credor fiduciário:

Inafastavelmente, o sistema financeiro e notadamente as instituições bancárias ganharam instrumentos mais claros evidenciando um código de regras nas operações imobiliárias, de empréstimos, capital de giro e proteção ao patrimônio de afetação, porém com privilégios estabelecidos que muitas vezes não combinam com a especificidade da relação de consumo.

Em linhas gerais, renova-se a possibilidade de execuções feitas pelos bancos sem a participação do Judiciário, não se admite discussão da dívida sem comprovação do adimplemento, repercutindo nas ações revisionais, contemplando-se títulos que se revestem de menores custos no mercado e asseguram maiores garantias aos credores (ABRÃO, 2011, p. 513).

Passados já dez anos da introdução da alienação fiduciária de bem imóvel, chegou-se a determinado momento econômico no Brasil em que credores e devedores buscam encontrar soluções negociais para que novas operações de crédito sejam feitas e/ou renegociadas, considerando o fato de que, no cenário econômico atual, parece haver um ‘esgotamento’ dos imóveis que o devedor e/ou proponente teria para ofertar, pelo fato de já se encontrarem alienados a determinado Credor, em razão de determinado negócio. Importante dizer que a alienação fiduciária

não guarda similaridade com a hipoteca nesse ponto (sub-hipoteca), posto que o imóvel não pode ser ofertado em alienação fiduciária mais de uma vez, quer em favor do mesmo credor, quer em favor de outro credor. Essa característica, que inicialmente foi vista como uma vantagem pelos bancos, agora parece não ser tão providencial assim.

A questão que se coloca é: pode um mesmo imóvel garantir mais de uma operação ou contrato com o mesmo Credor? Algumas composições contratuais (inserções de causa de vencimento antecipado e outras) e estratégias jurídicas processuais até podem ser postas em execução; contudo, não se pode atestar a total eliminação do risco jurídico de perecimento dos direitos e/ou créditos do mutuário relativos ao imóvel já ofertado em alienação fiduciária num primeiro contrato.

Para hipótese de contratações de operações diversas, de forma simultânea, tem-se cogitado operacionalizar a oferta de alienação fiduciária de um mesmo imóvel para mais de uma operação de crédito (modalidade) por meio do chamado "Termo Guarda-Chuva", um tipo de Termo de Constituição de Garantia que indicaria um valor limite global de crédito, *verbi gratia*, cujo registro assim poderia servir de garantia para mais de um contrato. Contudo, depender-se-ia de posicionamento favorável dos cartórios e, nesse caso, o indeferimento seria obstáculo que, muito provavelmente, teria como fundamento o art. 24 da Lei nº 9.514/1997.¹⁹ Nesse caso, a inadimplência em uma das operações necessariamente também deveria ser causa de vencimento antecipado da(s) outra(s), não estando descartada a hipótese de inviabilização da execução extrajudicial e de questionamentos judiciais do Devedor.

¹⁹ É recorrente a negativa de registro, por Oficial de Cartório de Registro de Imóveis, de Termo de Constituição de Garantia de Alienação fiduciária, que visa garantir dívida contraída através de Contrato de Renegociação (concessão de mais crédito, de mais prazo para pagamento), com pretensão do devedor de não pagar as despesas de novo registro da garantia, sob a alegação de que seria apenas um "aditamento contratual" ou uma "retificação à primeira avença". Correta a exigência cartorária se o contrato original está vencido: a situação exige nova contratação, novo valor principal de dívida, novo prazo e novas condições de reposição do empréstimo, taxas e encargos (itens identificadores de uma 'dívida', nos termos do art. 24 da Lei nº 9.514/1997). A hipótese seria de novo contrato, nova dívida. Nesse caso, com o fim exclusivo de permitir o registro da nova garantia vinculada ao "Contrato de Renegociação", exige-se também apresentação, para averbação, de instrumento de liberação da garantia anteriormente registrada.

Em contratações subsequentes, poder-se-ia planejar, por exemplo, que a segunda operação contivesse previsão contratual de vinculação de eventual saldo credor de execução extrajudicial da alienação fiduciária ofertada quando da primeira operação de concessão de crédito; ou contivesse contratação de Cessão de Direitos da Propriedade Superveniente. O devedor, ao se tornar inadimplente na primeira operação, sofreria a execução extrajudicial da garantia imobiliária, fato que ensejaria aplicação da autorização contratual para que o Credor se apropriasse do saldo de que trata o art. 27, § 4º da Lei nº 9.514/1997, para quitação ou amortização do saldo devedor da segunda operação. Por certo, essa “engenharia” somente teria razoável segurança e risco diminuto nas situações em que o valor de avaliação do imóvel fosse²⁰ bastante superior ao valor das dívidas, considerando-se a previsão contida no mesmo art. 27, § 5º da mesma lei.

Outra deve ser a previsão contratual caso a inadimplência ocorra primeiro na segunda operação de crédito, aquela que não possui garantia de alienação fiduciária do imóvel. Nesse caso, poderia o jurídico do banco iniciar a execução judicial do segundo contrato (inadimplente) e peticionar a penhora do mesmo imóvel ofertado em garantia no primeiro contrato de concessão de crédito. Estando em alienação fiduciária para o mesmo credor, grandes chances de a penhora ser deferida e registrada. Registrada a penhora, esse fato geraria o vencimento antecipado da primeira operação (previsão contratual de vencimento antecipado quando for constituída penhora ou qualquer outro ônus sobre o imóvel). Se não houver autorização judicial de penhora do próprio imóvel já alienado ao banco, o caso seria de suspensão da execução (não havendo outros bens a perseguir), até resolução final da primeira operação (se houver quitação com liberação da garantia, a penhora poderia ser registrada; se ocorresse inadimplência, o banco credor se apropriaria do saldo credor de que trata o art. 27, § 4º da Lei nº 9.514/1997, seja pela autorização contratual, seja pela execução judicial já em curso).

²⁰ É comum, por exemplo, que um imóvel avaliado em R\$ 2.000.000,00 esteja hoje garantindo (“preso a”) uma dívida comercial com saldo devedor inferior a R\$ 200.000,00: o devedor não possui condições financeiras de quitar o saldo devedor, e o credor não dispõe de opção com segurança jurídica para conceder mais crédito, sob a garantia do mesmo imóvel, sem que haja, previamente, o registro do cancelamento da alienação fiduciária do imóvel por quitação da dívida.

Mas, repisando, não se pode atestar a total eliminação do risco jurídico, qual seja, o de que terceiro obtenha êxito em medida judicial que atinja os direitos e/ou créditos do mutuário relativos ao imóvel ofertado em alienação fiduciária num primeiro contrato, antes do banco credor do Fiduciante.

3.5 Alienação fiduciária no Direito Comparado: o caso argentino

O Brasil não foi o pioneiro, ao que parece, na introdução do procedimento ao ordenamento jurídico no que tange a financiamento habitacional, com o fito de promover a execução extrajudicial do bem garantidor (aqui intitulada *alienação fiduciária de bens imóveis*). A experiência argentina teve início antes, com a publicação da Lei nº 25.798 em 7 de novembro de 2003. De acordo com a citada lei do país vizinho, o mutuário que quisesse refinanciar sua dívida hipotecária habitacional e se enquadrasse nas regras do programa, assim o poderia fazer, mas sob a constituição de propriedade fiduciária em favor do credor (*fideicomiso*). Nesses termos, confira-se:

Ley 25.798
HIPOTECA. SISTEMA DE REFINANCIACIÓN HIPOTECARIA
San. 5/11/2003; promul. 6/11/2003; publ. 7/11/2003
CAPÍTULO I
Del Sistema de Refinanciación Hipotecaria
Artículo 1.- Creación. Créase el Sistema de Refinanciación Hipotecaria el que tendrá por objeto la implementación de los mecanismos de refinanciación previstos en la presente ley y su regulamentación.
2.- Mutuos elegibles. A los fines de la presente ley, se entenderá como mutuo elegible aquellos mútuos garantizados con derecho real de hipoteca que cumplan con la totalidad de los siguientes requisitos:
a) Que el deudor sea una persona física o sucesión indivisa;
b) Que el destino del mutuo haya sido la adquisición, mejora, construcción y/o ampliación de vivienda, o la cancelación de mútuos constituidos originalmente para cualquiera de los destinos antes mencionados;
c) Que dicha vivienda sea única y familiar.
La naturaliza del acreedor no constituye requisito de elegibilidad, resultando incluidos en consecuencia los mútuos celebrados con entidades financieras o acreedores no financieros, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26 de la presente ley.
3.- Época de la mora. La parte deudora de um mutuo elegible deberá haber incurrido en mora entre el 1 de

enero de 2001 y el 11 de septiembre de 2003 y mantenerse en dicho estado desde entonces hasta la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

[...]

CAPÍTULO II

Del fideicomiso

12.- Creación. Créase el Fideicomiso para la Refinanciación Hipotecaria, que se regirá por la presente ley y su reglamentación, resultando de aplicación subsidiaria lo dispuesto en la ley 24.441 y sus modificatorias.

13.- Objeto. El fideicomiso tendrá por objeto implementar el Sistema de Refinanciación instrumentado por la presente ley y su reglamentación.

14.- Organización. El Poder Ejecutivo nacional designará el agente fiduciario en un todo de acuerdo con las prescripciones de la ley 24.441 y sus modificatorias, quedando facultado para determinar la integración del patrimônio del fideicomiso.

15.- Delegación. Autorízase al Poder Ejecutivo nacional a establecer la participación en el presente Sistema del Fondo Fiduciario para la Reconstrucción de Empresas, creado por el decreto 342 del 18 de abril de 2000 y sus modificatorios (CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, 2011, p. 586-588).

O instituto do *fideicomiso*²¹ no direito argentino foi adaptado também para utilização do financiamento habitacional, guardando algumas diferenças com o *fideicomisso* de nosso Código Civil.²²

Cabe aqui dizer que a citada lei argentina nº 25.798/2003 e seu Decreto Regulamentador nº 1.284/2003 foram questionados, de forma massiva, perante as Cortes daquele país, tendo os jurisdicionados pleiteado a declaração de inconstitucionalidade em razão de a lei atribuir ao fiduciário (art. 16 da lei) a faculdade de analisar e decidir se determinado contrato de mútuo habitacional estaria apto ou não (elegível) à aplicação das no-

²¹ "LEY 24.441

FIDEICOMISO, HIPOTECA, FINANCIAMIENTO DE LA VIVIENDA Y LA CONSTRUCCIÓN.

Sanc. 22/12/1994; promul. 9/1/1995; publ. 16/1/1995

Título I – DEL FIDEICOMISO

Capítulo I

Artículo 1.- Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario" (CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, 2011, p. 517).

²² Ver arts. 1951 a 1960 do Código Civil Brasileiro.

vas regras do sistema de refinanciamento hipotecário. Os mutuários de contratos de financiamento habitacional daquele país rejeitavam a aplicação das novas regras por entenderem que a adesão ao novo sistema de refinanciamento da moradia prejudicaria significativamente seus direitos e interesses, baseada em 'pretenso' propósito de reequilíbrio financeiro.

4 Da função instrumental do Direito e da adequação do instituto no ordenamento e cenário econômico brasileiro

A força dos fatos econômicos muitas vezes impõe a introdução de novos institutos e/ou regras. Na evolução histórica, é perceptível que o fato político vem influenciando na ordem econômica e no direito que a envolve. O Estado tem ingerência direta na ordem econômica e participação ativa nas relações sociais.²³ São várias as ações interventivas e participativas do Estado na esfera econômica e social, praticadas com o objetivo de disciplinar o mercado, enquadrar as relações patrimoniais e conduzir a execução de política econômica, utilizando o Direito como instrumento do desenvolvimento econômico. Por meio de instrumentos e procedimentos legais, é possível ao Estado regular o mercado a fim de estabelecer medidas tendentes ao desenvolvimento. Nesse sentido, o ordenamento jurídico se apresenta como instrumento de que se vale o Estado na promoção de mudanças no cenário econômico e no processo de desenvolvimento, com grande repercussão sobre as relações privadas.

O modelo econômico teria como premissas a economicidade e a simplificação dos procedimentos.

A introdução da alienação fiduciária de imóvel no ordenamento pátrio veio atender exigências do mercado, do contexto econômico-financeiro-social, e interesses de vários segmentos da sociedade, seja das instituições financeiras, seja das pessoas físicas ou jurídicas proponentes de mútuo, seja da construção civil. O novo instituto foi capaz de facilitar o acesso ao crédito, por impingir menor risco ao credor financiador e instituir um célere e descomplicado procedimento extrajudicial de execução da garantia (política de desenvolvimento com segurança) em operações com oferta de imóvel em garantia. Havia especial interesse do Estado em proporcionar maior segurança e estabilidade a essas relações contratuais, maximizando a utilidade do instituto jurídico por facilitar a operacionalização de negociações financeiras que assegurem a eficaz recuperação de investimentos.

Da forma como introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, considerando as questões afetas à vigência da norma e

aplicação do instituto, a alienação fiduciária de bem imóvel foi bem recepcionada, não incitando maiores discussões sobre sua constitucionalidade.

Conclusão

Como já dito, a funcionalidade e eficiência dos institutos jurídicos garantidores de concessão de crédito possuem relação direta com o desenvolvimento econômico e social de um país. A credibilidade do ordenamento, a segurança jurídica e contratual, a boa definição e delineamento dos institutos oferecem maiores condições de expansão e estabilidade econômica, fomentando negócios e atraindo capitais e investimentos.

O procedimento mais ágil da constituição da alienação fiduciária de bem imóvel e sua respectiva execução extrajudicial é hoje a modalidade de garantia mais utilizada pelas instituições financeiras brasileiras, tanto no financiamento habitacional como no comercial. Muito embora se ressinta da impossibilidade de haver constituição de mais de uma garantia de alienação fiduciária sobre o mesmo imóvel, o caminho que se vislumbra é mesmo o de desuso da hipoteca, notadamente pelo fato de que a execução extrajudicial da garantia de alienação fiduciária prescinde do Judiciário para se fazer operar. O cenário atual, de “amadurecimento” do instituto e de percepção de suas deficiências e vantagens, certamente levará ao seu aperfeiçoamento, que assim deverá ocorrer por meio de alterações legislativas.

Referências

- ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 14ª ed. rev. atual. e ampl. pelo Desembargador Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA – Legislación Complementaria. 9. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ELIAS FILHO, Rubens Carmo. **Contratos Bancários**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 2ª ed. São Paulo: Universitária de Direito LTDA, 1970.
- MARCUSE, Robert. **El Banco Nuestro De Cada Día** – Una Visión Desde Adentro. 1ª ed. Buenos Aires: Granica, 2010.
- MARICHAL, Carlos. Prólogo. In: ROUGIER, Marcelo (comp.). **La Banca de Desarrollo En América Latina**. 1ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011. p. 9.

MENA, Cristián Saieh. **Derecho Para El Emprendimiento Y Los Negocios**. 2ª ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

RAMÍRES GRONDA, Juan D. **Diccionario Jurídico**. 12ª ed. Buenos Aires: Claridad, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** - Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 3.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.