# FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA

# Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais

Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Departamento de Direito Civil

São Paulo 2013

FÁBIO R. P.

direito positivo

Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não

habitacionais: limites da sua aplicação prática e inadequação do

MESTRADO FDUSP 2013

## FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA

# Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais

Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Civil, sob a orientação da Professora Titular Teresa Ancona Lopez.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Departamento de Direito Civil

São Paulo 2013 Nome: SILVA, Fábio Rocha Pinto e

Título: Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais:

limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo.

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito Civil.

Δ1	provado	em.
7 N	DI O Vauo	CIII.

### Banca Examinadora

Prof. Dr	Instituição:	
Julgamento:	Assinatura:	
Prof. Dr.	Instituição:	
Julgamento:	Assinatura:	
Prof. Dr.	Instituição:	
Julgamento:	Assinatura:	

### **AGRADECIMENTO**

Agradeço a todos aqueles que, por seu apoio e suas contribuições, diretas e indiretas, permitiram e auxiliaram a realização deste trabalho, a orientação da pesquisa necessária e a visualização da problemática das garantias na prática dos contratos, que determinou a escolha de abordagem a ser dada ao tema.

Em especial, agradeço à professora Teresa Ancona Lopez, que tive a sorte e o prazer de conhecer nos meus primeiros dias no Largo São Francisco e que aceitou orientar, primeiro, minha Tese de Láurea e, depois, esta Dissertação de Mestrado, sempre com muita paciência, amizade e conhecimento. Devo, portanto, à professora Teresa, cada passo conquistado em meu crescimento acadêmico.

Agradeço aos professores Marco Fábio Morsello e Claudio Luiz Bueno de Godoy, que reviram o rascunho deste trabalho, por ocasião da minha qualificação. Suas críticas, sempre construtivas, e suas sugestões fizeram com que cada linha deste trabalho alcançasse um padrão mais elevado. Agradeço ainda aos professores Patrícia Faga Iglecias Lemos, Fernando Campos Scaff, José Rogério Cruz e Tucci, João Ricardo Brandão Aguirre, Rui Geraldo Camargo Viana, Carlos Alberto Dabus Maluf, Otavio Luiz Rodrigues Junior e Wanderley Fernandes, com quem tive excelentes aulas e aprendi o verdadeiro significado do curso de pós-graduação.

Agradeço aos meus pais, por terem sempre incentivado que almejasse novos desafios e por terem me ensinado a acreditar que é sempre possível fazer melhor. Agradeço à Caroline pela cumplicidade, a paciência e a compreensão, durante os últimos sete anos, e por me lembrar, com a frequência necessária, da importância de seguir com o estudo e o aprendizado.

Agradeço aos meus amigos e familiares, pela companhia nos momentos bons e ruins, pelo apoio de todos os dias e pela importância que têm, mesmo quando não sabem, na manutenção do equilíbrio e da sanidade.

Agradeço aos meus colegas de Pinheiro Neto Advogados, por terem sido a minha escola na advocacia, pelo companheirismo e amizade, por reconhecerem a importância da vida acadêmica e por trazerem sempre novos desafios, que contribuíram para a escolha do tema deste trabalho.

#### **RESUMO**

SILVA, Fábio Rocha Pinto e, Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo, 2013, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

O trabalho analisa, em primeiro lugar, a evolução dos direitos reais de garantia a partir da noção de propriedade em garantia para a noção de garantia como um direito sobre coisa alheia. Estabelece-se uma oposição entre a garantia sobre a coisa e a garantia sobre o valor da coisa. Em segundo momento, analisa-se o declínio recente da hipoteca, apontando as possíveis causas que, no Brasil e em outros sistemas jurídicos, levaram ao ressurgimento da propriedade-garantia, em especial com a regulamentação da alienação fiduciária de imóveis no direito brasileiro, através da Lei nº 9.514.1997. Em seguida, são examinadas e comparadas as principais características da hipoteca e da alienação fiduciária, duas formas de garantia imobiliária reguladas pelo direito brasileiro, quanto à sua natureza jurídica, constituição, adequação, eficácia e execução, em vista do conceito de garantia ideal. Finalmente, são identificados problemas e propostas diretrizes para embasar uma futura e necessária reforma dos institutos, com o intuito de alcançar um equilíbrio do sistema brasileiro de garantias reais imobiliárias.

Palavras-chave: direito civil, direito privado, direitos reais, garantias, hipoteca, alienação fiduciária.

## **RÉSUMÉ**

SILVA, Fábio Rocha Pinto e, L'Hypothèque et l'Aliénation Fiduciaire comme sûretés des contrats à fin non-habitationnelle: limitations à leur usage pratique et inadequation du droit positif., 2013, Dissertation (Master en Droit), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

La dissertation examine, d'abord, l'évolution des sûretés reélles à partir de la notion de propriété comme sûreté vers la notion de sûreté comme un droit sur des biens d'autrui. Une opposition est donc mise en place entre la sûreté sur la chose et la sûreté sur la valeur de la chose. Dans la deuxième partie, nous analysons le déclin récent de l'hypothéque, en soulignant les causes possibles qui, au Brésil et dans d'autres systèmes juridiques, ont resulté à la résurgence de la propriété-sûreté, en particulier la réglementation de l'aliénation fiduciaire dans la loi brésilienne, à travers la Loi n° 9.514/1997. Sont ensuite examinées et comparées les principales caractéristiques de l'hypothèque et de l'aliénation fiduciaire, les seuls deux formes de sûretés immobilières régies par la loi brésilienne, quant à leur nature, la constitution, l'adequation à la dette, l'efficacité et l'exécution, en vue du concept de la sûreté idéale. Enfin, nous identifions des problèmes et proposeont des lignes directrices pour appuyer la réforme future et nécessaire des instituts, afin d'obtenir un équilibre dans le système bresilien des sûretés immobilières.

Mots-clés: droit civil, droit privé, droits reéls, sûretés, hypothèque, fiducie.

#### **ABSTRACT**

SILVA, Fábio Rocha Pinto e, *Mortgage* (lien) and Fiduciary (title) security interests in non-residential agreements: limits to their practical use and inadequacy of statute, 2013, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

The paper examines, first, the evolution of security interests from the concept of legal estate as collateral (*title theory*) towards the concept of security interest as a lien on a third party's property. This evolution configures an opposition between the notions of security on the property and security on the property's value. In the second stage, we analyze the recent decline in mortgage (in the form of lien), pointing out the possible causes that, in Brazil and in other legal systems, have supported the resurgence of security interests based on the transfer of title, especially the regulation of fiduciary security of real property in Brazilian law, through Law No. 9.514.1997. We then examine and compare the main characteristics of the mortgage and fiduciary security, the only two forms of real estate collateral governed by Brazilian law, as to their legal nature, constitution, adequacy to the debt, effectiveness and foreclosure, in view of the "ideal security" concept. Finally, we identify certain problems and propose guidelines to support a future and necessary reform of the mortgage and fiduciary security, in order to achieve a balance in the Brazilian system of real estate security interests.

Keywords: civil law, private law, property rights, security interests, mortgage, fiduciary security.

# LISTA DE ABREVIAÇÕES

ABNT Associação Brasileira de Normas Técnicas

DCV Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo

FDUSP Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SFH Sistema Financeiro da Habitação, criado nos termos da Lei 4.380/1964.

SFI Sistema Financeiro Imobiliário, introduzido pela Lei 9.514/1997.

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

TJ/PR Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TJ/SP Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

USP Universidade de São Paulo

# SUMÁRIO

I	INTRODUÇÃO1		
1.	D	AS GA	RANTIAS 8
	1.1.	Siste	matização das garantias no direito brasileiro
	1.2.	O co	nceito da garantia ideal como paradigma para o estudo das diversas
	forn	nas de g	garantia
1.3. As várias espécies de garantia no sistema brasileiro e a inexistência da ga		árias espécies de garantia no sistema brasileiro e a inexistência da garantia	
ideal.			11
	1.4.	Orig	em e evolução histórica das garantias reais
		1.4.1.	As garantias reais e o surgimento da hipoteca no Direito Romano 19
		1.4.2.	A hipoteca no direito medieval continental e na formação da Common
		Law	26
		1.4.3.	A evolução da hipoteca na Common Law
		1.4.4.	A evolução da hipoteca na Europa continental e no direito português . 31
		1.4.5.	A evolução da hipoteca no Direito brasileiro do século XIX37
	1.5.	Histo	órico recente das garantias reais imobiliárias no Direito brasileiro 41
2.	A	НІРО	TECA45
	2.1.	Cond	ceito e natureza jurídica
	2.	.1.1.	Princípios47
		2.1.1.1	. Princípio da Publicidade
		2.1.1.2	2. Especialização
		2.1.1.3	3. Indivisibilidade
	2.	.1.2.	Ato notarial e constituição da garantia hipotecária54
	2.	.1.3.	Direitos de preferência e sequela56
	2.	.1.4.	Caráter acessório e hipoteca abstrata
		2.1.4.1	. Hipoteca de valor máximo: garantia de dívida futura ou condicional 65
	2.2.	Aspe	ectos relacionados ao processo de execução
	2.	.2.1.	Liquidez do crédito para fins de execução hipotecária71
	2.	.2.2.	Valor mínimo de avaliação, seu uso na Adjudicação e a hipótese de
	re	eavaliac	ão

2.3. D	Direito do credor hipotecário na falência e na recuperação	75
2.4. H	Hipoteca cedular	77
3. A ALIE	ENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL	80
3.1. C	Conceito e natureza jurídica	80
3.1.1.	. Alienação fiduciária e <i>trust</i>	82
3.1	.1.1. O trust em garantia e a figura do agente de garantias no direito bra	sileiro
		83
3.1.1.	. Requisitos e constituição	86
3.1.2.	. Efeitos do registro	88
3.1.3.	Natureza da propriedade resolúvel	89
3.1.4.	Natureza do direito do devedor fiduciante	90
3.2. E	Efeitos e problemas relacionados à utilização da propriedade resolúvel co	omo
garantia	L	91
3.2.1.	. Responsabilidade pelos ônus e obrigações reais	91
3.2.2.	. Responsabilidade civil do proprietário	94
3.2.3.	Necessidade do georreferenciamento de imóvel rural	99
3.2.4.	. Alienação de imóvel rural para credor estrangeiro	100
3.2.5.	. Falência ou recuperação judicial do devedor	103
3.3. A	A insuficiência do regime da Lei 9.514/97 para a aplicação geral da alier	ıação
fiduciári	ia de imóvel	106
3.3.1.	. Vinculação pessoal do devedor e quitação recíproca do art. 27 da Le	i
9.514		108
3.3.2.	. Garantia de dívida futura e de dívida incerta	112
3.3.3.	Alienação fiduciária do imóvel bem de família	113
3.3.4.	. Cessão dos direitos do fiduciante e do fiduciário	117
4. A HI	POTECA FACE À ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVE	EL – A
NECESSÁ	ÁRIA REFORMA DOS INSTITUTOS	121
4.1. Das	s Vantagens e Desvantagens da Hipoteca e da Alienação Fiduciária	121
4.2. Os i	institutos da Hipoteca e da Alienação Fiduciária face ao conceito da gar	antia
ideal		123
4.3. A n	necessidade de reforma dos institutos da hipoteca e da alienação fiduciár	ia. 126

REFE	RÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	151
CONCLUSÃO		146
4.5.	Execução extrajudicial das garantias: possibilidade e conveniência	135
imóv	/eis	130
4.4.	4.4. Aspectos relevantes para a reforma da hipoteca e da alienação fiducián	

# INTRODUÇÃO

As garantias possuem papel fundamental na viabilização dos negócios jurídicos. O seu uso já era conhecido no Direito Romano e conferia segurança à realização de negócios em que uma parte se tornaria credora da outra. Uma das principais funções das garantias, portanto, é facilitar o acesso ao crédito<sup>1</sup>, possibilitando ao devedor receber algo que necessita, sem que haja contraprestação imediata. Sabe-se que o crédito é, portanto, essencial para a economia<sup>2</sup>, e em especial para alguns mercados, como o imobiliário<sup>3</sup>.

As garantias são classicamente divididas em pessoais e reais, sendo as primeiras de caráter obrigacional, ou seja, incidentes sobre a totalidade do patrimônio do garantidor, e as segundas de caráter real, consistindo em gravame sobre determinada coisa. Recentemente têm sido admitidas (e de certa forma reintroduzidas) garantidas pautadas no direito de propriedade sobre as coisas, em especial a propriedade fiduciária e garantias impróprias que, segundo FERNANDO NORONHA<sup>4</sup>, convencionou-se chamar *supergarantias*<sup>5</sup>.

As garantias pessoais, no ordenamento brasileiro, consistem na fiança e no aval. Apesar de sua grande abrangência, as garantias incidentes sobre o total do patrimônio do garantidor podem não ser suficientes para determinados negócios. A garantia pessoal é relação obrigacional, que vincula duas pessoas determinadas, o sujeito ativo e o passivo, não sendo oponível a terceiros<sup>6</sup>. Dessa forma, não é imune à diminuição natural do patrimônio do garantidor<sup>7</sup>, pois não implica em constrição sobre qualquer de seus bens. Além disso, sabe-se que os credores quirografários<sup>8</sup> encontram-se em posição pouquíssimo privilegiada em caso de concurso de credores e falência<sup>9</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> PHILIPPE SIMLER, Rapport de Synthèse, in Les garanties de financement - Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Portugaises, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 24.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> MARIA ISABEL H. M. CAMPOS, *Da Hipoteca*, 1<sup>a</sup> ed, Coimbra, Almedina, 2003, p. 21.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> ROGER SMITH, *Property Law*, 7<sup>th</sup> Ed., London, Longman, 2011, pp. 559-560.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> A alienação fiduciária em garantia e o *leasing* financeiro como supergarantias das obrigações, in RT nº 845, p. 37, março de 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO (*Direito das Coisas*, São Paulo, RT, 2008, p. 431) preferiu denominá-las *hipergarantias*, aproveitando o mesmo conceito.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, CARLOS A. DABUS MALUF, *Curso de Direito Civil vol. 3 – Direito das Coisas*, 39 ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Ainda que goze de alguma proteção no instituto da fraude a credores, mas que consiste forma indireta de oponibilidade perante terceiros.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> O direito do credor quirografário é exercido sobre a totalidade dos bens do patrimônio do garantidor, à exceção dos bens impenhoráveis. O termo *quirografário* tem origem grega e significa "escrito pela mão",

Como proteção à insolvência do devedor, alguns casos exigem a oneração de um ou mais bens específicos do seu patrimônio, vinculando-os ao cumprimento da obrigação 10. São as garantias reais, cujo exemplo mais empregado atualmente, no caso de bens imóveis, é a hipoteca, conhecida como rainha das garantias<sup>11</sup>, em oposição ao penhor, principal modalidade de garantia real sobre bens móveis.

Além das garantias reais tradicionais, no entanto, surgiram outras modalidades de garantias, pautadas no uso da propriedade. Essas garantias se diferenciam da hipoteca e do penhor porque, em vez de direito sobre coisa do garantidor (ius in re aliena), constituem garantia sobre bem próprio do credor, mediante a transferência temporária da propriedade pelo devedor ao credor.

A rápida evolução das garantias sobre a propriedade, que FERNANDO NORONHA<sup>12</sup> denomina supergarantias, em países de tradição romano-germânica, é demonstrada ao contrastar os dois volumes de Direito Comparado publicados pela Association Henri Capitant, respectivamente, em 1998 e 2006, que tratam das garantias e da propriedade. Embora uma tendência de uso da propriedade como garantia existisse há certo tempo com relação a bens móveis<sup>13</sup>, de maneira geral, apenas recentemente passou a existir sobre imóveis<sup>14</sup>.

Entre tais garantias há, de um lado, as garantias fiduciárias (propriedade, alienação e cessão fiduciária), reguladas no sistema jurídico brasileiro com finalidade de garantia das obrigações e, de outro lado, garantias impróprias<sup>15</sup>, mediante o uso de

em alusão ao fato de que o garantidor responde pessoalmente pela dívida. Assim, a garantia pessoal consiste em um ato de confiança, pois o credor está sujeito à variação patrimonial do garantidor. Nesse contexto surgiu o termo credor, do verbo latino credere, que pode ser traduzido como confiar.

A garantia será paga somente após outras classes de dívida que possuam prioridade sobre os créditos quirografários: reclamações trabalhistas, créditos com garantias reais, créditos tributários, créditos com privilégio especial e créditos com privilégio geral, conforme definido no art. 83 da Lei nº. 11.101/05, adiante transcrito.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 45a ed, Milano, Cedam, 2012, p. 792; Washington DE BARROS MONTEIRO, CARLOS A. DABUS MALUF, Direito das Coisas..., cit., p. 395.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> PHILIPPE SIMLER, Rapport de Synthèse..., cit., 1998, p. 29 : « 'L'hypothèque, reine des sûretés' est une image largement répandue ».

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> A alienação fiduciária em garantia e o *leasing* financeiro como *supergarantias...*, cit.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> PHILIPPE SIMLER, *Rapport de Synthèse*, ..., cit., 1998, p. 30.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> MAURO BUSSANI, Rapport général – La propriété-sûreté, in: La Propriété – Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Vietnamiennes, 2006, p. 305.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> A oposição que aqui utilizamos e que será repetida por outras vezes ao longo deste trabalho, estabelecendo contraponto entre garantias fiduciárias, de um lado, e garantias impróprias pautadas na propriedade, de outro, ensejaria profundo debate acerca da tipicidade ou atipicidade das garantias fiduciárias positivadas no direito brasileiro, e da possibilidade de serem consideradas garantias próprias ou impróprias. LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO (Direito das Coisas..., cit., pp. 433-4) afirma que a alienação fiduciária não constitui um novo direito real, mas sim a propriedade funcionalizada ao cumprimento de obrigações, o que a tornaria, legitimamente, uma garantia atípica ou imprópria. Complementa, ainda, que a distinção tem relevo por não se aplicar à propriedade fiduciária o regime dos

contratos que podem adquirir espírito de garantia, como o *sale lease-back* ou *crédit-bail*<sup>16</sup>, a alienação com cláusula de retrovenda<sup>17</sup>, a reserva de domínio, entre outros. Dentre os argumentos trazidos por NORONHA, entendemos como mais relevante para a diferenciação das garantias pautadas na propriedade<sup>18</sup>, e como justificativa para sua alcunha de *supergarantias*, a imunidade aos efeitos da insolvência do garantidor, eximindo o credor de eventual concurso, conforme apontado por P. SIMLER<sup>19</sup>, uma vez que a coisa deixa de integrar o patrimônio do garantidor no momento da constituição da garantia.

Neste trabalho não serão analisadas especificamente as garantias impróprias acima citadas, mas apenas a alienação fiduciária de bem imóvel, conforme regulada pela Lei nº 9.514/1997, em contraste com a garantia hipotecária, por entendermos que ambas constituem, no atual sistema jurídico brasileiro, as modalidades de garantias imobiliárias *stricto sensu*, que permitem ampla utilização como garantias das obrigações.

direitos reais de garantia em geral, por conta da atipicidade. Nosso entendimento, por outro lado, admite que o legislador, ao regular a *propriedade fiduciária*, tenha criado uma garantia própria. Isso porque não apenas limitou o direito real de propriedade, mediante condição resolutiva, mas atribuiu à *propriedade* 

fiduciária um regime e efeitos estranhos à propriedade, alguns totalmente inovadores, como a constituição de patrimônio de afetação sobre a coisa que é transmitida a título de garantia ao credor, e outros que na realidade são próprios dos direitos reais de garantia, como a sua subordinação aos princípios clássicos da especialidade, indivisibilidade e publicidade, a acessoriedade e, de certa forma, a preferência e a sequela. Ainda, em nosso entendimento, a propriedade fiduciária estaria sujeita, ao menos subsidiariamente (e em especial quando garantir obrigação exterior aos sistemas de financiamento habitacional, como iremos adiante defender), ao regime dos direitos reais de garantia, o que seria necessário para viabilizar a utilização generalizada da garantia, que foi permitida pelo legislador. Os fatores que mencionamos, por outro lado, não se aplicam ao uso efetivamente impróprio do direito real de propriedade como garantia, mediante reserva de domínio, venda com cláusula de retrovenda, sale leaseback, etc. Por essa razão, e em oposição a estas formas nitidamente impróprias, preferimos considerar (cientes do risco terminológico) a alienação fiduciária como um contrato típico, que ensejaria garantia real própria (a propriedade fiduciária).

<sup>16</sup> Trata-se de alienação do imóvel com celebração imediata de contrato de *leasing* imobiliário, que permite a recompra do imóvel pelo devedor/alienante mediante a quitação das parcelas e o pagamento de valor residual; v. LAURENT. AYNES, PIERRE. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, 3e édition. Paris, Defrénois lextenso éditions, 2008, p. 359; J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit Commun des Sûretés Réelles* (JACQUES GHESTIN - *Traité de Droit Civil*), Paris, LGDJ, 1996, p. 16; 20-2. Também encontradas formas contratuais que utilizam a locação e a cessão de direito real de superfície, em ambos os casos contendo a opção de (re)compra do imóvel pelo locatário/superficiário-devedor ao final.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> A cláusula que estabelece a retrovenda de imóvel é limitada ao prazo de decadência de 3 anos, nos termos do art. 505 do Código Civil Brasileiro, limitando fortemente sua utilização com escopo de garantia imobiliária no direito brasileiro.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Do ponto de vista dos seus efeitos.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> PHILIPPE SIMLER, Rapport de Synthèse – Les Garanties de Financement, ...cit., p. 30 : « D'où le succès de certaines variétés nouvelles de sûretés réelles et le regain d'intérêt pour des précédés anciens, qui étaient tombés en désuétude, le critère étant toujours la soustraction à la loi du concours en cas de faillite. Echappe ainsi à tout concours le droit de propriété. »

Historicamente, os primeiros modelos de garantia imobiliária consistiam na alienação do bem imóvel ao credor como garantia (como a *fiducia cum creditore*<sup>20</sup>, em Roma), o que não confere, portanto, caráter de novidade às formas alternativas de garantia mencionadas no parágrafo anterior. A hipoteca, diferentemente destas, é a única espécie de garantia imobiliária<sup>21</sup> que não exige a transferência da propriedade, operando-se através da criação de um direito real acessório sobre a propriedade alheia, na forma de um gravame ou constrição sobre aquele bem. Representou, assim, um grande avanço na matéria, pois não reduzia excessivamente a capacidade de endividamento do devedor, permitindo, por exemplo, a utilização do mesmo bem para garantir vários negócios jurídicos de valor menor.

As qualidades da garantia hipotecária tornaram-na largamente difundida e presente até os dias atuais. No entanto, várias escolhas legislativas afetaram negativamente o instituto da hipoteca na maioria dos países de tradição jurídica latina<sup>22, 23, 24</sup>: por um lado, (i) a necessidade de um ato notarial, com o posterior registro, tornou sua constituição demorada, complexa e onerosa; por outro lado, (ii) o tratamento legal da matéria criou diversas restrições à sua livre utilização pelas partes contratantes; além disso, (iii) uma vez constituída, a execução judicial lenta e incerta prejudica a sua eficácia plena; finalmente, (iv) as legislações relativas à falência frequentemente colocaram os credores reais em posição inferior a outros privilegiados, como trabalhistas e fiscais.

Em grande parte dos sistemas jurídicos de tradição latina, a exemplo da França e da Itália<sup>25</sup>, tal fenômeno motivou o reaparecimento de formas próprias e impróprias de

\_

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> A *fiducia cum creditore* era extremamente gravosa para o devedor no Direito Romano, pois até o advento da República, o vínculo do credor, que recebia o imóvel, com o devedor/alienante tinha caráter apenas obrigacional, de forma que não era possível forçar o credor a devolver ao devedor o imóvel dado em garantia. Por isso a denominação de *fiducia*, uma vez que o negócio (a transmissão da propriedade) era feito na base da confiança; v. JOSÉ C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 14ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 362-363.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Considerando-se também os contratos com finalidade de garantia mencionados.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> JACQUES AUGER, *Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Général*, in *Les garanties de financement - Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Portugaises*, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 41

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> MARIA ISABEL H. M. CAMPOS, *Da Hipoteca...*, cit., p. 22.

MAURO BUSSANI, Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Italien, in Les garanties de financement - Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Portugaises, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 225.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> PHILIPPE SIMLER, Rapport de Synthèse – Les Garanties de Financement, ...cit., p. 30; JACQUES AUGER, Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Général..., cit., p. 51; JEAN-PAUL DECORPS, La Propriété – Rapport de Synthèse in La Propriété – Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Vietnamiennes, Tome LIII / 2003, Paris, Société de législation comparée, 2006, pp. 12-3. Com relação à França: L. AYNES, P. CROCQ, Les sûretés,... cit., pp. 341 ss. : « En effet, l'histoire du droit des sûretés de

garantia pautadas na transferência da propriedade. No Brasil<sup>26</sup>, com a introdução da alienação fiduciária de bem imóvel, em 1997, adotou-se, como já mencionamos, nova forma própria de garantia imobiliária, cujo tratamento legislativo inadequado à aplicação geral tem gerado grandes controvérsias.

No exemplo brasileiro, a alienação fiduciária de bem imóvel foi introduzida pela lei 9.514/97, que criou o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI). Destarte, resta claro que este era diploma legal inadequado para a criação de uma garantia aplicável a todas as obrigações<sup>27</sup>, pois seu objetivo era dispor acerca do financiamento imobiliário habitacional.

même que le droit comparé enseignent que le recours aux propriétés-sûretés et leur développement sont toujours inversement proportionnels à l'efficacité des sûretés réelles traditionnelles (...) »; M. CABRILLAC, C. MOULY; S. CABRILLAC, P. PETEL, Droit des sûretés - Manuel, Paris, Litec, 2007, pp. 393-405 : « De cette origine et de l'évolution postérieure du droit de sûretés est née la conviction que l'utilisation de la propriété comme garantie ne pouvait être qu'un procédé frustre et archaïque, la voie unique du progrès passant justement par une affectation qui ne porte pas atteinte aux droits et à l'emprise du débiteur su la chose affectée. Cette conviction est depuis quelques années remise en cause (...). En réalité, la faveur dont jouit la propriété comme garantie n'est peut-être qu'un phénomène circonstanciel, le fruit de la dégradation et de l'excessive complexité qui affectent aujourd'hui notre tissu de sûretés classiques »; PHILIPPE SIMLER, PHILIPPE DELEBECQUE, Droit civil – Les sûretés – La publicité foncière, 2009, p. 20. Com relação à Itália: A. GAMBARO, Il diritto di proprietà (ANTONIO CICU e FRANCESCO MESSINEO -Trattato di Diritto Civile e Commerciale), Milano, Giuffrè, 1995, p. 650: "Infine, il trust apre la possibilità di costituire meccanismi di garanzia che nei sistemi di civil law come quello francese ed italiano sono condannati dal divieto di patto commissorio. Anche in questo caso ci si può chiedere se si tratti di un divieto che ha una sua ragion d'essere nella razionalità complessiva del sistema e nei suoi valori di fondo, oppure si regga solo sull'esistenza di una norma positiva che lo contempla. Nel primo caso il divieto costituirebbe un ostacolo alla utilizzazione del trust, nel secondo caso si dovrebbe ritenere abrogato il divieto attuale."; ALBERTO TRABUCCHI, Istituzioni di Diritto Civile, 45a ed, Milano, Cedam, 2012, pp. 120-2: "Quando non si riscontri tale frode alla legge, si riteneva giustificata la tendenza a riconoscerle efficacia sempreché - è ovvio - non si tratti di vendita simulata":; FRANCESCA FIORENTINI, Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari, in: MAURO BUSSANI, Francesca Fiorentini (org.), I contratti di finanziamento e le garanzie reali nella prospettiva europea (Financial contracts and secured transactions in the european perspective), Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche vol. 7, Trieste, Ed. Università di Trieste, 2003, p. 149 ss: "Ad esempio, il circuito imprenditoriale italiano mostra la tendenza ad orientar-se verso strumenti alternativi alla garanzia tipica. Uno degli esempi cui è possibile far qui riferimento prevedeva la costituzione in trust di scopo di un patrimonio immobiliare a garanzia di un prestito obbligazionario, da parte di una società di capitali, in luogo della costituzione di ipoteca. (....) Per quanto riguarda la Germania, l'efficienza del sistema delle garanzie reali immobiliari à uno dei principali motivi per i quali le alienazioni in garanzia sono strumenti (molto diffusi, ma) limitati al settore mobiliare".

<sup>26</sup> MELHIM N. CHALHUB, Negócio Fiduciário – Alienação Fiduciária, 2009; ARNOLDO WALD, Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de banco de desenvolvimento, in: Revista de Direito Imobiliário nº 51, pp. 256-7; FRANCISCO C. ALMEIDA SANTOS, Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia (penhor, hipoteca, anticrese), 2006, p. 167: "Créditos mais aquinhoados em privilégios, como o crédito fiscal e o trabalhista, bem como a lentidão na solução das controvérsias submetidas ao Judiciário, provocaram o desprestígio desta garantia, substituída pela alienação em garantia"; ARNOLDO WALD, Rapport Brésilien, in La Propriété – Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Vietnamiennes, 2006, pp. 371 ss.

<sup>27</sup> Apesar de não ser desconhecida a posição que define o rol de direitos reais presente no Código Civil como *numerus clausus*, entendemos que não há óbice para a criação ou modificação de direitos reais que não tenham sido inicialmente previstos como tal, conforme ensinam WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, CARLOS A. DABUS MALUF (*Curso de Direito Civil vol. 3 – Direito das Coisas,...* cit., p. 12). Assim, a alienação fiduciária de bens imóveis constitui forma de **garantia real**, pautada no direito real de

m

A despeito da destinação e regulamentação da alienação fiduciária de bens imóveis com vistas ao financiamento habitacional, tal forma de garantia não ficou restrita a esse fim: o texto original da Lei nº 9.514/1997 estabeleceu que a garantia poderia ser contratada por pessoas físicas ou jurídicas, não sendo privativa das entidades que operam no SFI<sup>28</sup>; posteriormente, a Lei nº 11.481/2007, que alterou a Lei nº 9.514/1997, estendeu a utilização da alienação fiduciária de bens imóveis além da propriedade plena, abrangendo, por exemplo, a propriedade superficiária<sup>29</sup>. Da mesma forma, o art. 51 da Lei nº 10.931/2004 esclareceu que a alienação fiduciária de imóveis poderia ser utilizada para garantir as obrigações em geral<sup>30</sup>.

De fato, enorme foi a sua aceitação, uma vez que a alienação fiduciária solucionava (ou amenizava) pelo menos três dos principais problemas da hipoteca: (i) sua constituição é mais simples e menos onerosa, pois a lei dispensou o ato notarial para sua celebração; (ii) é muito mais eficaz, principalmente devido à rápida execução extrajudicial<sup>31</sup>; e (iii) está, a princípio, imune aos efeitos da falência, pois o imóvel é retirado do patrimônio do devedor desde o registro da garantia. No entanto, a inadequação da lei que regulou tal garantia, face à sua aplicação indiscriminada, ficou evidente em questões ainda não respondidas pela jurisprudência, que serão objeto de um capítulo específico deste trabalho.

A hipoteca perde gradativamente a importância, principalmente nas relações empresariais, tendo sua aplicação cada vez mais restrita às lacunas de incerteza deixadas pela regulamentação da alienação fiduciária. Tentativas de expandir a utilização do

propriedade. Não obstante, se tentará demonstrar adiante que a regulamentação existente para tal modalidade de garantia, conforme a lei que instituiu o SFI, não é suficiente para embasar sua aplicação indiscriminada, como vem ocorrendo.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Cf. redação original do Parágrafo único do art. 22 da Lei nº 9.515/97: "Art. 22. (...) Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, podendo ter como objeto imóvel concluído ou em construção, não sendo privativa das entidades que operam no SFI."

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Nova redação do §1º do art. 22 da Lei nº 9.514/97: "Art. 22. (...) § 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: 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>30</sup> "Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> "Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, (...) por alienação fiduciária de coisa imóvel."

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> No caso da hipoteca, a forma extrajudicial está restrita ao financiamento habitacional e às hipotecas cedulares concedidas a instituições financeiras, nos termos do Decreto-Lei 70/1966, cuja compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 é novamente objeto de discussão pelo Supremo Tribunal Federal, o que discutiremos no último capítulo deste trabalho.

instituto, como a introdução do art. 1.487 no Código Civil de 2002<sup>32</sup>, apesar de bemvindas, esbarram na falta de regulamentação específica e, portanto, no risco de prolongada discussão judicial no momento da sua execução.

No sentido do acima exposto, este trabalho pretende analisar a evolução recente da matéria no sistema jurídico brasileiro, a partir da edição das Leis nº. 9.514/1997 e 10.406/2002, utilizando-se de doutrina, jurisprudência e exemplos práticos para identificar inconsistências e inadequações do direito positivo vigente na utilização da hipoteca e da alienação fiduciária como garantias das obrigações.

Em vista da extensa regulamentação pertinente ao Sistema Financeiro Imobiliário, contida na Lei nº 9.514/97, bem como da existência de modalidade específica de execução hipotecária relativa ao Sistema Financeiro da Habitação, na Lei nº 5.741/71 e no Decreto-Lei nº70/66, além de suas naturais implicações nas esferas consumerista e constitucional, optou-se por restringir o presente estudo aos contratos não abrangidos por referidos dispositivos. Apesar de ensejarem discussões de inegável interesse, tais sistemas não são pertinentes, devido à especificidade, à análise da aplicação geral das garantias reais imobiliárias.

Na esteira das atuais discussões acerca da unificação da matéria de garantias no âmbito do direito civil europeu<sup>33, 34</sup>, bem como em vista da recente reforma das garantias no direito francês, pretende-se realizar breves incursões no direito estrangeiro, de forma a contrapor a experiência brasileira com aquela de outros sistemas jurídicos que influenciaram a formação do nosso Direito, em especial de Portugal, França, Itália e Alemanha, entre os que compartilham sistematização semelhante à adotada no Direito brasileiro<sup>35</sup>, e também da *common law*.

Finalmente, espera-se ao longo do trabalho colher exemplos que contribuam para uma melhor compreensão do modelo adotado no Brasil, propondo-se soluções para alguns dos problemas atualmente existentes no nosso ordenamento.

in The Columbia Journal of European Law, no. 3(3), Fall/Winter 1997/1998, p.339 ss.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> "Art. 1.487. A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido". Essa inovação permitiu expressamente a utilização da hipoteca para a garantia de dívidas de valor máximo (como contratos de abertura de crédito). <sup>33</sup> MAURO BUSSANI, Il diritto europeo dei contratti di finanziamento e delle garanzie reali. Itinerario per une ricerca, in MAURO BUSSANI, FRANCESCA FIORENTINI (org.), I contratti di finanziamento e le garanzie reali nella prospettiva europea (Financial contracts and secured transactions in the european perspective), Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche vol. 7, Trieste, Ed. Università di Trieste, 2003, p. 11; MAURO BUSSANI, UGO MATTEI, The Common Core Approach to the European Private Law,

MADS ANDENAS, GUIDO ALPA, Fondamenti Del Diritto Privato Europeo, Giuffre, Milano, 2005, p.164.
 MARIO G. LOSANO, Os grandes sistemas jurídicos, 1ª Ed. Brasileira, Trad. Marcela Varejão, São Paulo, Martins Fontes, 2007, pp. 34; 213.

### 1. DAS GARANTIAS

#### 1.1. Sistematização das garantias no direito brasileiro

As garantias são indispensáveis para possibilitar o acesso ao crédito e viabilizar a realização de negócios. Em qualquer sistema jurídico, o estudo das garantias possui grande importância, sendo-lhe às vezes dedicado um ramo próprio do Direito Civil. No direito francês, as garantias são estudadas no *Droit des Sûretés*, que foi recentemente concentrado no quarto livro do Código Civil daquele país<sup>36</sup>.

No Código Civil italiano, as garantias pessoais estão reguladas no Livro Quarto, relativo às obrigações, e as garantias reais estão reguladas no Livro Sexto, relativo à tutela dos direitos, sob o Título III – Da Responsabilidade Patrimonial, das Causas de Privilégios, e da Conservação das Garantias Patrimoniais<sup>37</sup>.

No Direito Civil brasileiro, as garantias pessoais estão dispostas no Direito das Obrigações, enquanto as reais são abordadas no Direito das Coisas. Adotou-se, dessa forma, a solução empregada pelo Código Civil alemão (BGB), em que as garantias reais são reguladas no livro dedicado ao Direito das Coisas.

O Código Civil português, embora tenha também adotado a sistematização germânica, limitou o conteúdo do livro do Direito das Coisas, de maneira geral, aos direitos reais de gozo, incluindo a posse, a propriedade e direitos reais limitados (usufruto, uso, habitação, enfiteuse, superfície e servidões). As garantias pessoais, as reais e os privilégios, no Código Português, estão reguladas conjuntamente no Livro II, referente ao Direito das Obrigações<sup>38</sup>, no Capítulo VI – Garantias Especiais das Obrigações. Entretanto, o Código Português se limitou à sua agregação sob um mesmo capítulo, com cada instituto regulado de forma autônoma, o que faz carecer de uma teoria geral dos direitos reais, e também dos direitos reais de garantia<sup>39</sup>. Nesse aspecto, a solução do Código Francês, que mediante as sucessivas reformas empreendidas a partir

\_

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Referida mudança foi introduzida pela *ordonnance* n°2006-346 de 23 de março de 2006, e consagrou a importância do Direito das Garantias, conforme M. CABRILLAC, C. MOULY; S. CABRILLAC, P. PÉTEL, *Droit des sûreté...*, cit., p. 11: "Cette mesure consacre l'importance d'une matière qu'on a trop souvent considérée à tort comme secondaire".

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> MARIA ISABEL H. M. CAMPOS, *Da Hipoteca...*, cit., p. 24.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> JOSÉ O. ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais...*, cit., pp. 18-20;31-6.

de 2006, estabeleceu normas gerais relativas às garantias, ainda que de forma limitada, parece mais adequada que a simples agregação dos institutos.

O Código brasileiro, conforme já mencionado, trata das garantias reais no livro dedicado ao Direito das Coisas. O penhor, a hipoteca e a anticrese são regulados no Título X, e a propriedade fiduciária de coisas móveis infungíveis no Capítulo IX do Título II, relativo à Propriedade. Optou-se, dessa forma, por positivar a propriedade fiduciária juntamente com o direito de propriedade, e não com os demais direitos reais de garantia. O legislador brasileiro dedicou o primeiro capítulo do referido Título X às normas gerais aplicáveis, de maneira comum, ao penhor, à hipoteca e à anticrese, solução que já havia sido adotada no Código de 1916, e que representa uma vantagem em relação a outras codificações, que não contêm dispositivos comuns às garantias sobre móveis e imóveis, a exemplo dos Códigos alemão, italiano e português.

Por outro lado, o legislador de 2002 deixou de expandir a regulamentação comum das garantias, bem como de incorporar ao Código novas modalidades de garantia instituídas ao longo do século XX. Dessa forma, permaneceram reguladas por legislação especial a propriedade fiduciária de imóveis (Lei nº9.514/1997) e a propriedade fiduciária no âmbito do mercado de capitais (Lei nº4.728/1965), além dos penhores cedulares, a exemplo da Cédula de Penhor Rural (Lei nº492/1937) e da Cédula de Produto Rural com garantia pignoratícia (Lei nº8.929/1994).

Como se verifica, a sistematização das garantias encontrou soluções variadas nas diferentes codificações, havendo em qualquer caso espaço para a crítica e a reforma, mais recentemente empreendida no âmbito do Código francês. A sistematização brasileira, embora tenha a herança positiva do Código anterior, tornou-se desatualizada no aspecto das garantias, ensejando conflitos entre a legislação geral e a especial<sup>40, 41</sup>, e ocasionalmente relegando o uso geral de determinadas garantias à regulamentação de legislações casuísticas, como é precisamente o caso da alienação fiduciária de imóveis. Ao longo deste trabalho, ao discorrermos sobre a regulamentação inadequada da alienação fiduciária de imóveis e da hipoteca, ficará evidenciado, portanto, um pequeno aspecto da insuficiência da atual sistematização brasileira das garantias.

<sup>41</sup> A sistematização de garantias para além dos Códigos Civis representa um aspecto comum a diversos países de tradição romano-germânica - JACQUES AUGER, *Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Général...*, cit., p. 43.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> OLIVIA SILVA TELLES, *Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Brésilien*, in *Les garanties de financement - Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Portugaises*, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 105.

# 1.2. O conceito da garantia ideal como paradigma para o estudo das diversas formas de garantia

LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCQ<sup>42</sup> elaboraram um interessante conceito do que seria a garantia ideal. Segundo tais autores, a garantia ideal deve ter quatro qualidades, devendo ser:

- (i) De constituição simples e pouco onerosa, para não aumentar o custo do crédito;
- (ii) Adequada à dívida garantida nem em excesso, nem insuficiente –, a fim de evitar o abuso de garantias que desperdiça<sup>43</sup> o crédito do devedor;
- (iii) Eficaz, ou seja, conferir ao credor a certeza de que será pago, na hipótese de o devedor inadimplir a obrigação garantida; e
- (iv) De execução simples, a fim de evitar demoras e custos inúteis.

De maneira concisa, podemos dizer que a garantia deve ser de constituição simples, adequada, material e processualmente eficaz. Ao credor interessa, a princípio, a simplicidade e a eficácia da garantia<sup>44</sup>, enquanto ao devedor e aos demais credores do devedor comum interessa também a sua adequação à dívida garantida.

Assim, as garantias pessoais são normalmente de constituição simples e pouco onerosa, bem como adequadas às dívidas garantidas, por incidirem sobre o total do patrimônio do devedor, sem onerar nenhum bem. A fiança, por exemplo, se institui de imediato, por simples declaração de vontade, sem qualquer ônus ao instituidor. No entanto, as garantias pessoais tendem a ser pouco eficazes, não havendo previsibilidade quanto às oscilações patrimoniais do devedor. A execução, por sua vez, normalmente

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Les sûretés..., cit., p. 7.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> No original, os autores utilizam o verbo *gaspiller* para indicar que o devedor está sendo excessivamente onerado.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> MICHEL GRIMALDI, Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Français, in Les garanties de financement - Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Portugaises, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 155 : «Le créancier aspire à une sûreté simple et efficace. Or, à présent, nos sûretés réelles ne sont ni toujours simples ni toujours efficaces ».

exigirá processo judicial visando à expropriação de bens do devedor, que pode ser lento e oneroso.

Por outro lado, as garantias reais se aproximam do conceito da garantia ideal quanto à sua eficácia, uma vez que incidem, desde a sua constituição, sobre um bem específico do devedor, que garantirá o crédito. No entanto, são frequentemente de constituição complexa e solene, não necessariamente adequadas à dívida garantida, e também sujeitas à execução lenta e onerosa.

O conceito acima é bastante pertinente como parâmetro para comparar diferentes propostas de garantias. Como se verá no item seguinte, não há no Direito brasileiro qualquer forma de garantia que cumpra os quatro quesitos idealizados por AYNÈS e CROCQ. Do mesmo modo, os autores concluíram que a garantia ideal não existe, e nunca existiu, no Direito francês<sup>45</sup>.

# 1.3. As várias espécies de garantia no sistema brasileiro e a inexistência da garantia ideal.

As garantias são classicamente divididas em garantias pessoais e garantias reais. São pessoais as garantias que incidem sobre a totalidade do patrimônio do garantidor<sup>46</sup>, sem que, no entanto, haja constrição de bens específicos. Dessa forma, as garantias pessoais constituem uma obrigação de sanar o inadimplemento do devedor original. Pelo caráter obrigacional, não são oponíveis a terceiros<sup>47</sup>.

Entre as garantias pessoais, há os diversos tipos de fiança e o aval. A fiança constitui uma garantia prestada por um terceiro, que se obriga perante o credor a satisfazer obrigação assumida pelo devedor, caso inadimplida<sup>48</sup>. O terceiro garantidor

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Les sûretés..., cit., p. 7. "Aucune sûreté ne réunit, en droit français, ces quatre caractères. Aucune sûreté ne les a eus dans le passé. Selon les époques, certaines sûretés s'approchent de l'idéal, comme le montre leur évolution".

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> As garantias pessoais constituem uma obrigação do garantidor em sanar o débito do devedor, razão pela qual devem incidir sobre a totalidade do patrimônio do garantidor, cf. o art. 591 do Código de Processo Civil: "Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei."

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, CARLOS A. DABUS MALUF, *Direito das Coisas...*, cit., p. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Cf. Art. 818, CC: "Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra."

pode ser uma pessoa física, pessoa jurídica (geralmente uma empresa controladora da sociedade devedora) ou uma instituição financeira.

A fiança bancária é regulada pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho Monetário Nacional, nos termos da Resolução do Conselho Monetário Nacional nº. 2.325, de 30 de outubro de 1996, e constitui um tipo de garantia oferecida por bancos múltiplos, bancos comerciais e bancos de investimento.

No caso da fiança bancária, um banco garantirá o adimplemento da obrigação contraída pelo devedor até determinado limite contratado, mediante remuneração. Assim, a principal particularidade da fiança bancária é o seu caráter oneroso, uma vez que as demais modalidades de fiança costumam decorrer de relações de convergência de interesses (caso da empresa controladora que garante a obrigação da controlada) ou até de afetividade ou favor, como é comumente o caso da fiança prestada em contratos de locação residencial.

O aval é garantia pessoal regulada pelos Artigos 897 a 900 do Código Civil e pode ser solicitado a pessoas físicas, normalmente os acionistas, quotistas ou administradores do emissor de uma nota promissória. Tal garantia somente pode ser utilizada em títulos de crédito, sendo o avalista devedor solidário desse instrumento. Diferentemente da fiança, em que o garantidor poderá requerer que o patrimônio do devedor seja constrito em primeiro lugar<sup>49</sup>, o avalista não está sujeito a nenhum benefício de ordem na hipótese de excussão da garantia.

Como mencionado acima, as garantias pessoais, apesar de não serem muito gravosas na sua constituição, podem ter consequências graves, especialmente para pessoas físicas, pois atingem a totalidade de seu patrimônio. Por essa razão, o art. 1.647<sup>50</sup> do Código Civil incluiu a prestação de fiança ou aval entre os atos que exigem autorização do cônjuge para serem praticados<sup>51</sup>.

As garantias pessoais são utilizadas principalmente pela sua simplicidade, pois não exigem forma pública, devido ao caráter obrigacional. Além disso, como não importam constrição de bens, um mesmo garantidor pode prestar fiança ou aval em

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Cf. Art. 827, CC: "Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor."

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> "Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação."

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Vale mencionar, entretanto, que a autorização do cônjuge tem sido dispensada pela jurisprudência.

diversas dívidas, sendo normalmente uma forma adequada de garantia, ou seja, evitando-se o "excesso de garantia" ou o "desperdício do crédito".

Por outro lado, tais garantias nem sempre podem ser utilizadas, pois para tanto é necessário que haja um terceiro com capacidade de endividamento disposto a garantir as obrigações contraídas pelo devedor. Esse é um problema em especial para pessoas físicas ou para empresas cujos sócios ou acionistas não possuam grande patrimônio.

As garantias pessoais também podem representar um problema para o credor. Em primeiro lugar, sempre que aceitar uma garantia pessoal, exceto no caso da fiança bancária<sup>52</sup>, o credor correrá o risco de crédito do garantidor, ameaçando diretamente a eficácia da garantia. Como agravante, as garantias pessoais constituem créditos quirografários para os fins de falência. Isso significa que, na hipótese de falência do garantidor, a garantia será paga somente após outras classes de dívida que possuam prioridade sobre os créditos quirografários: reclamações trabalhistas, créditos com garantias reais, créditos tributários, créditos com privilégio especial e créditos com privilégio geral, conforme definido no art. 83 da Lei nº. 11.101/05<sup>53</sup>.

A fiança bancária é a modalidade de fiança que mais se aproxima de uma garantia ideal<sup>54</sup>, pois (i) é de simples constituição; (ii) pode ser contratada de forma perfeitamente adequada à dívida garantida; e (iii) quando contratada junto a uma instituição bancária sólida, está praticamente imune a efeitos adversos, como a insolvência do garantidor, sendo altamente eficaz. Por outro lado, essa modalidade de garantia precisa ser altamente onerosa para compensar o alto risco assumido pelas instituições garantidoras.

Em oposição às garantias pessoais, objeto de estudo do Direito das Obrigações, há as garantias reais, contidas no Direito das Coisas. As garantias reais, portanto, são aquelas em que determinado bem do devedor ou de terceiro é destinado à garantia de

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> MICHEL GRIMALDI, *Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Français...*, cit., p. 167.

<sup>53 &</sup>quot;Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; IV – créditos com privilégio especial, a saber: (...); V – créditos com privilégio geral, a saber: (...); VI – créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo; VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; VIII – créditos subordinados, a saber: (...)."

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> De acordo com a definição de AYNÈS e CROCQ.

uma dívida ou obrigação<sup>55</sup>. O bem dado em garantia pode ser móvel ou imóvel, o que diferencia os tipos de garantia real.

No caso de bens móveis, o principal exemplo de garantia é o penhor, que consiste na entrega efetiva pelo devedor, ou por um terceiro, ao credor de um bem móvel em garantia a uma dívida. Somente os bens móveis alienáveis podem ser dados em penhor<sup>56</sup>.

Como mencionado acima, o penhor implica na transmissão da posse dos bens ao credor, mas há casos em que o objeto pode permanecer na posse do próprio devedor, como o penhor industrial e o penhor rural<sup>57</sup>, tornando a garantia mais adequada. No penhor de títulos e valores mobiliários, os documentos que evidenciam a sua propriedade são frequentemente mantidos na posse de um terceiro, o agente fiduciário, que se torna depositário em boa-fé desses documentos. Em todos os casos de penhor, no entanto, o bem empenhado continua a integrar o patrimônio do devedor ou garantidor, uma vez que não ocorre a transferência da propriedade.

A contratação do penhor pode ser efetuada por escritura pública ou instrumento particular assinado pelas partes e por duas testemunhas. O instrumento deverá então ser levado a registro perante o Registro de Títulos e Documentos competente. Alguns tipos específicos de penhor devem também ser registrados no Registro de Imóveis da localidade do ativo empenhado, como é o caso dos penhores Rural e Industrial<sup>58</sup>.

O Penhor Rural é regulado pela Lei nº. 492/37 e, subsidiariamente, pelo Código Civil, podendo ser criado sobre os produtos originados pelo cultivo, plantio, produção e outros itens relativos à indústria rural. Pode ser constituído sem a transferência do ativo empenhado ao credor, inclusive sobre os ativos futuros ou em processo de criação.

A execução do penhor, no caso de inadimplemento do devedor, pode ser realizada através de uma venda privada ou de execução judicial.

A hipoteca é uma garantia real sobre bem imóvel, outorgada por um devedor (ou por um terceiro) em favor de seu credor para a garantia do pagamento de uma dívida. Se a dívida não for paga, o credor poderá utilizar o produto da venda do imóvel, após a sua

<sup>55</sup> WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, CARLOS A. DABUS MALUF, Direito das Coisas..., cit., p. 394.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Cf. Art. 1.420 do CC: "Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca."

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Cf. Parágrafo único do Art. 1.431 do CC. "No penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar."

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Cf. Art. 167 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos): "Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: I - o registro: (...) 4) do penhor de máquinas e de aparelhos utilizados na indústria, instalados e em funcionamento, com os respectivos pertences ou sem eles; (...) (13) das cédulas de crédito rural; 14) das cédulas de crédito, industrial; 15) dos contratos de penhor rural; (...).

penhora em processo de execução, para satisfazer a dívida inadimplida. Como direito real, a hipoteca adere ao bem hipotecado e possui eficácia *erga omnes*, permanecendo vigente ainda que o bem seja alienado a terceiro.

Importante destacar que o penhor e a hipoteca não liberam o devedor da obrigação pessoal pelo pagamento da dívida. Assim, se o valor obtido através da excussão da garantia for insuficiente para satisfazer integralmente a dívida garantida, o credor poderá satisfazer seu crédito utilizando-se de outros bens do patrimônio do devedor<sup>59</sup>. Por outro lado, o eventual saldo remanescente da venda do bem empenhado deve ser devolvido ao devedor ou garantidor, conforme o caso.

A hipoteca pode ser utilizada para garantir o adimplemento de qualquer tipo de obrigação, ainda que não seja pecuniária. Todas as obrigações que possuam valor econômico, como obrigações de dar, fazer ou não fazer, presentes ou futuras, simples ou condicionais, podem ser garantidas através de uma hipoteca<sup>60</sup>. Além disso, um mesmo imóvel pode ser hipotecado mais de uma vez, em garantia a tantas dívidas quanto seu valor puder potencialmente satisfazer.

São facilmente perceptíveis as qualidades presentes no instituto da hipoteca, forma de garantia muito versátil e menos gravosa para o devedor, que não precisa dispor da posse de seus bens. Também na ótica do credor, a garantia hipotecária dispõe de maior eficácia que as garantias pessoais, uma vez que é praticamente imune ao risco patrimonial do devedor, além de lhe reservar posição mais confortável na hipótese de falência.

De acordo com o artigo 83, inciso II, da Lei 11.101/2005, os créditos com garantia real, tal como a hipoteca e o penhor, são concursais e devem ser satisfeitos até o limite do valor do bem gravado, após a satisfação dos créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor, os decorrentes de acidentes de trabalho, conforme redação do mesmo artigo, em seu inciso I, e os extraconcursais.

Por outro lado, verifica-se na constituição da hipoteca dois de seus maiores algozes: a formalidade e a onerosidade. Como regra, o contrato de hipoteca deve ser

<sup>60</sup> Cf. Art. 1.487 do CC: "Art. 1.487. A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido."

\_

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Cf. Art. 1.430 do CC: "Art. 1.430. Quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante."

celebrado através de escritura pública<sup>61</sup>, registrada perante o Registro de Imóveis competente, sendo considerada constituída a hipoteca apenas após formalizado o registro<sup>62</sup>. Dessa forma, a constituição de uma hipoteca tende a ser extremamente burocrática, requerendo a participação do Poder Público em duas ocasiões, além da presença de todas as partes ou respectivos procuradores no mesmo ato.

Além disso, são devidos emolumentos para o Tabelião de Notas, referentes à lavratura da escritura pública, e para o Oficial de Registro de Imóveis, por ocasião do respectivo registro, ambos calculados de acordo com uma tabela progressiva, publicada na esfera estadual, o que torna o processo consideravelmente oneroso.

Outro entrave à utilização da garantia hipotecária é a lenta e custosa execução judicial<sup>63</sup>. Apesar das reformas recentes no processo de execução, o tempo de excussão da hipoteca muito vezes não é compatível com as expectativas e as necessidades dos credores, tornando a garantia menos atrativa<sup>64</sup>.

Os principais aspectos negativos relacionados à garantia hipotecária se resumem, portanto, aos custos e às formalidades para sua constituição, bem como ao tempo necessário à sua execução. Entendemos que tais fatores são decorrentes exclusivamente de opções legislativas, não sendo de qualquer forma necessários em vista da natureza jurídica do instituto. As questões relacionadas à formalidade excessiva das garantias reais e as dificuldades relacionadas à sua execução, aliadas ao desejo de maior proteção contra a insolvência do devedor<sup>65</sup>, foram fatores predominantes para o ressurgimento de formas de garantia fundadas no direito de propriedade, como a alienação fiduciária e a cessão fiduciária, em contrapartida ao desuso gradual da garantia hipotecária. Esse

\_

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Exceto se for a dívida de pequeno valor, cf. art. 108 do CC: "Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País."

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Cf. art. 1.227 do CC: "Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código."

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Constituem exceção as hipotecas celebradas no âmbito do SFH, conforme Lei 5.741/71 e Decreto-Lei nº 70/66.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Fenômeno semelhante foi identificado em diversos países de tradição romano-germânica nos estudos da Association Henri Capitant (Philippe Simler, Rapport de Synthèse, in Les garanties de financement..., 1998, cit., p. 60): « Ainsi, s'agissant de l'hypothèque immobilière, plusieurs rapporteurs soulignent que le créancier se heurte souvent à la lourdeur des procédures de saisie qui caractérise l'exécution de cette sûreté ».

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> FRANCISCO C. ALMEIDA SANTOS, Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia..., cit., p. 167: "Créditos mais aquinhoados em privilégios, como o crédito fiscal e o trabalhista, bem como a lentidão na solução das controvérsias submetidas ao Judiciário, provocam o desprestígio desta garantia, substituída pela alienação em garantia".

fenômeno, tal como ocorreu no Direito brasileiro, também pode ser verificado na literatura internacional<sup>66</sup> e será abordado em maior profundidade adiante.

A alienação fiduciária e a cessão fiduciária consistem em formas de garantia pelas quais a titularidade de determinado bem ou direito é transmitida ao credor, sendo posteriormente devolvida ao devedor, mediante o pagamento da obrigação garantida. Trata-se, portanto, de garantias fundadas no direito real de propriedade e no instituto da propriedade resolúvel.

O Código Civil de 1916 reunia o penhor, a hipoteca e a anticrese, no art. 755, sob o rótulo "Dos direitos reais de garantia", expressão que não foi aproveitada pelo Código de 2002. Conforme ensina FRANCISCO C. ALMEIDA SANTOS<sup>67</sup>, "a inexistência de um rol expresso dos direitos reais de garantia dá ensejo ao entendimento de que negócios diversos, com o escopo de garantia de obrigações, possam ser criados por lei ou pela vontade das partes". No mesmo sentido ensinam WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO E CARLOS A. DABUS MALUF<sup>68</sup>:

"Outros direitos reais poderão ser ainda criados pelo legislador ou pelas próprias partes, desde que não contrariem princípios de ordem pública. Vários autores defendem esse ponto de vista. Realmente, texto algum proíbe, explicita ou implicitamente, a criação de novos direitos reais, ou a modificação dos direitos reais já existentes".

Um aspecto que emana controvérsia, sob o prisma da classificação dos direitos reais, é o fato de a alienação fiduciária e a cessão fiduciária ensejarem, a princípio, uma utilização imprópria do direito de propriedade, que é por essência um direito real de gozo e não de garantia, diferenciação bem apontada por José DE OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>69</sup>. Entretanto, sua regulamentação atual, tanto no Código Civil de 2002 quanto na legislação especial, deixa clara a sua finalidade de garantia como instituto próprio e distinto da propriedade *stricto sensu*, diferenciando-se, também, da categoria geral dos contratos fiduciários<sup>70</sup>.

A despeito da discussão existente acerca da classificação e das diferentes acepções conferidas aos termos "direitos reais" e "garantias reais", inclusive quanto às

<sup>69</sup> Direito Civil – Reais, 5<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 13; 175-187.

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> v. MAURO BUSSANI, Rapport général – La propriété sûreté, in: La Propriété – Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Vietnamiennes, 2006, p. 305.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia..., cit., p. 55.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Curso de Direito Civil vol. 3 – Direito das Coisas..., cit., p. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Sobre a definição da alienação fiduciária como garantia própria ou imprópria, ver nota nº 15 acima.

formas tradicionais de garantia, optamos por considerar a alienação fiduciária, como forma de garantia própria regulada pelo direito brasileiro, como uma *garantia real*, permitindo ao termo, além de sua acepção estrita, que compreende os direitos *de garantia* sobre coisa alheia, também uma concepção ampla, funcional, que preferimos utilizar neste trabalho. A alienação fiduciária é negócio jurídico especificamente instituído e regulado com finalidade de garantia, ainda que derivado do direito real de propriedade, o que justifica nossa opção, sob a ótica funcional, de incluí-la no gênero das *garantias reais*, do qual seriam espécies as garantias reais sobre coisa alheia e a propriedade-garantia<sup>71</sup>. Ao contrário das demais garantias reais, esta não é direito real sobre coisa alheia (*ius in re aliena*), mas *ius in re propria*<sup>72</sup>.

A alienação fiduciária de bens imóveis pode ser formalizada através de escritura pública ou de instrumento particular, ao qual o art. 38<sup>73</sup> da Lei nº. 9.514/97 conferiu os mesmos efeitos da escritura pública, de forma a simplificar a constituição da garantia. O registro do respectivo contrato no Registro de Imóveis competente também é necessário para a efetiva constituição da alienação fiduciária de bens imóveis, estando sujeito ao pagamento de emolumentos, de maneira análoga ao registro da garantia hipotecária, mas dispensando o pagamento ao Tabelionato de Notas. Dessa forma, a constituição de alienação fiduciária em garantia é menos complexa e menos onerosa que a constituição de hipoteca.

No caso de inadimplemento do devedor, a alienação fiduciária do bem imóvel poderá ser excutida pelo credor através de um procedimento extrajudicial realizado

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Quanto à não admissibilidade da propriedade-garantia como garantia real, ver J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, Droit Commun des Sûretés Réelles..., cit., pp. 29-30. Consideram-se dois argumentos para a não classificação: primeiramente, por ser garantia sobre bem próprio do credor, ao passo que as garantias reais pressupõem direito real sobre bem alheio; em segundo lugar, por ser direito exclusivo, enquanto as garantias reais pressupõem um concurso de preferências creditórias. Assim, as garantias sobre a propriedade (supergarantias) consistiriam grupo apartado das garantias reais (stricto sensu), com o que concordamos. Não obstante, entendemos haver necessidade, ao menos didática, de agregar as supergarantias e as garantias reais tradicionais sob uma mesma classificação, uma vez que têm em comum, funcionalmente, a afetação de um bem específico em garantia de dívida, em clara oposição às garantias pessoais. Nesse sentido, nossa opção por utilizar neste trabalho o termo garantias reais em sentido amplo, congregando tanto as garantias tradicionais sobre coisa alheia quanto as garantias fiduciárias, que no direito brasileiro admitem forma própria (v. nota nº 15 acima). LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO (Direito das Coisas..., cit., pp. 126-8), em vista da mesma necessidade de classificação, optou pelo termo direitos reais com função de garantia como designação do gênero, do qual são espécies os direitos reais de garantia, compreendendo as garantias tradicionais sobre coisa alheia, e os direitos reais em garantia, que compreendem as garantias fiduciárias. Nesse sentido, o termo garantias reais quando utilizado neste trabalho sem qualquer ressalva, tem como objetivo referir-se ao gênero dos direitos reais com função de garantia.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> Pois ocorre a transmissão da propriedade resolúvel do devedor para o credor.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> "Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública."

diretamente no Registro de Imóveis, extremamente célere, se comparado à execução judicial.

Na esfera falimentar, argumenta-se que o imóvel alienado fiduciariamente não está sujeito aos efeitos da falência do devedor. Isso porque a alienação fiduciária consiste verdadeira transmissão da propriedade, de sorte que o imóvel é alienado do patrimônio do devedor no momento de sua constituição. Assim, a alienação fiduciária vem gradativamente substituindo a hipoteca, por suas vantagens relativas à simplicidade, menor onerosidade, rápida excussão e imunidade teórica ao risco patrimonial do devedor.

No entanto, é necessário atentar-se ao fato de que as modalidades de garantia baseadas no direito de propriedade ensejam certas desvantagens decorrentes de sua natureza jurídica, além de serem invariavelmente gravosas para o devedor, frequentemente ensejando desequilíbrio entre a intensidade da garantia prestada e a obrigação garantida<sup>74</sup>. Além disso, a regulamentação inadequada do instituto da alienação fiduciária de bens imóveis criou grande insegurança jurídica para a aplicação indiscriminada dessa modalidade de garantia. Adiante tentaremos demonstrar os problemas com origem em cada um dos aspectos: natureza jurídica e regulamentação inadequada.

#### 1.4. Origem e evolução histórica das garantias reais

#### 1.4.1. As garantias reais e o surgimento da hipoteca no Direito Romano

Conforme ensina MOREIRA ALVES<sup>75</sup>, diferentemente dos tempos atuais, as garantias reais tiveram menor importância no Direito Romano, se comparadas às garantias pessoais. Esse fenômeno, por um lado, decorre das diversas limitações que

<sup>75</sup> Direito Romano, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 361: "Ao contrário do que ocorre modernamente, as garantias pessoais, no direito romano, eram muito mais utilizadas do que as reais. Daí certas falhas no sistema romano de garantias reais, que hoje se nos afiguram graves (...)."

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Na verdade, esse desequilíbrio somente não ocorre quando o bem financiado é a própria garantia. Este é o caso do SFI, em que a alienação fiduciária tem se mostrado mais adequada como forma de garantia de aquisição de imóvel. Isso porque o objeto da garantia é o mesmo bem adquirido, havendo equivalência entre garantia e obrigação.

existiam ao uso das garantias reais, e em especial à sua execução. Por outro lado, permite explicar a razão de o Direito Romano ter convivido durante séculos com falhas que atualmente seriam consideradas graves, a exemplo da constituição de hipoteca mediante simples convenção e da falta de publicidade conferida à hipoteca.

As garantias reais existentes no Direito Romano foram<sup>76</sup>, principalmente, a *fiducia cum creditore*, o penhor (*pignus datum*) e a hipoteca (chamada *pignus obligatum* ou *hypotheca*)<sup>77</sup>. A *fiducia cum creditore* constituiu a primeira e mais primitiva garantia real e, diferentemente das demais, não configurava propriamente direito real sobre coisa alheia, uma vez que implicava na transferência efetiva da propriedade - por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio* - ao credor.

Por sua vez, o penhor e a hipoteca eram modalidades de direito real de garantia sobre coisa alheia. A principal - e talvez a única - diferença que apresentavam era que no penhor (*pignus datum*) havia o desapossamento da coisa em favor do credor, enquanto na hipoteca (*pignus obligatum*) o devedor conservava a posse da coisa. MOREIRA ALVES<sup>78</sup> afirma que ambas as garantias se aplicavam, indistintamente, às coisas móveis e imóveis, em oposição à diferenciação hoje existente. Durante todo o direito clássico, o *pignus* é um instituto do *ius honorarium*. Nesse sentido, vale reproduzir comentário de AFFONSO FRAGA<sup>79</sup>:

"A palavra hipoteca que os romanos tomaram dos gregos e os luzos daqueles, serve para designar uma variedade dos contratos de segurança real quase em tudo similar ao penhor, só com a diferença e vantagem sobre este de não exigir, para sua perfeição, a deslocação do bem que grava da posse do devedor e proprietário para a do credor. A hipoteca, estranha totalmente ao direito civil romano, só nele penetrara ao tempo da república, mercê da acolhida que lhe dispensara, como atesta Paulo (Liv. II Tit. 14 frag. 17 §2º de pactis), o direito honorário e o pretoriano; e Cicero, que exercera o consulado no ano de 689, depois da fundação de Roma, conforme os testemunhos de Tito Livio e Eutropio, confirma seu uso em tal tempo, quando, escrevendo ao propretor Thermus, diz: praeterea Philotes Alabandensis Cluvio dedit, hae

<sup>76</sup> Poderiam ser citadas outras construções com finalidade de garantia, como a venda com pacto de retrovenda.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> EDUARDO ESPINOLA, *Os Direitos Reais no Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Conquista, 1958, pp 302-4.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Direito Romano..., cit., p. 362

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Direitos Reaes de Garantia. Penhor, Antichrese e Hypoteca, 2ª ed., São Paulo, Livraria Academica (Saraiva & Comp), 1933, p. 397.

commissae sunt, velim cures, ut aut pecuniam solvat (Ad familiares, L. XIII, 56)."

O *pignus* teria sido introduzido no direito romano apenas no final da República, por volta do século II. a.C., com a criação de interditos que passam a proteger a posse detida pelo credor, bem como o advento da *actio pigneraticia*, garantindo a restituição da coisa ao devedor, uma vez sanada a dívida.

A hipoteca (*pignus obligatum*), por sua vez, foi forma mais recente de garantia conhecida no direito romano, tendo surgido mais próximo ao advento do Império. Quanto ao seu surgimento, GIRARD<sup>80</sup> afirma que decorreu da necessidade encontrada, principalmente nos arrendamentos rurais, de que os locatários pudessem empenhar seus bens móveis necessários à cultura da terra, sem que fossem obrigados a transmitir sua posse ao credor. Essa explicação é também adotada por MOREIRA ALVES<sup>81</sup>:

Assim, embora fosse lícito ao credor, sob o conceito do *pignus datum*, permitir que o detentor conservasse a posse da coisa em caráter precário, essa alternativa representava um alto risco tanto para o devedor quanto para o credor, inviabilizando *a priori* a utilização do *pignus* nessas hipóteses. No entanto, o problema é gradualmente solucionado, como também afirma GIRARD<sup>82</sup>, primeiro com a criação do interdito

baux à loyer".

Manuel élémentaire de droit romain, réédition présentée par Jean-Philippe Lévy, 8e édition, Paris, Dalloz, 2003, p. 817: "Ce remaniement s'est d'abord fait pour un cas où la remise de possession, même avec précaire, présentait des difficultés spéciales, pour celui où le locataire ou fermier voulait affecter à la sûreté de sa dette de fermages, de loyers, les meubles apportés par lui afin de garnir la chose louée, d'exploiter la ferme. (...) C'est attesté, dès le début de l'Empire, tant pour les baux à ferme que pour les

<sup>81</sup> Direito Romano..., cit., pp. 364/365: "A teoria mais adequada para a introdução da hipoteca no direito romano é a que localiza a origem da hipoteca no arrendamento de imóveis rurais. Segundo essa tese, a hipoteca surgiu em virtude de o arrendatário de imóvel rural, para dar em penhor, como garantia do pagamento dos aluguéis, os bens móveis de que ele necessitava para explorar a terra (os inuecta et illata, que consistiam em gado, escravos, utensílios, máquinas agrícolas), ter de transferir a posse deles ao locador. (...) Mesmo que o locador lhe permitisse reter os inuecta et illata a título de precário, sendo este revogável a qualquer momento, o locatário ficaria à mercê do locador. (...) A princípio, admitiu-se, que, por simples convenção, os inuecta et illata garantissem o pagamento dos aluguéis, embora continuassem na posse do locatário, concedendo o pretor – e isso deve ter ocorrido nos fins da República – um interdito (o interdictum Saluianum) ao credor para compelir o devedor, se não pagasse o aluguel, a transferir-lhe a posse dos inuecta et illata. Mas esse interdito não garantia suficientemente o credor, pois era dado apenas contra o devedor, e podia ocorrer que este tivesse alienado os inuecta et illata a terceiro. Por isso, um pretor de nome Seruius, ainda nos fins da República, criou uma ação real – a actio Seruiana – pela qual o credor podia entrar na posse dos inuecta et illata estivessem eles em poder ou do locatário, ou de terceiros.". Ainda nesse sentido, ver AFFONSO FRAGA, Direitos Reaes de Garantia..., cit., p. 397; JEAN-PHILIPPE LEVY e ANDRÉ CASTALDO, Histoire du Droit Civil, 2eme. ed., Paris, Dalloz, 2010, p. 1113.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> Manuel élémentaire de droit romain..., cit., p. 818: "En matière de bail à ferme où la surveillance est moins aisée, où le propriétaire absent ne serait pas suffisamment protégé par ce droit de rétention, on lui a donné, pour obtenir à l'échéance la possession de la chose quand elle ne lui a pas été remise auparavant, d'abord sans doute un interdit, l'interdit Salvien, qui n'existait que contre le fermier, puis une action

Saluiano, por meio do qual o credor retomaria a posse do imóvel em caso de inadimplemento; posteriormente, com o advento da ação real chamada Serviana, a qual tornou o direito do credor oponível erga omnes, estabelecendo uma das características essenciais dos direitos reais: o direito de sequela.

A garantia, através da *actio seruiana*, de que o credor pignoratício teria protegido seu direito de sequela inclusive contra terceiros, permitiu que a posse da coisa empenhada permanecesse com o devedor, sem que isso representasse risco ao credor, surgindo assim a hipoteca, na forma do *pignus obligatum*. A *actio seruiana* será posteriormente extendida, *utilitatis causa*, para permitir que o *pignus obligatum* seja empregado não apenas nos casos de utensílios agrícolas, mas efetivamente como modalidade de garantia, como afirma MOREIRA ALVES<sup>83</sup>:

"Mas interdito Salviano e ação Serviana só eram aplicáveis nos casos de arrendamento de imóveis rurais. Para estender a outros casos essa garantia real sem o desapossamento da coisa, foi preciso que, no meado do século I d.C., se concedesse, *utilitatis causa*, a ação Serviana a todas as espécies de crédito. Essa nova actio é denominada, nos textos dos diferentes períodos de evolução do direito romano, *actio Seruiana utilis, actio quasi Seruiana, actio hypothecaria*. Surgiu, assim, em Roma, a hipoteca, com a denominação, nos textos clássicos em geral, *de pignus obligatum* e, mais tarde, no direito justinianeu, de *hypotheca*."

Segundo lição de GIRARD<sup>84</sup>, na esfera processual, a tutela do direito do credor hipotecário também sofreu evolução a partir da criação da *actio hypothecaria*. Isso porque, primeiramente, o credor era dotado apenas do *jus possidendi*, ou seja, o direito de obter a posse da coisa na hipótese de inadimplemento pelo devedor. Assim, a ação hipotecária era uma espécie de *vindicatio-pignoris*, mediante a qual o credor reclamava a posse da coisa<sup>85</sup>. Podia ser proposta contra qualquer possuidor, seja o próprio devedoroutorgante da hipoteca, como também terceiros possuidores a qualquer título, exercendo-se o direito de sequela.

réelle, l'action Servienne, donnée à la fois contre le fermier et tous les tiers détenteurs, deux moyens non plus de défense, mais d'attaque, dont l'un au moins est aussi probablement déjà connu de Labéon."

<sup>84</sup> Manuel élémentaire de droit romain..., cit., p. 825.

<sup>85</sup> "(...) le créancier hypothécaire a, pour sanction du sien [de son droit], l'action quasi-Servienne ou hypothécaire, une vindicatio pignoris, dans laquelle il réclame la possession de la chose (*possessionem persequitur*)."

.

<sup>83</sup> *Direito Romano...*, cit., pp.364/365.

A fórmula, que consistia uma formula arbitraria redigida in factum, colocava ao juiz uma tripla questão: saber se a hipoteca havia sido constituída, se a coisa era propriedade pretoriana do constituinte, e se a dívida não havia sido paga. Verificando-se as três hipóteses, o devedor seria condenado, a menos que pagasse o credor. A condenação, no entanto, embora fixasse montante pecuniário, não permitia que o credor se utilizasse da coisa empenhada para satisfazer o seu crédito. A priori, o jus possidendi permitia apenas que ele conservasse a posse da coisa enquanto não fosse pago, o que exercia pressão sobre o devedor, mas nem sempre de forma eficaz, uma vez que a dívida poderia ser superior ao valor da coisa, hipótese em que o devedor preferiria perdê-la, deixando de pagar a dívida.

Aliás, essa restrição existiu, sobretudo durante a República, não apenas no caso específico da ação hipotecária, mas também na execução da dívida e da sentença à qual se seguisse penhora, na forma de pignoris capio, como ensina LUIZ CARLOS DE AZEVEDO<sup>86</sup>.

Posteriormente, o credor passou a acumular o jus distrahendi, que lhe permitiria dispor da coisa empenhada como forma de sanar a dívida. De início, esta faculdade manifestou-se de três maneiras<sup>87</sup>: a inclusão de uma cláusula mediante a qual o credor se torne proprietário da coisa pelo valor da dívida (lex commisoria<sup>88</sup>); a inclusão de cláusula em que o credor se torne proprietário da coisa por um valor decorrente de avaliação; e a convenção que permita ao credor alienar a coisa a terceiros, utilizando-se do seu produto. Como se nota, era necessário que devedor e credor convencionassem, no momento de constituição da hipoteca, a inclusão de uma das cláusulas que confeririam ao credor o jus distrahendi. Nos dizeres de GIRARD<sup>89</sup>, o jus distrahendi decorria da cláusula, e não da hipoteca.

Somente a partir da dinastia dos Severos, já no século III d.C., alguns jurisconsultos – dentre os quais se destaca Ulpiano<sup>90</sup> – passam a defender que, se nada houvesse sido expressamente convencionado, a cláusula que permitisse ao credor vender a coisa, a fim de satisfazer o seu crédito, deveria ser considerada subentendida. Deixou de ser necessária a inclusão de cláusula expressa, sendo que o credor apenas não

<sup>86</sup> Da Penhora, São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1994, p. 40.

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain..., cit., p. 829.

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> A lex comissoria foi posteriormente proibida por Constantino pela lei de 326 d.C: C., 8, 34 (35), De pact. Pign., 3 (GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain..., cit., pp. 830-2) <sup>89</sup> "Le jus distrahendi en résultera, mais de la clause et non de l'hypothèque".

<sup>&</sup>lt;sup>90</sup> Ulpiano, D., 13, 7, *De pign. Act.*, 4.

poderia vender a coisa na hipótese de, ao contrário, ter sido convencionada expressa vedação.

Assim, embora fosse ação autônoma, a ação hipotecária acompanhou de certa forma a evolução da penhora no processo de execução romano, que nessa época já estava bastante avançada, sob a forma do pignus ex causa iudicati captum. Como ensinam Luiz Carlos de Azevedo<sup>91</sup> e também Alfredo Buzaid<sup>92</sup>, esta modalidade de penhora restringia-se aos bens necessários ao pagamento da dívida. Dava-se ao devedor a oportunidade de pagar a dívida e, não o fazendo, eram vendidos quantos bens necessários para que o seu produto fosse então entregue ao credor. Apenas na hipótese de não haver licitantes, permitia-se ao credor adjudicar a coisa.

A ação hipotecária ao final do império romano, portanto, adota o pedido alternativo, formato que se perpetuou no processo português e também brasileiro. Nesse sentido, o comentário de AFFONSO FRAGA<sup>93</sup>:

> "O pedido na ação hipotecária, no estado atual do direito, é sempre alternativo, isto é, pede-se o pagamento incontinenti do crédito, ou a penhora e depósito do bem que presta a garantia real, para com o seu preço, quando vendido em hasta pública, se verificar o referido pagamento. Nesse particular, ele é idêntico perfeitamente ao da ação hipotecária romana, que só autorizava a apreensão ou tomada do imóvel, no caso do devedor não querer pagar o débito garantido pelo direito hipotecário."

Se, por um lado, a forma processual romana atingiu, quanto à execução hipotecária, formato semelhante ao que se perpetuaria até o nosso processo civil, um aspecto que sofreu impactantes alterações se refere à relação dos credores hipotecários com os demais credores do devedor.

Segundo MOREIRA ALVES<sup>94</sup>, vigorava a rigor a regra prior in tempore, potior in iure (primeiro no tempo, mais forte no direito), segundo a qual os credores eram colocados em escala decrescente, do mais antigo ao mais recente, complementando que:

> "Assim, se uma coisa foi hipotecada primeiro a Caio, e, depois, a Tício, este apenas tinha o direito de, se as dívidas não fossem pagas, pagar-se

 <sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Da Penhora..., cit., p. 54.
 <sup>92</sup> Do Concurso de Credores no Processo de Execução, Saraiva, São Paulo, 1952, p. 81-83.

<sup>93</sup> Direitos Reaes de Garantia..., cit., p. 916.

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> Direito Romano..., cit., p. 370

com o produto da venda da coisa, depois de integralmente satisfeito o crédito de Caio. Caio, portanto, podia haver do devedor (por meio de, até, uma das ações que já estudamos) a posse da coisa dada em hipoteca; vendê-la (a princípio, como vimos, se houvesse cláusulas concedendo-lhe o *ius distrahendi*; depois, ainda sem ela); e pagar-se. Só se houvesse excesso entre o produto da venda da coisa e o crédito de Caio, Tício teria direito de pagar-se com ele."

A regra *prior in tempore, potior in iure*, no entanto, estava sujeita a algumas exceções, destacando-se a *sucessio in locum*, o *ius offerendi* e as hipotecas privilegiadas. A *sucessio in locum* ocorria quando um terceiro, em lugar do devedor, pagava o credor, sub-rogando-se na garantia hipotecária deste. Devido a essa sub-rogação, o novo credor assumia a mesma posição que o credor anterior, ainda que houvesse outras hipotecas sobre a coisa.

O *ius offerendi*, por sua vez, se assemelha ao instituto da remissão. Ocorria quando o credor menos privilegiado pagava a dívida do devedor perante outro credor com hipoteca mais privilegiada, tomando assim o seu lugar. Ambos os casos acima mencionados são ainda hoje admitidos, em alguma medida, no direito brasileiro e na realidade não se trata totalmente de exceção ao princípio *prior in tempore, potior in iure*, uma vez que não ocorre a introdução de novo credor ao concurso, dotado de maior privilégio, mas sim a substituição da pessoa do credor, devido à sub-rogação.

Verdadeira exceção é o caso das hipotecas privilegiadas. Estas, embora constituídas posteriormente a outras não privilegiadas, têm preferência sobre estas. Entre os exemplos citados por MOREIRA ALVES<sup>95</sup>, GIRARD<sup>96</sup> e BUZAID<sup>97</sup>, havia os seguintes: a hipoteca detida pela mulher sobre os bens do marido, para garantia da restituição do dote; a daquele que fornecer dinheiro para a conservação ou melhoria de coisa dada em hipoteca; e as que garantem créditos do Fisco.

No ano 472 d.C. (C. VII, 17, 11), o imperador Leão estabeleceu novo privilégio para as hipotecas constituídas mediante instrumento público, ou ainda por instrumento privado com a assinatura de três testemunhas. Estas hipotecas passaram a ter prioridade sobre as hipotecas constituídas anteriormente que não preenchessem esses requisitos. Neste caso, no entanto, não se trata de privilégios da mesma espécie que os

-

<sup>95</sup> Direito Romano..., cit., p. 370.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> Manuel élémentaire de droit romain..., cit., pp. 1022-23.

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Do Concurso de Credores no Processo de Execução..., cit., p. 79.

anteriormente mencionados, uma vez que aqueles são essencialmente casuísticos. Ocorre que, ao contrário do que hoje se pratica, a hipoteca romana não exigia solenidades, podendo ser estabelecida por mera convenção. Além disso, também não lhe era dada *publicidade*, característica que permaneceu marcante durante toda a Idade Média e mesmo após a formação dos Estados Modernos, conforme lição de SIMLER E DELEBECQUE<sup>98</sup>. Por essa razão, afirmam tratar-se de um sistema *clandestino*<sup>99</sup>.

O advento da hipoteca constituída com maior formalidade, através de instrumento público ou particular com a presença de testemunhas – muito embora ainda não se cogitasse a ideia de *publicidade* – ensejou marcante evolução no tocante à segurança jurídica, e por essa razão o imperador Leão lhes conferiu posição privilegiada, como forma de reduzir o uso da hipoteca simplesmente convencional.

# 1.4.2. A hipoteca no direito medieval continental e na formação da Common Law

No direito medieval e na formação da *Common Law*, houve certo retrocesso em relação aos últimos avanços romanos, seja no tocante especificamente à hipoteca, como também na penhora decorrente de execução. De acordo com LUIZ CARLOS DE AZEVEDO<sup>100</sup>, a execução e a penhora retrocederam, de certo modo, ao estágio da autotutela, deixando de lado o caráter processual sedimentado no Império romano e que se perpetuava no Oriente. A proibição da penhora por conta própria é retomada por volta do século V, a exemplo do constante no edito Teodoriciano, e se consolida sob Recesvindo, no século VII, positivada no Código Visigótico, também chamado *Fuero Juzgo*.

Ao contrário do que já ocorrera em Roma, a hipoteca medieval concentrava-se na possibilidade de o credor hipotecário tornar-se titular de domínio se a dívida não

.

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> PHILIPPE SIMLER E PHILIPPE DELEBECQUE, *Droit civil – Les sûretés...*, cit., pp. 725-6: "Certes, le droit romain connaissait l'hypothèque, mais celle-ci, simple convention, restait occulte et n'offrait donc qu'une sécurité toute relative. (...) L'Ancien droit n'a pas été marqué par de notables progrès dans ce domaine. Les hypothèques et mutations immobilières sont restées occultes, sous réserve de formalités symboliques de tradition (clause de dessaisine-saisine).(...) Il convient de relever cependant (...) les vaines tentatives, notamment de Colbert, d'instituer un système généralisé de publicité foncière. Son édit de 1673 se heurta à la vive opposition conjuguée de la noblesse, préférant la clandestinité à la sécurité (...)."

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> EDUARDO ESPÍNOLA, Os Direitos Reais no Direito Civil Brasileiro..., cit., p. 399.

<sup>&</sup>lt;sup>100</sup> Da Penhora..., cit., pp. 57-60.

fosse adimplida em seu vencimento. Diz CLÓVIS DO COUTO E SILVA<sup>101</sup> que a hipoteca era uma "hipoteca de coisa", e seu desenvolvimento histórico no direito medieval e na *common law* demonstra justamente a sua progressiva (re)transformação em hipoteca sobre o valor do bem gravado:

"A construção inicial da hipoteca, no direito medieval, era a de alienação em garantia, ou seja, sob condição resolutiva do adimplemento da dívida. Nessa época, como a posse do bem dado em garantia passava ao credor, não diferia a hipoteca do penhor. A alienação assumia, por vezes, a figura de venda com pacto de retrovenda, com escopo de garantia de um empréstimo. Era possível realizar a alienação em garantia sob condição suspensiva do cumprimento da dívida. A vantagem, no caso, era do devedor que podia reter a posse e consequentemente usar e fruir a propriedade. Normalmente, a hipoteca era de uso e fruição, podendo o credor perceber os frutos e rendimentos, o que não sucedia com o penhor. Facultava-se, na hipoteca, a ambos os figurantes do vínculo convencionar que os frutos e demais utilidades compensariam o uso do dinheiro dado em empréstimo, sejam simplesmente para abater os juros – hipótese em que poderia haver suspeita de usura – ou o principal. No direito franco, denominava-se a primeira possibilidade de *mortgage* e a segunda, de *vifgage*."

Quanto à sua natureza jurídica, a *mortgage* era muito mais próxima da antiga *fiducia cum creditore* do que da hipoteca romana, uma vez que a base da garantia era a propriedade. Além disso, essa hipoteca de fruição continha elementos do que viria a ser a anticrese, ainda presente em nossa codificação civil. A esse respeito, JEAN-PHILIPPE LEVY E ANDRÉ CASTALDO<sup>102</sup> afirmam que a hipoteca romana, após as Invasões, desapareceu completamente, e que reapareceria, pouco a pouco, somente a partir do século XI, quando se verifica uma tendência, ainda precoce, de se criarem penhores sem transmissão imediata da posse ao credor na Europa continental.

#### 1.4.3. A evolução da hipoteca na Common Law

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> A Hipoteca no Direito Comparado, in VERA M. J. FRADERA (Org.), O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 138

<sup>102</sup> Histoire du Droit Civil, 2eme. ed., Paris, Dalloz, 2010, p. 1113: "L'hypothèque romaine, avec les Invasions, a complètement disparu. Cependant, en trois étapes successives, on va peu à peu la retrouver. D'abord, une tendance se dessine, précoce, à créer des gages sans dépossession immédiate du débiteur. Elle s'observe, aux alentours de l'an Mil (...)."

No século XI inicia-se a unificação do direito vigente na Grã-Bretanha sob a forma da "Common Law", onde antes conviviam normas de origem germânica, romana e canônica, posteriormente sobrepostas pela conquista normanda 103,104. O conceito de propriedade imobiliária vigente na Grã-Bretanha a partir da unificação do "direito comum" não diferia em muito do direito medieval continental. A mortgage então vigente na Common Law consistia, assim como no Continente, na transferência da propriedade ao credor, com o direito do devedor de readquiri-la se pagasse a dívida na data pactuada.

Vale ressaltar que o direito de propriedade a que nos referimos nesse contexto histórico não é um direito exclusivo do proprietário sobre a terra. A propriedade medieval, ao contrário, é normalmente sujeita a limitações e direitos subjacentes dos senhorios e dos monarcas, como a enfiteuse e a *tenure*. Esse cenário só será alterado, no continente, a partir das revoluções burguesas do século XIX, passando a propriedade a ter como característica a *exclusividade*.

LUIGI MOCCIA<sup>105</sup> afirma que, por muitos séculos, os direitos sobre imóveis evoluíram de forma paralela na Europa continental e na Grã-Bretanha, diferenciando-se apenas com as revoluções burguesas no continente, que alteraram completamente a concepção vigente de propriedade, enquanto a *Common Law* não sofreu o mesmo rompimento, dando continuidade à evolução do mesmo modelo medieval.

Na Grã-Bretanha, embora não tenha subsistido a forma enfiteutica da *tenure*, até a atualidade o direito de propriedade sobre a terra pertence legalmente à Coroa. É tecnicamente incorreto, portanto, falar-se em propriedade particular sobre a terra, se entendermos a propriedade em sua concepção *exclusiva*.

O direito dos particulares na *Common Law* é atualmente um *freehold estate*. Este pode ser um *life estate*, que consiste em um direito vitalício sobre a terra, ou um *fee simple*, que consiste em um direito perpétuo, passível de sucessão testamentária ou hereditária. Atualmente, o *life estate* é uma figura limitada, outorgada normalmente pelo

<sup>104</sup> GARY SLAPPER, DAVID KELLY, *The English Legal System*, 13<sup>th</sup> Ed., London – New York, Routledge, 2012, p. 6.

-

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup> MARIO LOSANO, Os grandes sistemas jurídicos,... cit., pp. 323-324.

<sup>105</sup> LUIGI MOCCIA, Il modelo inglese di proprietà, in GUIDO ALPA et al., Diritto Privato Comparato: Istituti e Problemi, Roma - Bari, Laterza, 2a Ed., 2008, p. 46: "Da questa premessa si ricava, allora, che l'esperienza di common law, rimasta a lungo negletta negli studi continentali di storia del diritto, costituisce – nel campo dei diritti sugli immobili – il tassello più importante per una ricostruzione del quadro europeo dei modelli di proprietà, secondo una loro progressione sincronica che, dal medioevo in poi, li vede evolvere lungo linee parallele, fino alla biforcazione risultante per effetto, da un lato, della continuità e, dall'altro, della discontinuità – nell'ambito, rispettivamente, del diritto inglese e dei diritti continentali – di quelle stesse linee e delle concezioni ad esse collegate."

detentor do *fee simple*, que poderá, ao outorgar o *life estate*, atribuir a si ou a um terceiro o chamado *remainder estate*, ou seja, a direito superveniente à morte do primeiro adquirente<sup>106</sup>.

Com a unificação do direito britânico sob a forma da *Common Law*, formaramse tribunais com a finalidade de aplicar a justiça com base na lei comum, tarefa anteriormente desempenhada pela *Curia Regis*. Ao final do século XIII, haviam sido constituídos três tribunais: *Courts of Exchequer*, *Common Pleas* e *King's Bench*. No entanto, logo se manifestou um grave problema de acesso à justiça, uma vez que o direito de ação estava condicionado à existência do procedimento formal adequado para a tutela pretendida. Esse modelo inflexível de acesso à justiça levou ao aparecimento da *Equity* 107, 108.

Aqueles que tivessem seu acesso impedido aos tribunais da *Common Law* poderiam recorrer diretamente ao rei, e tais pedidos passaram a ser decididos pelo *Chancellor*, agindo em nome do rei. A rigidez da *Common Law*, portanto, levou o *Chancellor* a exercer uma jurisdição adicional baseada em princípios gerais de Direito, que tinha como finalidade garantir o acesso à justiça e proporcionar soluções justas aos conflitos que não comportavam solução adequada pela *Common Law*. A jurisdição do Chancellor levou à criação, no século XIV, de um tribunal específico, as *Courts of Equity*, também conhecidas como *Courts of Chancery*.

A partir de 1616, o rei James I estabeleceu que, na hipótese de conflito entre as decisões tendo como base a *Common Law* e as de *Equity*, estas deveriam prevalecer, de modo que a *Common Law* passou a ser limitada pela *Equity*. Até o final do século XIX, existiram no Reino Unido diferentes tribunais, cada um com sua jurisdição, respectivamente, sobre a lei e sobre o que se denominou *Equity*. Tal distinção foi superada apenas com o advento dos *Judicature Acts* (1873-1875), quando os tribunais unificados passaram a decidir com base na lei e na *Equity*<sup>109</sup>.

Foi a jurisprudência da *Equity* que pautou a evolução da *mortgage* durante o período medieval. Por exemplo, permitiu-se, por meio de decisões de *Equity*, que o

<sup>107</sup> GARY SLAPPER, DAVID KELLY, *The English Legal System...*, cit., pp. 6-7.

1

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> ROGER SMITH, *Property Law...*, cit., pp. 35-7.

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> RAYMOND LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, 2e édition, Paris, Litec, 2008, pp 18-20.

<sup>&</sup>lt;sup>109</sup> ROGER SMITH, *Property Law...*, cit., p. 24.

devedor recobrasse a propriedade mesmo após vencida e não paga a dívida, se posteriormente efetuasse tal pagamento com juros (*Redemption*) 110,111.

O modelo de direitos reais na *Common Law*, do ponto de vista do direito material, foi alterado de forma mais contundente apenas como a edição do *Law of Property Act*, no Reino Unido, em 1925, que realizou uma reforma dos direitos reais até então vigentes. Tal reforma resultou em um rompimento interno, pois não foi inteiramente acompanhada pelo restante dos países que adotaram a *Common Law*, restando, atualmente, dois sistemas distintos de direitos reais no universo da *Common Law*<sup>112</sup>.

No direito britânico, o termo jurídico que abrange a categoria romanística do direito das coisas seria *Law of Property*<sup>113</sup>. Não há, no direito inglês, categoria precisamente equivalente aos direitos reais. As traduções literais (*real right, right in rem*, etc) não têm significado próprio em direito britânico, embora sejam por vezes utilizadas por autores britânicos para se referir à modalidade de direitos reais própria do sistema romano-germânico.

Apenas com o advento da *Law of Property Act*, a natureza jurídica da *mortgage* no direito material britânico passou a ser de direito real sobre coisa do devedor<sup>114</sup>. Anteriormente, a *mortgage* existia ainda sob sua forma medieval, implicando a transferência do *fee simple* pelo devedor ao credor, retornando ao devedor apenas com o pagamento da dívida.

Nos Estados Unidos da América, desde o século XIX, a começar pelo estado de Nova York, diversos estados passaram a adotar por força de jurisprudência e da lei (statute), o conceito de mortgage como um lien, ou direito real sobre coisa alheia, sendo comumente referidos como Lien Theory States, ao passo que outros estados mantiveram a teoria que condiciona a mortgage a uma transferência de propriedade entre devedor e credor (Title Theory). Houve, ainda, uma terceira corrente, mista, para a qual a propriedade seria transferida, do devedor ao credor, no momento do inadimplemento, ideia associada ao conceito de pactum commissorium presente na fase inicial da hipoteca medieval<sup>115</sup>. Atualmente, predomina o conceito de mortgage como lien, não

<sup>112</sup> LUIGI MOCCIA, *Il modelo inglese di proprietà...*, cit., pp. 46-7.

\_

EDGAR N. DURFEE, *The Lien or Equitable Theory of the Mortgage: Some Generalizations*, in Michigan Law Review, Vol. X - No. 8, The Michigan Law Review Association, Jun/1912, p. 593.

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> ROGER SMITH, *Property Law...*, cit., p. 29.

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup> ANTONIO GAMBARO e R SACCO, Sistemi Giuridici Comparati, 3ª Ed., Milão, UTET, 2008, p. 112.

<sup>&</sup>lt;sup>114</sup> ROGER SMITH, *Property Law...*, cit., p. 49.

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> EDGAR N. DURFEE, *The Lien or Equitable Theory of the Mortgage...*, cit., pp. 587;595-598.

havendo transferência efetiva da propriedade. Mesmo nos estados que permanecem adotando, sob aspecto formal, a *title theory*, os direitos e obrigações do devedor e do credor foram gradativamente equiparados à natureza de um *lien*<sup>116</sup>.

Paralelamente, alguns estados passaram a permitir outra modalidade de garantia, baseada no conceito de *trust*, em que o devedor concede poderes ao credor ou a um terceiro para vender o imóvel dado em garantia na hipótese de inadimplemento, utilizando do montante arrecadado para efetuar a quitação da dívida garantida. Tais contratos, de caráter fiduciário, inspiraram a legislação brasileira relativa à alienação fiduciária de imóveis, analisada adiante.

## 1.4.4. A evolução da hipoteca na Europa continental e no direito português

No continente, a hipoteca medieval evoluiu gradativamente, tal qual ocorrera em Roma, de uma hipoteca de coisa para uma hipoteca do valor do bem. Isso porque o valor do bem gravado era ocasionalmente superior ao valor da dívida, de modo que a cláusula comissória constituía verdadeira usura. CLÓVIS DO COUTO E SILVA<sup>117</sup> afirma que, "para evitar o dano, a hipoteca evoluiu no sentido de possibilitar ao credor vender o bem gravado, no geral judicialmente, devendo devolver a quantia que excedesse o crédito, que se denominava de hyperocha", acrescentando que

"essa transformação ocorreu porque em algumas cidades medievais a hipoteca deixara de ter a feição de anticrese, não conferindo ao credor a faculdade de fruir a substância do bem gravado, tendo o devedor a posse imediata, e o credor, o direito de excutir o bem hipotecado. Denominou-se, no direito franco, a esse estatuto *obligation*."

No entanto, ainda persistiam três problemas notáveis. De um lado, mesmo com o deslocamento das garantias (e da penhora), que incidiam sobre a coisa, para incidirem sobre o produto da sua alienação, possibilitando o concurso de credores, ainda se previa, na hipótese de insolvência do devedor, a sua prisão ou redução à condição de escravo,

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> ROBERT J. AALBERTS, *Real Estate Law*, 8<sup>th</sup> Ed., Cengage Learning, 2011, p. 309.

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> A Hipoteca no Direito Comparado..., cit., p.139.

como afirmam TUCCI E AZEVEDO<sup>118</sup>. A esse respeito, BUZAID<sup>119</sup> remete à regra prevista no Código Visigótico, que determinava, ao devedor solvente, a execução patrimonial; ao devedor insolvente, a execução pessoal. Esse princípio sobreviveu no direito peninsular anterior ao período da legislação geral, tendo sido reproduzido no *Fuero Real* de Afonso IX e no de Afonso X, e também no direito consuetudinário lusitano, a exemplo dos *Concelhos* portugueses do século XIII<sup>120</sup>.

De outro lado, embora permanecesse vigente a regra *prior in tempore, potior in iure*, nem sempre havia clareza quanto às preferências e os privilégios no concurso de credores. Nessa época, ainda segundo BUZAID, a execução forçada dos bens do devedor pressupunha a existência, em favor do credor, "*de um direito de penhor convencional, pretório ou judicial (pignus in causa inudicati captum)*". No entanto, havia o princípio *pignoratio super pignorationem non admittur*, que impedia a coexistência de penhoras sobre o mesmo bem, obrigando os demais credores a intervir na execução através de *oposições*.

Finalmente, vale mencionar que o sistema hipotecário permanecia *clandestino*. Como já mencionado, ainda por muitos séculos a adoção do princípio da publicidade não seria sequer cogitada.

No âmbito do direito material, a hipoteca não sofreu grande evolução desde que, por volta do século XIII, já havia retomado as características romanas do período pósclássico. A grande revolução, do ponto de vista material, aconteceria apenas a partir do século XVIII<sup>121</sup>, quando a *publicidade* começa a ser adotada, em escala, no direito continental europeu.

Na legislação lusitana, é possível apontar alguma evolução no aspecto processual, ainda que de início se tenha repetido os costumes advindos do direito comum. TUCCI E AZEVEDO<sup>122</sup> afirmam que o princípio *prior in tempore, potior in iure* prosseguiu, tendo sido adotado na legislação lusitana, a exemplo de lei do tempo de D. Dinis, que constou do Livro das Leis e Posturas, e chegando às Ordenações Afonsinas, 3:97. No entanto, segundo AZEVEDO<sup>123</sup>, os monarcas lusitanos trataram de regulamentar

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI E LUIZ CARLOS AZEVEDO, *Lições de História do Processo Civil Lusitano*, São Paulo, RT, 2009, p. 305.

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> Do Concurso de Credores no Processo de Execução..., cit., pp. 100-108.

<sup>&</sup>lt;sup>120</sup> No mesmo sentido: L. C. AZEVEDO, *Da Penhora...*, cit., p. 70.

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup> PHILIPPE SIMLER E PHILIPPE DELEBECQUE, *Droit civil – Les sûretés...*, cit, p. 726; Jean. P. Levy E Andre Castaldo, *Histoire du Droit Civil...*, cit., p. 1114.

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> Lições de História do Processo Civil Lusitano..., cit., p. 306.

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> *Da Penhora...*, cit., p. 70.

os trâmites processuais, estabelecendo medidas de caráter obrigatório, de modo que a penhora poderia ser realizada apenas pelo porteiro, representante judicial, sendo vedada a autotutela<sup>124</sup>.

Assim, nas Ordenações Afonsinas, cuja compilação foi concluída entre 1446 e 1447<sup>125</sup>, já havia diversas regras de caráter processual que se aplicavam à execução e à penhora, dentre as quais relevante citar que a penhora geralmente decorresse de sentença, à qual cabiam embargos; que se fizesse através do porteiro; que somente no limite dos bens necessários à satisfação do débito, primeiro sobre os bens móveis e depois sobre os de raiz; e que primeiro se apenhassem os bens que estivessem fora da casa do devedor, e somente se insuficientes a penhora abrangesse os que guarneciam seu interior<sup>126</sup>. Os bens penhorados eram então apregoados e arrematados para satisfação da dívida<sup>127</sup>.

No aspecto material das garantias, as Afonsinas vedavam expressamente, como nos costumes anteriores, a cláusula comissória 128, estabelecendo que o credor poderia adjudicar o bem apenas mediante avaliação do justo preço. Além disso, estabeleciam, no Livro 4, Tít. 33, o direito de sequela do credor pignoratício 129, sob o título "Que quando a cousa obriguada he vendida, ou emalhada, passa sempre com seu encarreguo", determinando que, no caso de alienação da coisa pelo devedor, o credor possa demandar o novo possuidor para que lhe pague a dívida ou lhe entregue a coisa. Sendo o possuidor de boa-fé, a demanda poderia ser proposta no prazo de dez anos contados do ato de disposição feito pelo devedor original, se credor e possuidor forem moradores da mesma comarca, e de até vinte anos, se habitarem comarcas distintas. No caso de possuidor de má-fé, que se considerava aquele desprovido de justo título, a demanda poderia ser proposta no prazo de 30 anos.

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup> Luiz C. Azevedo indica que a penhora pelo próprio demandante já era vedada em muitos forais, mas ainda consistia prática comum.

<sup>&</sup>lt;sup>125</sup> NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português – Fontes de Direito*, 4ª Ed. Rev. e Atualizada, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, pp. 307-8.

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> Luiz C. Azevedo, *Da Penhora...*, cit., pp. 76-77.

Conforme disposto em *Ord. Afons.*, Liv. 3, Tit. 93, 5. Fac-símile disponível em http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/. Acesso em 21.06.2012

Ord. Afons., Liv. 4, Tit. 39: "Quando os homees som postos em necessidade d'aver mester dinheiro emprestado, ligeiramente outorgam qualquer cousa que lhes he requerida, por averem emprestado o que ham mester, por sairem de necessidade em que som postos. E muitas vezes acontece, que o que recebe dinheiro emprestado apenha por elle algua cousa movel, ou de raiz com tal condiçom, que nom pagando a certo dia, que fique o dito penhor rematado ao creedor por a divida: o que achamos seer contra contra Direito. E porem ordenamos, e poemos por Ley geeral em todos Nossos Regnos e Senhorio, que nom seja algum tao ousado, de qualquer condiçom que seja, que daqui en diante tal apenhamento faça, ou receba; e fazendo o contrario, todo o que assy for feito seja nenhum, e de nenhum valor". <sup>129</sup> Entendido em sentido amplo, abrangendo móveis e imóveis.

As Ordenações Manuelinas foram concluídas em 1521, sob o reinado de D. Manuel I, pouco tempo depois do descobrimento do Brasil, e ainda antes dos primeiros grandes esforços de colonização das terras brasileiras, que se iniciaram com as Capitanias Hereditárias, em 1532. Durante todo o período colonial, o direito privado vigente no Brasil é dirigido essencialmente pelas compilações portuguesas <sup>130</sup>.

Como explicam TUCCI E AZEVEDO<sup>131</sup>, as Ordenações Manuelinas mantiveram o formato das Afonsinas, mas com redação bem diferente, mais clara e técnica, e em estilo decretório. Por exemplo, manteve-se a vedação ao pacto comissório, mas de forma mais direta e objetiva<sup>132</sup>, assim como o direito de sequela do credor pignoratício.

As Ordenações Manuelinas mantêm em linhas gerais, mas com redação aperfeiçoada, as regras processuais constantes das Afonsinas. Destacam-se, como inovações, segundo AZEVEDO<sup>133</sup>, o aperfeiçoamento do conceito da impenhorabilidade relativa, limitando casos de impenhorabilidade anteriormente existentes - como dos cavalos e armas dos fidalgos e os vestidos das senhoras – apenas ao que "é necessário para serviço e uso, segundo a qualidade das pessoas"; a melhor regulamentação dos pregões, os quais ocorreriam após dez dias da penhora, no caso de móveis, e trinta dias, para imóveis; e a introdução dos embargos de terceiro.

Em 1603 são promulgadas as Ordenações Filipinas 134, feitas a mando do rei Filipe I, o qual era também rei da Espanha, e havia assumido o trono de Portugal em 1580, formando assim a União Ibérica.

No aspecto do direito material, vale dizer que as Ordenações Filipinas, em seu texto original, representaram menor evolução sobre as Manuelinas, do que estas em relação às Afonsinas. Isso porque as Ordenações Filipinas praticamente repetiram os textos constantes das Manuelinas, ao passo que estas haviam introduzido melhorias de linguagem e de estilo.

Na esfera processual, também houve, de início, pouca evolução em relação ao texto anteriormente vigente. Assim como ocorria nas ordenações anteriores, vigorou o prior in tempore, potior in iure, com relação à ordem das penhoras, bem como a vedação à multiplicidade de penhoras sobre um mesmo bem.

<sup>&</sup>lt;sup>130</sup> MARIO G. LOSANO, Os grandes sistemas jurídicos..., cit., pp. 262-3; 266.

Lições de História do Processo Civil Lusitano..., cit., pp. 34-5.
 Ord. Man., Liv. 4, Tít. 26: "Se algum devedor apenhar a seu creedor algua cousa movel ou de raiz, com tal condicam que nam lhe paguando a dita divida a dia certo, o penhor fique vendido e arrematado ao creedor por a dita divida, Mandamos que tal convença seja ninhua e de ninhuu efecto." <sup>133</sup> *Da Penhora...*, cit., p. 78.

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> NUNO. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português...*, cit., p. 365.

A questão do concurso de credores é especialmente confusa. BUZAID<sup>135</sup> noticia, em vista do disposto no Livro III, tit. 91, diferentes formas de concurso, podendo este ser baseado no grau preferência do crédito, conforme o *caput* do dispositivo, ou simplesmente na ordem das penhoras, conforme o §1º do mesmo dispositivo. Em seguida, no entanto, conclui que no concurso de que trata o referido título 91, "*a prelação entre os credores é regulada não pelo privilégio de suas dívidas, ou prioridade de hipotecas, mas pela prioridade das penhoras*". Esta conclusão de BUZAID é reproduzida por TUCCI E AZEVEDO<sup>136</sup> e também por AZEVEDO<sup>137</sup>.

Ainda de acordo com Buzaido, distinta era a forma na hipótese de insolvência do devedor, que ensejasse o concurso universal de credores, baseado no Livro 3, Tit. 74. Não sendo encontrados bens suficientes para satisfazer a condenação, o devedor era preso até que pagasse. Essa modalidade de prisão decorrente da insolvência, como afirmam Tucci e Azevedo, persistiu até a expedição do Alvará de 18 de agosto de 1774, que aboliu a prisão no caso dos devedores que não fossem de má-fé, ou não tivessem agido com malícia.

Anteriormente, a alternativa oferecida ao devedor de boa-fé consistia em requerer judicialmente a *cessão de seus bens*, confessando todas as dívidas e mostrando todos os seus bens, e nesta hipótese seria solto, conservando "apenas os vestidos, contanto que não sejam de grande valia". Nesta hipótese, os credores seriam todos citados para, no mesmo processo, decidir-se a divisão do bens do devedor, levando-se em consideração as preferências e graduações de cada credor.

Em vista da especial complexidade e das discrepâncias presentes no concurso de credores nas Ordenações Filipinas, AFFONSO FRAGA<sup>138</sup> estabeleceu comparação com a problemática romana:

"A matéria, organizada sem atenção à necessidade de garantir os credores e assegurar o crédito territorial, se achava, maxime na parte concernente à preferência entre credores, envolta em tanta obscuridade que não poucas vezes decidia-se por mera conjectura, o que levara Voei a dizer: ex hoc creditorum labyrintho, et tortuosis ac salebrosis Jctorum in hac materia anfractibus, non aliter felicius me evasurum credidi, quam si primo loco illos

\_

<sup>&</sup>lt;sup>135</sup> Do Concurso de Credores no Processo de Execução..., cit., p. 122-123.

<sup>136</sup> Lições de História do Processo Civil Lusitano..., cit., p. 306.

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup> *Da Penhora...*, cit., p. 85.

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> Direitos Reaes de Garantia..., cit., p. 455.

recensuerim, quibus in re singulari hypotheca cum privilegio nata est (Ad Pandect. L. 20 Tit. 4 n.17)"

De fato, essa obscuridade foi posteriormente tratada por meio de lei extravagante. A Carta de Lei de 22 de dezembro de 1761, expedida por D. José, dizia:

"Atendendo na mesma forma aos embaraços que tem resultado à arrecadação de Minha Fazenda do concurso, ou labyrintho dos credores particulares e das preferencias, fundadas na Ordenação do Reino, que as tem graduado pela prioridade das penhoras, com os graves inconvenientes, que a experiencia tem mostrado, e de que me tem sido presente os gravames: Mando, que da publicação desta em diante se não possão mais graduar as preferencias pela prioridade das penhoras, nem ainda a respeito dos credores particulares: E que ainda entre êstes credores particulares preferirão os que tiverem hipotecas especiais anteriores, provadas por Escritura Pública e não de outra sorte, nem por outra maneira alguma, qualquer que ela seja."

Essa Carta de Lei possui especial importância, uma vez que alterou profundamente o regime vigente, instituindo a prelação do crédito hipotecário, bem como a do crédito fiscal, o qual somente era preferido pelas hipotecas especiais anteriormente constituídas por Escritura Pública, bem como por sentenças anteriormente alcançadas contra o devedor, com pleno conhecimento de causa e não de preceito, ou ainda fundadas em confissão.

A matéria foi novamente tratada pela Lei de 20 de junho de 1774<sup>139</sup>, a qual estabeleceu uma série de regras e princípios para a decisão das preferências "no concurso, ou Labyrintho dos Credores".

Como regra geral, a lei determinava a preferência dos créditos hipotecários sobre os quirografários e, entre as hipotecas, se gerais, prefeririam as mais antigas, conforme as datas das suas escrituras; se especiais, prefeririam cada qual sobre o bem empenhado e, quanto a um mesmo bem, aquela que tiver a maior prioridade.

No entanto, em seguida continha diversas exceções, estabelecendo credores privilegiados que passariam a preferir aos créditos hipotecários. São eles, em ordem do mais ao menos privilegiado: quem concorreu com materiais ou dinheiro para reedificação, reparação ou construção no imóvel; quem, da mesma forma, concorreu

\_

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup> Conforme detalhado por BUZAID, *Do Concurso de Credores no Processo de Execução...*, cit., pp. 130-133.

com materiais ou dinheiro para refazer nau, navio ou qualquer embarcação; quem concorreu com dinheiro para preparar e cultivar a terra inculta; quem emprestou dinheiro para a compra de fazenda, com relação ao imóvel adquirido, desde que constante a destinação da escritura de empréstimo; os Senhores dos prédios rústicos ou urbanos, e os Senhores diretos, com relação aos seus rendeiros, inquilinos ou enfiteutas; os credores dos fretes, com relação às fazendas que fizeram a carga; a mulher, com relação ao dote dado ao marido, se consistir em fazendas.

Dessa forma, BUZAID<sup>140</sup> conclui que, no regime imposto pela Lei de 20 de junho de 1774, passaram a existir três classes de credores: em primeiro lugar, os privilegiados; em segundo, os hipotecários; por último, os quirografários.

TUCCI E AZEVEDO<sup>141</sup> afirmam que esse novo regime, decorrente dos privilégios, estende-se pelos séculos XIII e XIX, sendo aplicado no Brasil, em certos casos, mesmo após a Independência, não se levando mais em conta o tempo, mas sim "a maior prerrogativa".

## 1.4.5. A evolução da hipoteca no Direito brasileiro do século XIX

A 1808, o Brasil foi elevado à categoria de reino unido, eliminando a distinção entre colônia e metrópole. A transferência da corte portuguesa ao Brasil permitiu a assimilação total e simultânea do direito português no Brasil, durante os anos que precederam a independência de Portugal<sup>142</sup>.

No entanto, é certo que logo no início do Império surge no direito brasileiro verdadeira revolução na segurança jurídica das hipotecas, pois a Lei nº 317, de 21 de outubro de 1843<sup>143</sup> determinou a criação do "Registro Geral de Hypothecas", cujo objetivo era conferir publicidade às garantias hipotecárias. Nesse sentido aponta AFFONSO FRAGA, em sua obra de 1933:

-

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup> Idem, p. 133

<sup>&</sup>lt;sup>141</sup> Lições de História do Processo Civil Lusitano..., cit., pp. 309-310.

<sup>&</sup>lt;sup>142</sup> MARIO G. LOSANO, Os grandes sistemas jurídicos..., cit., p. 252.

<sup>&</sup>quot;Art. 35. Fica creado um Registro geral de hypothecas, nos lugares e pelo modo que o Governo estabelecer nos seus Regulamentos." (http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/LIM/LIM317.htm)

"A hipoteca, tal como a adotara e organizara o direito romano, imperou secularmente no direito pátrio até o meiado do século passado, tempo em que sofrera a primeira e profunda reforma com as Leis n. 317 de 21 de outubro de 1843 e n. 1237 de 24 de setembro de 1864, as quais despiram-na do caráter clandestino que tinha naquele direito, para revesti-la da maior publicidade e, desde então, os legisladores pátrios, doutrinados pela ideia fixa de ser ela a fonte a mais fecunda do crédito, o talisman que mais fascina e aguça a ambição do capitalismo, curaram de continuamente aperfeiçoá-la até lhe dar a estrutura definitiva que ostenta no Código ao lado dos demais direitos de garantia. 144

A função de publicidade das hipotecas ficou provisoriamente a cargo de um dos tabeliães de cada Comarca do Império, conforme fosse designado pelo Presidente da Província. A lei foi regulamentada pelo Decreto nº 482<sup>145</sup>, de 14 de novembro de 1846, determinando, em seu artigo 13, os efeitos legais das hipotecas, que só vigorariam a partir do registro:

"Art. 13. São effeitos legaes do registro das hypothecas: 1.º tornar nulla, a favor do credor hypothecario, qualquer alienação dos bens hypothecados, que o devedor possa fazer, posteriormente ao registro, por titulo, quer gratuito, quer oneroso: 2.º poder o credor hypothecario com sentença, penhorar e executar os bens registrados, em qualquer parte que elles se acharem: 3.º conservar ao credor hypothecario o privilegio de preferencia, nos bens registrados que, pela hypotheca, possa haver adquirido."

Em 1850, entraram em vigor o Regulamento 737<sup>146</sup> e a Lei 556 (Código Comercial)<sup>147</sup>, ambos contendo disposições acerca da hipoteca. O primeiro era aplicável ao processo comercial, e incluía um novo "concurso *de preferências*", estabelecendo a preferência dos credores hipotecários sobre os quirografários<sup>148,149</sup>, e ressalvando que os

Art. 619. Os credores serão divididos em quatro classes: § 1.º Credores de domínio; § 2.º Credores privilegiados; § 3.º Credores com hypotheca; § 4.º Credores simples ou chirographarios.

-

<sup>&</sup>lt;sup>144</sup> Direitos Reaes de Garantia..., cit., p. 398; cf. EDUARDO ESPÍNOLA, Os Direitos Reais no Direito Civil Brasileiro..., cit., pp. 404-6.

http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-482-14-novembro-1846-560540-publicacaooriginal-83591-pe.html

<sup>&</sup>lt;sup>146</sup> http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/LIM/LIM556.htm

Art. 629. Os credores hypothecarios especiaes, a respeito dos quaes se não der contestação, serão embolsados pelo producto da venda dos bens hypothecados: a sobra, havendo-a, entra na massa, e pela falta ou differença concorrem em rateio com os credores chirographarios.

quirografários teriam direito a quinhões iguais<sup>150</sup>. O Código Comercial, por sua vez, regulou as hipotecas outorgadas para garantir obrigação ou dívida comercial, a serem inscritas no registro de comércio<sup>151</sup>, bem como estabeleceu diversas hipóteses de hipotecas tácitas.

O direito hipotecário foi reformado pela lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864<sup>152</sup>, que derrogou as disposições contidas no Código Comercial acerca da hipoteca, determinando que "a hipoteca é somente regulada pela lei civil". Referida lei estabeleceu as bases do direito hipotecário<sup>153</sup> e da publicidade no direito brasileiro<sup>154</sup>. Princípios por ela regulados viriam a permanecer até o Código Civil atual, tais como a publicidade, a especialização do bem dado em garantia e da dívida (incluindo a estimação da dívida, na hipótese de valor indeterminado), a indivisibilidade, a necessidade da escritura pública, as prioridades decorrentes de múltiplas hipotecas sobre mesmo bem, e a cessação dos efeitos da hipoteca decorridos trinta anos do seu registro. Além disso, regulou aspectos de direito registral, como a transcrição dos títulos aquisitivos e a inscrição dos direitos reais, incluindo as hipotecas, a prenotação (das hipotecas legais e judiciais) pelo prazo de trinta dias, antes que fosse feita a sua inscrição, e a abertura de livros de indicador pessoal e real.

A execução hipotecária era feita na forma do Regulamento 737, que regulava o processo comercial, mediante ação especial na modalidade de Assignação de Dez Dias, que consignava ao devedor o prazo de dez dias para pagar a dívida ou opor embargos. Não havendo embargos ou sendo eles improcedentes, seguia-se a execução, independentemente de recursos 155.

1

<sup>&</sup>lt;sup>150</sup> Art. 632. Todos os credores chirographarios têm direitos iguaes para serem pagos em rateio pelos remanecentes, que ficarem depois de satisfeitos os credores das outras classes.

Art. 265 - A hipoteca de bens de raiz feita para segurar qualquer obrigação ou dívida comercial, só pode provar-se por escritura pública, inscrita no Registro do Comércio (art. 10 n.2): fica porém entendido que a presente disposição não compreende os casos em que por este Código se estabelece a hipoteca tácita.

<sup>152</sup> http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/LIM/LIM1237.htm

<sup>&</sup>lt;sup>153</sup> DOMINGOS DE ANDRADE FIGUEIRA, discurso na 6ª reunião extraordinária de discussão do Projeto de Código Civil Brasileiro na Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 03.12.1901, transcrito em T. FULGÊNCIO, Direito Real de Hipoteca, 2ª ed (atualizada por José de Aguiar Dias), Rio de Janeiro, Forense, 1960, Vol. II, pp. 558-9.

<sup>&</sup>lt;sup>154</sup> IVAN JACOPETTI DO LAGO, *História da publicidade imobiliária no Brasil*, São Paulo, FDUSP, 2008, dissertação de mestrado orientada pelo prof. Ignacio Maria Poveda Velasco, pp. 51-4.

<sup>&</sup>lt;sup>155</sup> "Art. 257. Conclusos os autos, si o réo não oppuzer embargos, ou os embargos que oppuzer forem improcedentes por sua materia, o Juiz o condemnará, e a sentença será executada não obstante quaesquer recursos."

O Decreto nº 3.272, de 5 de Outubro de 1885<sup>156</sup> fez importantes reformas nos aspectos processual, alterando a sistemática de arrematação e adjudicação, determinando que o processo cabível passasse a ser o processo de execução perante a jurisdição comercial, seguido de penhora, e permitindo às partes estabelecerem, no título constitutiva da hipoteca, um valor a ser utilizado com base na execução hipotecária. No campo material, restringiu a eficácia das hipotecas legais, cuja inscrição imobiliária passou a ser obrigatória.

Com o advento da República, houve a publicação de diversas normas reguladoras da hipoteca. O Decreto 169-A, de 19 de janeiro 1890<sup>157</sup>, substituiu a Lei nº 1.237/1864 e o Decreto nº 3.272/1885, consolidando as normas vigentes nos aspectos material, processual e registral. O Decreto 370<sup>158</sup>, de 2 de maio de 1890, que regulamenta o anterior, instituiu diversas normas pertinentes aos registros públicos e à execução das hipotecas, a serem aplicadas sobre o processo de execução regido pelo Regulamento 737. O Decreto 763, de 19 de setembro de 1890<sup>159</sup>, estendeu as regras processuais do Regulamento 737 ao processo civil. Assim, a hipoteca abandonava, definitivamente, o regime das Ordenações Filipinas, que vigorou, com sua legislação extravagante, por quase três séculos, em Portugal e no Brasil.

A matéria processual foi tratada ainda pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, pelos códigos de processo estaduais e finalmente pelo Código de Processo atualmente em vigor.

O Código Civil de 1916 trouxe extensa regulamentação da hipoteca, assim como dos privilégios, institutos que permaneceram tratados no Código Civil de 2002, atualmente vigente, nos artigos 955 a 965, com relação às preferências e aos privilégios creditórios, e 1.473 e seguintes, com relação à hipoteca.

http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3272-5-outubro-1885-543469publicacaooriginal-53793-pl.html

http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-169-a-19-janeiro-1890-516767-normape.html http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/1851-1899/D370impressao.htm

<sup>159</sup> http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/1851-1899/D763.htm

## 1.5. Histórico recente das garantias reais imobiliárias no Direito brasileiro

A regulamentação da hipoteca pelo Código Civil de 1916 não diferiu muito do sistema hipotecário que havia sido estabelecido pela legislação datada do início da República, regulando a hipoteca juntamente com os demais direitos reais de garantia (penhor e anticrese) no Livro II, dedicado ao Direito das Coisas. O Código Civil regulou também a retrovenda 160, cláusula especial aos contratos de compra e venda que é ocasionalmente utilizada como forma imprópria de garantia. Assim como no Código atual, a retrovenda era restrita ao prazo de três anos após a conclusão da venda 161, o que restringe a sua utilização com a finalidade de garantia. Não havia no Código Civil de 1916 qualquer forma de garantia pautada na propriedade, a exemplo da alienação fiduciária.

Mediante a publicação do Decreto-Lei nº66/1966, introduziu-se modalidade de execução extrajudicial de hipoteca, bem como a cédula hipotecária. O referido Decreto-Lei regulou ainda o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação (SFH), criado nos termos da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964. A cédula hipotecária era destinada à circulação dos créditos contraídos com instituições financeiras e companhias de seguro, sem limitação aos créditos decorrentes do SFH.

A modalidade de hipoteca e de execução extrajudicial contida no Decreto-Lei 70/1966 tem clara influência do sistema anglo-americano. Primeiramente, por determinar a nomeação, na escritura de hipoteca, de um agente fiduciário, a quem caberia a realização extrajudicial da garantia em benefício do credor, havendo clara influência do instituto do *trust* e das garantias outorgadas na forma de *Deed of Trust*. Em segundo lugar, por determinar que a excussão da garantia se fizesse por venda direta do imóvel, em leilão promovido pelo próprio agente fiduciário, sem a necessidade de interferência de qualquer órgão do Judiciário ou da Administração Pública. A sistemática de execução extrajudicial contida no referido Decreto-Lei perdurou até hoje, para as hipotecas relacionadas ao financiamento imobiliário, e será discutida no último

-

<sup>&</sup>lt;sup>160</sup> Art. 1.140. O vendedor pode reservar-se o direito de recobrar, em certo prazo, o imóvel, que vendeu, restituindo o preço, mais as despesas feitas pelo comprador.

Art. 1.141. O prazo para o resgate, ou retrato, não passará de três anos, sob pena de se reputar não escrito; presumindo-se estipulado o máximo do tempo, quando as partes o não determinarem.

capítulo deste trabalho, ao abordarmos as formas de execução extrajudicial de garantias imobiliárias.

De forma quase simultânea à aludida reforma da hipoteca, introduziu-se no direito brasileiro a alienação fiduciária, por meio da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, que regulou o mercado de capitais. Nos termos de seu art. 66, poderiam ser objeto de alienação fiduciária apenas bens móveis, transferindo-se o domínio da coisa alienada ao credor até a liquidação da dívida garantida, e permanecendo o devedor em sua posse. A garantia podia ser instituída por instrumento público ou particular, devendo ser registrada no Registro de Títulos e Documentos para adquirir eficácia real, sendo necessário que o contrato contivesse a especialização da dívida e do bem dado em garantia.

Na hipótese de inadimplemento, o credor fiduciário poderia vender a coisa, aplicando o preço na solução de seu crédito, e devolvendo ao devedor a quantia sobejante. Caso o produto da venda fosse insuficiente, o devedor continuaria pessoalmente obrigado. Não se permitiu a credor ficar o com o bem em pagamento da dívida.

O Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, introduziu algumas modificações na regulamentação da alienação fiduciária, bem como estabeleceu normas processuais aplicáveis a essa garantia. Na parte material, aprofundou-se na definição da alienação fiduciária o conceito da posse que remanesce com o devedor fiduciário, definindo-o como depositário, detentor da posse direta, e atribuindo ao credor a posse indireta do bem dado em garantia. No aspecto processual, determinou-se cabível em favor do credor a ação de busca e apreensão do bem, na hipótese de inadimplemento da garantia, com concessão de liminar, esclarecendo-se que a venda do bem pelo credor não dependeria de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial.

Por sua vez, a Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971, criou um rito processual específico para a execução judicial das hipotecas outorgadas em garantia dos financiamentos do SFH. À semelhança da futura legislação sobre a alienação fiduciária de imóveis, referida lei determinou dois aspectos polêmicos: em primeiro lugar, a adjudicação obrigatória do imóvel ao credor, na hipótese de serem desertos os leilões públicos; em segundo lugar, a exoneração pessoal do devedor pela quantia excedente ao valo de avaliação do imóvel, na hipótese de adjudicação. Discutiremos esses aspectos

em maio detalhe adiante, ao tratar da alienação fiduciária de imóveis, que também os incorporou.

Apenas no ano de 1997, com a publicação da Lei nº 9.514, de 20 de novembro, instituiu-se no ordenamento a modalidade de alienação fiduciária sobre bens imóveis, consistente na transferência da propriedade imóvel em garantia de dívida. Referida lei, que será analisada nos capítulos 3 e 4 deste trabalho, teve como motivação a reforma e o fomento ao financiamento imobiliário habitacional, mediante a criação do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI).

A regulamentação da alienação fiduciária de imóveis, portanto, tem como fundamento o cenário e as necessidades do financiamento imobiliário habitacional. Não obstante, permitiu-se a utilização do instituto também para garantia de outras obrigações não relacionadas ao SFI, gerando inúmeras controvérsias decorrentes da regulamentação inadequada para essa finalidade, abordadas no terceiro capítulos deste trabalho. Com a referida permissão, a alienação fiduciária e a hipoteca passaram a ser institutos concorrentes, ambas destinadas a garantir diversas espécies de obrigações. Escolhas legislativas que tornaram o instituto da alienação fiduciária de imóveis mais benéfico ao credor têm contribuído para o desprestígio da hipoteca.

A forma de execução escolhida para a alienação fiduciária de imóvel é exclusivamente extrajudicial. Diferentemente da execução extrajudicial hipotecária, entretanto, a realização da garantia fiduciária imobiliária é feita pelo Oficial de Registro de Imóveis da circunscrição do imóvel dado em garantia. No último capítulo deste trabalho serão comparadas as formas de execução extrajudicial existentes, discutindo-se sua possibilidade, conveniência e as modificações necessárias para a sua utilização ampla.

Finalmente, a alienação fiduciária de móveis passou a ser regulada pelo Código Civil de 2002. Em seus artigos 1.361 e seguintes, o Código regulamentou a alienação fiduciária de bens móveis infungíveis, mediante a transferência em garantia da sua propriedade resolúvel, em linhas semelhantes às existentes na Lei nº 4.728/1965, modificada pelo Decreto-Lei nº 911/1969. Os dispositivos da Lei do Mercado de Capitais que regulavam de maneira geral a alienação fiduciária de móveis foram substituídos, por meio da Lei nº 10.931/2004, por uma nova seção destinada a regulamentar, em caráter estrito, a utilização da alienação fiduciária de móveis no âmbito do mercado financeiro e de capitais, de acordo com os dispositivos constantes

no Código Civil. A alienação fiduciária de imóveis, entretanto, permaneceu regulada pela Lei nº 9.514/1997.

# 2. A HIPOTECA

## 2.1. Conceito e natureza jurídica

Para introduzir o capítulo dedicado à hipoteca, retomamos brevemente o seu conceito e natureza jurídica, já amplamente analisados e comparados no capítulo histórico.

A hipoteca no direito brasileiro, desde seu surgimento, consiste em direito real de garantia sobre bem de terceiro<sup>162</sup>, modalidade que abrange, atualmente, a hipoteca, o penhor e a anticrese. A criação da hipoteca sobre o imóvel do devedor não implica a transferência da propriedade ou da posse, mas apenas uma constrição, que representará ao credor um direito de preferência e de sequela sobre o referido bem. Cria-se uma relação imediata entre o credor e a coisa, em decorrência do vínculo real, que também se classifica como absoluta, no sentido de que a preferência e a sequela são oponíveis *erga omnes*<sup>163</sup>.

A natureza jurídica da hipoteca como direito real sobre bem do devedor é o que confere, a nosso ver, a flexibilidade e versatilidade à hipoteca para que possa se tornar sempre *adequada* à dívida garantida, evitando o *desperdício de crédito* do devedor, um dos aspectos apontados por AYNÈS E CROCQ<sup>164</sup> para estabelecer o conceito de garantia ideal.

A adequação da garantia hipotecária é alcançada de duas formas. Primeiramente, pela vedação do pacto comissório. Desde que, historicamente, a hipoteca deixou de ser uma "hipoteca de coisa" para se tornar uma "hipoteca sobre o valor do bem" conforme apontado por CLÓVIS DO COUTO E SILVA 6, o credor é obrigado a devolver ao devedor o montante decorrente da venda do imóvel gravado que sobejar à dívida garantida.

<sup>162</sup> TITO FULGÊNCIO, Direito Real de Hipoteca..., cit., p. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>163</sup> Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile...*, cit., p. 793.

<sup>&</sup>lt;sup>164</sup> *Les sûretés...*, cit., p. 7.

<sup>&</sup>lt;sup>165</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit Spécial des Sûretés Réelles* (JACQUES GHESTIN - *Traité de Droit Civil*), Paris, LGDJ, 1996, p. 536.

<sup>&</sup>lt;sup>166</sup> A Hipoteca no Direito Comparado..., cit., p. 138.

Em segundo lugar, pela possibilidade de se utilizar o mesmo imóvel para garantir diversas dívidas, mediante a criação de hipotecas em graus de prioridade subsequentes, que se subordinam às hipotecas de menor grau. Essa flexibilidade, que é incompatível com as formas de garantia baseadas na transferência da propriedade, faz com que a hipoteca seja a única forma de garantia imobiliária que possibilite ao proprietário de um imóvel de grande valor garantir uma pluralidade de dívidas.

A evolução da garantia hipotecária para a sua natureza jurídica atual, na Europa continental, ocorreu ainda na idade-média. Por muitos séculos, como já mencionamos, essa característica diferenciou o modelo de hipoteca continental daquele adotado pela Common Law, ainda baseado na propriedade.

Na Common Law, a essência tradicional da hipoteca era de transferência de um direito real (property interest) ao credor, que no século XIX consistia normalmente no fee simple. Vale retomar o conceito de que, no Reino-Unido, a propriedade formal da terra pertence à coroa, de forma que o direito quase equivalente detido pelo particular consiste em um freehold estate, cuja modalidade perpétua se denomina fee simple. Esse direito, aliás, não difere de um regime enfitêutico, como o aforamento de terras da União existente até hoje no direito brasileiro, em que o particular detém apenas o chamado domínio útil da terra, sendo o domínio direto pertencente à União.

A transferência do fee simple pelo devedor, portanto, dava à hipoteca a característica de garantia pautada na transferência da propriedade, com relação à parcela que cabia ao particular. A despeito da transferência da propriedade, o devedor permanecia na posse do imóvel, e recebia de volta a propriedade mediante o pagamento da dívida<sup>167</sup>. Em decorrência da Law of Property Act, de 1925, e de reformas subsequentes, a hipoteca existente no Reino Unido adotou, como nos sistemas romanogermânicos, a forma de direito real sobre bem do devedor, denominado legal charge.

Nos EUA, a reforma do direito hipotecário se deu no âmbito dos estados, criando a divisão, já mencionada, entre os Lien States, que adotaram a forma de hipoteca como direito real sobre bem do devedor (lien); e os Title States, que permaneciam adeptos da garantia sobre a propriedade<sup>168</sup>. Atualmente, a hipoteca nos EUA é feita predominantemente sob a forma de um *lien*<sup>169</sup>.

<sup>167</sup> ROGER SMITH, *Property Law...*, cit., p. 556-557.
<sup>168</sup> EDGAR N. DURFEE, *The Lien or Equitable Theory of the Mortgage...*, cit., pp. 587; 595-598.

<sup>&</sup>lt;sup>169</sup> MARIANNE M. JENNINGS, *Real Estate Law*, 9<sup>th</sup> Ed., Cengage Learning, 2010, p. 402.

Para embasar o objetivo deste trabalho, de analisar e comparar a sistemática das garantias hipotecária e fiduciária imobiliária, quando aplicadas em contrato não habitacionais, selecionamos nos itens a seguir aspectos gerais do direito hipotecário que consideramos relevantes para fins de exame e comparação entre as espécies de garantia e o conceito de garantia ideal, que estabelecemos no primeiro capítulo. Este capítulo não pretende encerrar um estudo exaustivo de todos os nuances aplicáveis à hipoteca, em especial direitos acessórios garantidos ao credor e ao devedor, a exemplo de regras de reforço<sup>170</sup> e remissão<sup>171</sup> da garantia.

Naturalmente, a hipoteca será analisada em sua forma convencional ou voluntária, por ser esta a aplicável à temática do trabalho, de garantia das obrigações decorrentes de contrato. Não abordaremos, portanto, a hipoteca legal<sup>172</sup> e a hipoteca judiciária<sup>173</sup>. Da mesma forma, não abordamos a hipoteca de móveis ou imóveis por equiparação, como navios e aeronaves<sup>174</sup>, sendo a hipoteca no Brasil essencialmente sobre bens imóveis<sup>175</sup>.

# 2.1.1. Princípios

São três os princípios clássicos dos direitos reais de garantia: a publicidade, a especialidade e a indivisibilidade.

-

<sup>&</sup>lt;sup>170</sup> Art. 1425, CC.

<sup>&</sup>lt;sup>171</sup> Arts. 1429, 1481 e ss, CC.

<sup>&</sup>lt;sup>172</sup> Arts. 1489 e ss, CC.

<sup>&</sup>lt;sup>173</sup> Art. 466, CPC.

<sup>&</sup>lt;sup>174</sup> Art. 1.473, CC, VI, VII e §1°.

Exemplo radicalmente oposto é o do Código Civil do Québec, que aboliu as formas de penhor, estabelecendo a hipoteca como garantia real sobre móveis e imóveis, sempre mediante publicidade, conforme JACQUES AUGER, *Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Général...*, cit., p. 46.

## 2.1.1.1. Princípio da Publicidade

A função da publicidade é conferir à garantia oponibilidade *erga omnes*, especialmente credores de devedor comum<sup>176</sup>, titulares de direito real ou terceiros interessados na aquisição do bem gravado.

No caso da garantia hipotecária, a publicidade se dá através do registro no Registro de Imóveis, conforme o art. 1.217 do Código Civil, transcrito anteriormente, que determina a exigibilidade do registro para a constituição de direitos reais sobre bens imóveis. O registro da escritura de hipoteca se dá na matrícula do imóvel hipotecado, no Livro nº 2 – Registro Geral<sup>177</sup>.

É possível argumentar que o princípio da publicidade seja o mais importante entre os três princípios aplicáveis às garantias reais, uma vez que a publicidade justifica a eficácia das garantias reais perante terceiros, em cuja ausência as garantias reais não difeririam das pessoais.

O princípio da publicidade proporciona, na realidade, uma dupla segurança, pois confere eficácia ao credor e ao mesmo tempo possibilita o conhecimento de terceiros interessados acerca da existência de gravames sobre o imóvel.

Por muito tempo, a publicidade não foi necessária à constituição da hipoteca, sistema que foi chamado *clandestino*. Tal realidade, como já mencionado, foi alterada no direito brasileiro por meio da Lei nº 317, de 21 de outubro de 1843, que criou o "Registro Geral das Hypothecas", tornando a publicidade elemento essencial à constituição da garantia hipotecária, sem a qual não há hipoteca<sup>178</sup>. Conforme ensina MARIA ISABEL H. M. CAMPOS<sup>179</sup>, o surgimento dos serviços registrais e da função da publicidade decorre justamente da necessidade de conferir publicidade às hipotecas, razão pela qual na Espanha as normas de registro público imobiliário são referidas como *Leyes Hipotecarias*.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>176</sup> Francisco C. Almeida Santos, *Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia...*, cit., p. 65.

p. 65.

177 Conforme arts. 167 e 176 da Lei nº. 6.015/73: "Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - o registro: (...) 2) das hipotecas legais, judiciais e convencionais; (...)."; "Art. 176 - O Livro nº 2 - Registro Geral - será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3."

<sup>&</sup>lt;sup>178</sup> TITO FULGÊNCIO, *Direito Real de Hipoteca...*, cit., p. 57, nº 6.

<sup>&</sup>lt;sup>179</sup> *Da Hipoteca...*, cit., p. 22.

Atualmente, a publicidade é obrigatória na maior parte dos países de tradição romano-germânica<sup>180</sup>, às vezes como condição para a constituição da garantia (publicidade constitutiva), como ocorre no Brasil, em Portugal e na Itália<sup>181</sup>, e outras apenas para a sua eficácia perante terceiros (publicidade declaratória), como é o caso da França<sup>182</sup>.

Na *Common Law*, apenas com o advento da *Law of Property Act*, em 1925, tornou-se necessária a publicidade<sup>183</sup>. Anteriormente, os direitos sobre imóvel tornavam-se automaticamente eficazes perante o adquirente nas hipóteses em que este tivesse (*actual notice*) ou devesse ter (*constructive notice*) conhecimento de sua existência, considerando-se o grau de diligência costumeiramente esperado do adquirente comum. Não havendo, entretanto, definição precisa do grau de diligência necessário, os limites de extensão da *constructive notice* ficavam a cargo da orientação jurisprudencial vigente e da análise do caso concreto, gerando certa insegurança jurídica<sup>184</sup>. É possível dizer que a *constructive notice* representava de certa forma, com relação à hipoteca, problemática semelhante à atualmente existente na jurisprudência brasileira com relação à fraude a execução, em vista do adquirente de boa-fé.

No Brasil, a despeito da súmula 375 do STJ<sup>185</sup>, muito se discute, por um lado, a necessidade de prévio registro da penhora na matrícula do imóvel para a caracterização da fraude a execução; por outro, a necessidade de efetiva diligência, pelo adquirente, para tomar conhecimento de execuções existentes contra o alienante<sup>186</sup>.

Inovações legislativas, como as sucessivas alterações ao §4.º do art. 659 e a inclusão do art. 615-A, ambos do Código de Processo Civil, nos levam a crer que o registro da penhora ou do ajuizamento da execução, conforme o caso, deveria ser

<sup>185</sup> "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente." (publicada em 30.03.2009)

\_

<sup>&</sup>lt;sup>180</sup> Francesca Fiorentini, *Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari...*, cit., pp. 172-3.

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup> SANDRO MERZ e PAOLO SGUOTTI, Manuale pratico dei privilegi, delle prelazioni e delle garanziel– Ipoteca – Pegno – Fideiussione – Teoria e pratica Del credito privilegiato nelle procedure concorsuali, nelle esecuzioni collettive e nelle liquidazioni, III Ed. Aggiornata e Ampliata, Padova, Cedam, 2005, p.203.

p.203. <sup>182</sup> R. WINTGEN, *L'Opposabilité des Contrats aux Tiers et par les Tiers*, in C. VON BAR, U. DROBNIG, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe – A comparative Study*, 1 Ed., München, Sellier, 2004, p. 411.

<sup>&</sup>lt;sup>183</sup> MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Tratado dos Registros Públicos*, 6ª Ed. atualizada por JOSÉ SERPA DE SANTA MARIA, Ed. Brasília Jurídica, Brasília, 1997, vol. I, pp. 56-8.

<sup>&</sup>lt;sup>184</sup> ROGER SMITH, *Property Law...*, cit. p. 50

<sup>&</sup>lt;sup>186</sup> "Inexiste fraude à execução, quando terceiro adquire bem livre e desimpedido, **salvaguardando-se das certidões competentes**. Agravo de Petição a que se dá provimento." (TRT 1ª Região, AP nº 03072-98, 3ª Turma, j. 27.1.1999, Rel. José Maria de Mello Porto, DORJ de 11.2.1999)

considerado imprescindível para a caracterização da fraude a execução, exceto na hipótese de comprovado *consilium fraudis*, evitando-se assim recorrentes discussões acerca dos requisitos que caracterizariam a boa-fé objetiva do adquirente, que acabam por burocratizar o processo de aquisição de imóveis e gerar insegurança jurídica. Nesse sentido, reproduzimos opinião de Cândido R. Dinamarco<sup>187</sup>:

"Aí está a grande importância da inovação trazida nesse novo parágrafo: sem ter sido feito o registro, aquele que adquirir o bem presume-se não ter conhecimento da pendência de processo capaz de conduzir o devedor à insolvência. A publicidade dos atos processuais passa a ser insuficiente como regra presuntiva de conhecimento. A consequência prática dessa nova disposição será a inexistência de fraude à execução capaz de permitir a responsabilidade patrimonial do bem alienado, sempre que a penhora não esteja registrada no cartório imobiliário (art. 593, CPC, especialmente o inc. II). Se o adquirente opuser embargos de terceiro e não se caracterizar o conhecimento da penhora por outro meio, seus embargos procederão"

Como já mencionado, entendemos que a *publicidade* constitui o mais importante dos princípios registrais aplicáveis aos direitos reais, tendo em vista a função essencial de garantir o conhecimento de terceiros, gerando segurança jurídica.

## 2.1.1.2. Especialização

O princípio da especialização consta do art. 1.424 do Código Civil<sup>188</sup>, e consiste na obrigatoriedade de individualização (i) do bem objeto da garantia e (ii) da dívida garantida, incluindo o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo, o prazo para pagamento, e a taxa de juros, se houver.

A hipoteca deve incidir obrigatoriamente sobre bem certo e determinado<sup>189</sup>, não sendo admitida, em regra, hipoteca geral sobre todos os bens do devedor<sup>190,191</sup>. É necessário que seja devidamente caracterizado, de forma a possibilitar não apenas o

<sup>&</sup>lt;sup>187</sup> A reforma da reforma, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 269.

<sup>&</sup>quot;Art. 1.424. Os contratos de penhor, anticrese ou hipoteca declararão, sob pena de não terem eficácia: I - o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo; II - o prazo fixado para pagamento; III - a taxa dos juros, se houver; IV - o bem dado em garantia com as suas especificações."

<sup>&</sup>lt;sup>189</sup> TUPINAMBÁ M. CASTRO DO NASCIMENTO, *Hipoteca...*, cit., p. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>190</sup> Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile...*, cit., p. 799.

<sup>&</sup>lt;sup>191</sup> JACQUES AUGER, Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Général..., cit., p. 59.

registro da garantia, como também a sua correta excussão, devendo constar do título constitutivo da hipoteca expressa referência à matrícula do imóvel. Podem ser objeto de hipoteca o imóvel inteiro ou uma quota-parte, o que também é admitido em Portugal, na Itália<sup>192</sup> e na Alemanha<sup>193</sup>.

São considerados parte da garantia hipotecária os acessórios, como construções e plantações de caráter permanente, podendo as partes dispor em contrário<sup>194</sup>. Por outro lado, não devem constituir garantia hipotecária os frutos pendentes, assim também consideradas as lavouras sazonais, cuja colheita desconstitui o vegetal<sup>195</sup>. Nesse aspecto, a hipoteca brasileira difere da portuguesa, que também abrange os frutos pendentes, até que venham a ser consumidos ou alienados<sup>196</sup>.

Do ponto de vista da dívida, o princípio da especialização está ligado ao caráter acessório da hipoteca, de forma que a sua existência depende da existência de uma dívida a ser garantida. Não obstante, a dívida garantida pode ser futura ou condicionada, hipótese em que o valor do crédito será substituído, na escritura de constituição de garantia hipotecária, pela sua estimação ou valor máximo. Ambos os aspectos (caráter acessório e garantia de dívidas futuras) serão abordados com maior profundidade adiante.

\_\_\_

<sup>&</sup>lt;sup>192</sup> MARIA ISABEL H. M. CAMPOS, *Da Hipoteca...*, cit., p. 52 (com relação a Portugal e à Itália).

<sup>&</sup>lt;sup>193</sup> JAN SCHAPP, *Direito das Coisas (Sachenrecht)* – Tradução da 3ª ed. alemã de Klaus-Peter Rurack e Maria da Glória Lacerda Rurack, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 242.
<sup>194</sup> Art. 1.474 do Código Civil.

<sup>&</sup>lt;sup>195</sup> Nesse sentido o AgIn nº. 2004.036394-2 – SC, datado de 07.04.2005, de relatoria do Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi: "Ademais, vale anotar que o produto da exploração econômica do imóvel rural, concernente ao cultivo de lavouras sazonais durante o transcurso do procedimento expropriatório, constituem frutos pendentes/colhidos, não integrando o objeto da penhora (...). Tal não obsta, todavia, que sejam especificamente constritados frutos pendentes, na medida em que apesar de ainda não separados do bem principal, tais acessórios podem ser objeto de negócio jurídico (art. 95, CC). Assim, merece ser destacada a distinção entre a constrição dos frutos pendentes relativos ao proveito econômico decorrente da exploração de lavouras sazonais e perenes, da própria plantação existente no imóvel, de caráter permanente, correspondente a uma acessão da coisa. Na primeira, o que interesse é o próprio fruto pendente/colhido, como são exemplos a cultura de fumo, feijão, soja, milho, cana-deacúcar, cebola, alho, mandioca, entre várias outras, onde a colheita desconstitui o próprio vegetal, retornando o imóvel à situação anterior à semeadura. Nestes casos, a penhora do imóvel, de regra, não incide e sequer leva em conta a lavoura cultivada de modo transitório na propriedade, pois o produto da colheita aproveita exclusivamente ao proprietário, que com a constrição não está privado dos frutos e rendimentos auferidos da exploração econômica da coisa, ainda que, de modo específico, possa incidir a penhora sobre esses acessórios (art. 95, CC e art. 650, I, CPC). Diferentemente dessa situação, é a segunda hipótese, onde a penhora incide sobre imóvel em que existem plantações de caráter perene, onde a colheita não exaure o vegetal, de modo que, necessariamente, a acessão realizada no imóvel está incluída na constrição, devendo ser considerada no valor final da avaliação, como são exemplos os imóveis destinados à exploração de café, maçã, laranja, uva, cacau e manga (arts. 811 do CC/1916 e 1474 CC/2002)."

<sup>&</sup>lt;sup>196</sup> MARIA ISABEL H. M. CAMPOS, *Da Hipoteca...*, cit., p. 61.

A função do princípio da especialização, à luz da publicidade, é a proteção de terceiros <sup>197</sup>. Conforme ensinam WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO E CARLOS A. DABUS MALUF <sup>198</sup>, "o preceito do art. 1.424 tem por fim estabelecer que todos quantos desejem transigir com o devedor fiquem sabendo ou conhecendo suficientemente sua situação financeira". Assim, concluem que a sua inobservância não enseja nulidade do direito real, mas apenas sua ineficácia com relação aos terceiros prejudicados <sup>199</sup>.

Nesse sentido, não prejudicará a eficácia da garantia a omissão que puder ser satisfeita mediante a consulta ao contrato garantido ou à aplicação de princípios gerais do direito civil, por exemplo, no tocante a juros e prazo de pagamento.

#### 2.1.1.3. Indivisibilidade

Outro princípio dos direitos reais de garantia é a indivisibilidade, o que significa que o pagamento parcial do crédito garantido não tem o poder de causar o fracionamento da garantia, ainda que esta atinja diversos bens ou que os bens atingidos sejam divisíveis<sup>200</sup>. Assim, a garantia hipotecária, como regra geral, permanece integralmente eficaz até a quitação total da dívida<sup>201</sup>.

É necessário ressaltar que o princípio da indivisibilidade não é de ordem pública, podendo ser modificado conforme o interesse das partes. Além disso, a evolução da legislação pertinente tem criado exceções a esse princípio.

Assim, é exceção ao princípio da indivisibilidade da hipoteca o art. 1.488 do Código Civil de 2002<sup>202</sup>, sem correspondência no Código Civil de 1916, que permite a

<sup>199</sup> "Observe-se, no entanto, que a omissão deles não induz nulidade do direito real. A relação jurídica, conquanto não possa ser então oposta a terceiros, valerá, todavia, entre as próprias partes contratantes".

<sup>&</sup>lt;sup>197</sup> TITO FULGÊNCIO (Direito Real de Hipoteca..., cit., p. 84): "A especialidade estabelecida no contrato visa o interesse do devedor e atende a seu crédito. A especialidade na inscrição é estabelecida no interesse de terceiro, é elemento de publicidade".

<sup>&</sup>lt;sup>198</sup> Direito das Coisas, p. 403.

<sup>&</sup>lt;sup>200</sup> TITO FULGÊNCIO, *Direito Real de Hipoteca...*, cit., pp. 54-55.

<sup>&</sup>lt;sup>201</sup> FRANCISCO C. ALMEIDA SANTOS, *Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia...*, cit., p. 64.

p. 64. <sup>202</sup> "Art. 1.488. Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito. § 10 O credor só poderá se opor ao pedido de desmembramento do ônus, provando que o mesmo importa em diminuição de sua garantia. § 20 Salvo convenção em contrário, todas as despesas judiciais ou extrajudiciais necessárias ao desmembramento do ônus correm por conta de quem o

divisão do ônus hipotecário na hipótese de o imóvel vir a ser loteado, ou de nele se constituir condomínio edilício. Dessa forma, a hipoteca existente sobre o terreno ficará dividida, gravando cada um dos lotes ou unidades autônomas separadamente, na proporção dos seus respectivos valores.

A divisão da hipoteca, nesse caso, permite que o adquirente de cada lote ou unidade autônoma obtenha a quitação da sua parcela da dívida e promova o respectivo cancelamento em relação ao imóvel adquirido. Ademais, é importante mencionar a súmula nº 308 do STJ, publicada em 25.04.2005, que determina que a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda de unidade autônoma ou lote, não tem eficácia perante os adquirentes<sup>203</sup>. Como explica LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO<sup>204</sup>, trata-se exemplo claro de intervenção no domínio dos contratos e da autonomia privada, com a intenção de tutelar o interesse da parte hipossuficiente, transferindo o risco de crédito da construtora do adquirente para a instituição financeira.

Essa interpretação tem, como limite, a ineficácia completa da garantia hipotecária, uma vez que todos os lotes ou unidades autônomas tenham sido comercializados pelo empreendedor. Em vista da problemática, as instituições financeiras devem buscar garantir os créditos obtidos por empreendedores imobiliários de duas formas: primeiramente, através de hipoteca; em segundo lugar, mediante garantia sobre os créditos decorrentes da alienação dos lotes ou unidades autônomas, de mode que a garantia sobre os créditos supra, para cada unidade ou lote comercializado, a respectiva parcela da garantia hipotecária que se torna ineficaz.

requerer. § 30 O desmembramento do ônus não exonera o devedor originário da responsabilidade a que se refere o art. 1.430, salvo anuência do credor."

<sup>&</sup>lt;sup>203</sup> O conceito do está bem expresso no REsp. 691738/SC, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (TERCEIRA TURMA, j. 12.05.2005, DJ 26.09.2005): "O art. 1.488 do CC/02 consubstancia um dos exemplos de materialização do princípio da função social dos contratos, que foi introduzido pelo novo código. Com efeito, a ideia que está por traz dessa disposição é a de proteger terceiros que, de boa fé, adquirem imóveis cuja construção - ou loteamento - fora anteriormente financiada por instituição financeira mediante garantia hipotecária. Inúmeros são os casos em que esses terceiros, apesar de terem, rigorosamente, pago todas as prestações para a aquisição de imóvel - pagamentos esses, muitas vezes, feitos às custas de enorme esforço financeiro - são surpreendidos pela impossibilidade de transmissão da propriedade do bem em função da inadimplência da construtora perante o agente financeiro (...). Disso decorre que a Lei não interfere no contrato de hipoteca (...). Aplicam-se, por exceção, à hipoteca (que é um direito real) os princípios que regem os contratos consensuais, que produzem efeitos exclusivamente entre as partes signatárias".

<sup>&</sup>lt;sup>204</sup> Direito das Coisas..., cit., pp 462-3.

## 2.1.2. Ato notarial e constituição da garantia hipotecária

Nos termos do art. 108 do Código Civil, "(...) a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis (...)". Constituem exceção à regra os negócios jurídicos de valor inferior a 30 salários mínimos, pelo pequeno montante envolvido; a celebração de compromisso de compra e venda de imóvel<sup>205</sup>; a constituição de garantias no âmbito dos sistemas de financiamento habitacional (SFH e SFI), já mencionados; e a constituição de alienação fiduciária de bem imóvel, em qualquer caso, cuja exceção à regra será objeto de estudo adiante. A constituição de hipoteca, portanto, será normalmente por instrumento público.

Em Portugal, conforme José O. ASCENSÃO<sup>206</sup>, a hipoteca voluntária dependia seria feita obrigatoriamente por meio de escritura pública ou por testamento. No entanto, com o advento do Decreto-Lei nº 116/2008, que adotou medidas de "simplificação, desmaterialização e eliminação de actos e procedimentos no âmbito do registo predial e actos conexos", passou a ser admitida a hipoteca por instrumento particular com firmas reconhecidas. Na Itália<sup>207</sup> e na Alemanha<sup>208</sup>, também é admitida a constituição de hipoteca por instrumento particular.

De acordo com GAMBARO<sup>209</sup>, na maior parte da União Europeia, a constituição efetiva da hipoteca ainda depende da assinatura de instrumento notarial. Além disso, aponta que a regra predominante na União Europeia é a do registro *constitutivo*, ou seja, como elemento necessário para a constituição da hipoteca, sendo exceções a França e a Bélgica<sup>210</sup>, onde a hipoteca se constitui mediante a assinatura do instrumento notarial, e

\_

<sup>&</sup>lt;sup>205</sup> O compromisso de compra e venda é um contrato preliminar que antecede a transferência definitiva do imóvel, esta última sempre mediante escritura pública lavrada por Tabelião de Notas. Com a inclusão do "direito real do promitente comprador" no rol de direitos reais do Código Civil de 2002 (art. 1225), surgiu na doutrina e na prática notarial e registral opinião de que os contratos de compromisso de compra e venda deveriam também atender ao requisito formal da escritura pública, por ser tratarem de contratos que criam direitos reais sobre imóvel. Esse entendimento alcançou especial relevância no Estado do Rio de Janeiro, não tendo sido adotado no Estado de São Paulo.

<sup>&</sup>lt;sup>206</sup> *Direito Civil – Reais...*, cit., pp. 289-290.

<sup>&</sup>lt;sup>207</sup> SANDRO MERZ e PAOLO SGUOTTI, *Manuale pratico dei privilegi, delle prelazioni e delle garanzie...*, cit., p. 204.

<sup>&</sup>lt;sup>208</sup> JAN SCHAPP, *Direito das Coisas (Sachenrecht)...*, cit., pp. 29; 174.

<sup>&</sup>lt;sup>209</sup> Contractual Security Rights in Immoveables (Mortgage) and Contract Law..., cit., pp. 349-350.

<sup>&</sup>lt;sup>210</sup> HANS WEHRENS, *Real Security Regarding Immovable Objects – Reflections on a Euro-Mortgage*, in: A. HARTKAMP et alli, *Towards a European Civil Code*, 3<sup>rd</sup> ed, Kluwer Law International, London-Boston, 2004, pp. 771-2.

o registro é necessário apenas para a aquisição de eficácia *erga omnes*<sup>211</sup>. Segundo FIORENTINI<sup>212</sup>, o registro também tem caráter declaratório nos Países Baixos e em Luxemburgo.

Em Portugal, o art. 687 do Código Civil<sup>213</sup> determina que a hipoteca deve ser registrada para produzir *efeitos*, mesmo em relação às Partes. A redação do referido artigo, por se referir à produção de efeitos, enseja certa confusão quanto ao registro ser constitutivo ou meramente declaratório, uma vez que o registro constitutivo é normalmente considerado requisito de validade, e não de eficácia, ao passo que o registro declaratório é normalmente condição apenas para a eficácia *erga omnes*, sendo desnecessário para a eficácia entre as partes. A maior parte da doutrina portuguesa, no entanto, considera o registro constitutivo<sup>214</sup>. Também na Itália, que adota o registro declaratório para a transmissão de direitos reais, o registro da hipoteca é considerado constitutivo<sup>215</sup>. No Chile<sup>216</sup>, o registro é considerado constitutivo, assim como ocorre no Brasil<sup>217</sup>.

Considera-se que a diferença entre os efeitos decorrentes do registro, em cada caso, reside mais no campo teórico do que no campo prático: enquanto a eficácia da hipoteca se limitar apenas entre credor e devedor, não há, de fato, mais que um direito pessoal limitado, ou seja, não há propriamente garantia hipotecária. A conveniência da modalidade de registro declaratório, com produção de efeitos decorrentes da garantia hipotecária entre credor e devedor anteriormente ao registro, poderia se justificar, no entanto, para permitir que o credor exercesse contra o devedor, desde a formalização do contrato hipotecário, os direitos legais decorrentes da condição de credor hipotecário, como exigir a manutenção e o reforço da garantia, em caso de perecimento. Tal justificativa, a nosso ver, ainda não representa grande utilidade, uma vez que, mesmo com a modalidade de registro constitutivo, como é o caso no direito brasileiro, nada

\_

<sup>&</sup>lt;sup>211</sup> Ver também MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Tratado dos Registros Públicos...*, cit., vol. I, pp. 38-9; EDUARDO ESPÍNOLA, *Os Direitos Reais no Direito Civil Brasileiro...*, cit., p. 408.

<sup>&</sup>lt;sup>212</sup> FRANCESCA FIORENTINI, Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari..., cit., p. 174.

<sup>&</sup>lt;sup>213</sup> "Artigo 687.º (Registo) A hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes."

<sup>&</sup>lt;sup>214</sup> JOSÉ O. ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais...*, cit., p. 545.

<sup>&</sup>lt;sup>215</sup> Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile...*, cit., p. 802.

<sup>&</sup>lt;sup>216</sup> RAMON DOMINGUEZ AGUILA, *Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Chilien*, in *Les garanties de financement - Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Portugaises*, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 145.

<sup>&</sup>lt;sup>217</sup> TUPINAMBÁ M. C. NASCIMENTO, *Hipoteca...*, cit., p. 68-70.

impede que o credor exerça contra o devedor a proteção de seu direito expectativo, de caráter pessoal.

Os sistemas europeus não requerem, como regra, a participação do credor para a formalização da garantia hipotecária, mas apenas do devedor ou garantidor, importando ato unilateral<sup>218, 219</sup>. A participação do credor é expressamente dispensada em Portugal<sup>220</sup>. São exceções a França, a Bélgica e os Países Baixos, nos quais o credor deve obrigatoriamente participar da criação da hipoteca.

No Reino Unido, a *Law of Property Act*, de 1925, determinou que a transferência de imóveis e a constituição de direitos sobre imóveis seja feita através de um documento revestido de formalidade específica, denominado *deed*. A principal diferenciação entre o *deed* e os demais contratos era a necessidade de que o *deed* fosse revestido de um selo, assemelhando-se ao que em nosso sistema constituiria um ato notarial. No entanto, a exigência do selo foi eliminada em 1989, passando a ser necessário apenas que o contrato contenha de forma clara a intenção de produzir efeitos de *deed*, e que seja assinado também por uma testemunha, ou duas, se uma das partes for representada por mandatário. O registro do *deed* é necessário para que a constituição do direito nele disposto<sup>221</sup>.

## 2.1.3. Direitos de preferência e sequela

As garantias reais possuem como característica o direito de sequela (*jus praelationis*) e o direito de preferência (*jus distrahendi*)<sup>222,223</sup>. O direito de sequela permite ao credor executar a obrigação diretamente sobre a garantia, qualquer que seja o seu proprietário. É uma característica essencial dos direitos reais de garantia, tanto nos sistemas de origem romano-germânica<sup>224</sup>, quanto na *Common Law*<sup>225</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>218</sup> Antonio Gambaro, Contractual Security Rights in Immoveables (Mortgage) and Contract Law..., cit., p. 350.

<sup>&</sup>lt;sup>219</sup> EDUARDO ESPÍNOLA, Os Direitos Reais no Direito Civil Brasileiro..., cit., p. 412.

<sup>&</sup>lt;sup>220</sup> MARIA ISABEL H. M. CAMPOS, *Da Hipoteca...*, cit., pp. 160-161.

<sup>&</sup>lt;sup>221</sup> ROGER SMITH, *Property Law...*, cit., pp. 96; 107; 561.

<sup>&</sup>lt;sup>222</sup> TITO FULGÊNCIO, *Direito Real de Hipoteca...*, cit., p. 7.

<sup>&</sup>lt;sup>223</sup> Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile...*, cit., p. 802.

<sup>&</sup>lt;sup>224</sup> Maria Isabel H. M. Campos, *Da Hipoteca...*, cit., p. 38.

<sup>&</sup>lt;sup>225</sup> ROGER SMITH, *Property Law...*, cit., p. 572.

Como regra geral, o direito real de garantia não impede a alienação do bem. Assim, é possível que, no momento da execução, o imóvel seja de propriedade de terceiro que não o devedor. Porém, como é característica do direito real aderir à coisa, o adquirente de imóvel hipotecado estará adquirindo também o ônus hipotecário, estando sujeito à sua excussão pelo credor, graças ao direito de sequela.

Naturalmente, a execução de garantia hipotecária envolvendo um terceiro adquirente pode tornar o processo mais complexo. Conforme o art. 1.475 do Código Civil<sup>226</sup>, não poderá a escritura de hipoteca vedar a alienação do imóvel pelo devedor, sob pena de nulidade da cláusula, pois não é da natureza do direito real de garantia impedir a alienação do bem. Entretanto, a lei faculta ao credor considerar a dívida vencida antecipadamente, na hipótese de alienação do imóvel<sup>227</sup>.

Há, porém, casos específicos em que a alienação do imóvel dependerá da anuência do credor, por disposição legal. Assim ocorre com as hipotecas constituídas mediante cédulas de crédito (Decretos-Lei 167/67<sup>228</sup>, art.59, e 413/69<sup>229</sup>, art. 51), bem como com os imóveis gravados com hipoteca decorrente do financiamento imobiliário, a exemplo da Lei nº 8.004/1990.

O direito de preferência, por sua vez, significa que o credor real encontra-se em posição privilegiada perante os demais credores, sendo estes o sujeito passivo da preferência atribuída ao credor<sup>230, 231</sup>. Assim, o produto da alienação judicial do imóvel gravado por hipoteca servirá em primeiro lugar para satisfazer a obrigação garantida pela hipoteca registrada sobre tal imóvel, aproveitando aos demais credores apenas o eventual saldo.

Nas hipóteses em que o valor do imóvel permitir, o proprietário poderá constituir sobre o imóvel mais de uma hipoteca, em garantia de obrigações perante o mesmo credor ou credores diferentes, conforme previsão do art. 1.476 do Código Civil<sup>232</sup>. Havendo múltiplas hipotecas, a lei estabelece a preferência dos credores anteriores

EDUARDO ESPÍNOLA, Os Direitos Reais no Direito Civil Brasileiro..., cit., p. 316.

<sup>&</sup>lt;sup>226</sup> "Art. 1.475. É nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado. Parágrafo único. Pode convencionar-se que vencerá o crédito hipotecário, se o imóvel for alienado."

<sup>&</sup>lt;sup>227</sup> RUI GERALDO CAMARGO VIANA, Os direitos reais no novo Código Civil, in ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, HELENO T. TORRES, PAOLO CARBONE (coord.), Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 617.

<sup>&</sup>lt;sup>228</sup> "Art 59. A venda dos bens apenhados ou hipotecados pela cédula de crédito rural depende de prévia anuência do credor, por escrito."

<sup>&</sup>lt;sup>229</sup> "Art 51. A venda dos bens vinculados à cédula de crédito industrial depende de prévia anuência do credor, por escrito."

<sup>&</sup>lt;sup>230</sup> MARIA ISABEL H. M. CAMPOS, *Da Hipoteca...*, cit., p. 36.

<sup>&</sup>lt;sup>232</sup> "Art. 1.476. O dono do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor."

sobre os credores posteriores, através da criação dos diferentes graus de hipoteca: o primeiro credor possui hipoteca em 1º grau, o segundo em 2º grau, e assim sucessivamente, até esgotar-se a capacidade de garantia do imóvel. Tal configuração é comum aos sistemas de tradição romano-germânica<sup>233, 234</sup>, que adotam a hipoteca como direito real sobre bem do devedor, mas também passou a ser permitida no sistema da Common Law, a exemplo do Reino Unido<sup>235</sup> e dos EUA:

> "A fourth variation is the creation of a mortgage that is second (or even third, fourth, etc.) to a first mortgage. In the event of default and foreclosure of the first mortgage, the first mortgage will be paid off, followed by the second mortgage, with anything remaining going to the owner. If the second mortgage alone is foreclosed, the rights to the first mortgage are not impaired; and a purchaser at the foreclosure sale may take the title subject to the first mortgage or be required to pay off the first mortgage to clear title to the property, 236, 237

<sup>&</sup>lt;sup>233</sup> ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile...*, cit., pp. 804-5.

<sup>&</sup>lt;sup>234</sup> EDUARDO ESPÍNOLA, Os Direitos Reais no Direito Civil Brasileiro..., cit., p.420-1.

<sup>&</sup>lt;sup>235</sup> ROGER SMITH, Property Law..., cit., p. 561: "The mortgagor can create successive mortgages over the land. The fact that the legal fee simple is retained after the first mortgage enables these subsequent mortgages to be legal, although it should never be forgotten that what renders such a mortgage attractive to the lender is the value of the equity of redemption on the first mortgage (how far the property value exceeds the loan)".

236 ROBERT J. AALBERTS, Real Estate Law..., cit., p. 310.

<sup>&</sup>lt;sup>237</sup> A multiplicidade de hipotecas sobre o mesmo imóvel poderia ser apontada como um dos fatores que, nos EUA, motivaram a crise das hipotecas denominadas sub-prime. Não obstante, entendemos ser esta apenas consequência, e jamais causa, do problema norte-americano. Isso porque, em qualquer sistema em que se admite a multiplicidade de hipotecas sobre o mesmo imóvel, os princípios da especialidade e da publicidade asseguram o conhecimento dos credores subsequentes quanto às dívidas anteriores já garantidas por hipoteca e que possuem maior privilégio, inclusive limitando a abrangência das hipotecas mais privilegiadas aos valores nelas descritos. Cabe ao credor, em qualquer hipótese, avaliar a capacidade do devedor e a disponibilidade do bem garantido para pagamento da nova dívida. Ocorre que, com a artificialidade de preços imobiliários praticados no mercado dos EUA no período compreendido principalmente de 1991 a 2007, os devedores tiveram um incremento também artificial de sua capacidade de endividamento, mediante a valorização de seus imóveis próprios, que permitiriam a inclusão de novas hipotecas. A origem da referida crise reside precisamente na análise de crédito inadequada realizada pelos credores, que concediam novos financiamentos a devedores sem capacidade comprovada de pagamento (sub-prime) fiando-se nos preços artificiais de imóveis praticados pelo mercado. Ademais, reputa-se a inadequação da análise de crédito dos devedores sub-prime a uma estratégia proposital do mercado financeiro dos EUA denominada "originate to distribute", por meio da qual as instituições financeiras facilitaram inadvertidamente a concessão de créditos hipotecários (originação), que viriam a lastrear valores mobiliários (securities) de emissão das mesmas instituições, permitindo sua distribuição, incluindo derivativos e cotas de fundos compostos pelos referidos títulos, a investidores. A pulverização dos créditos, aliada à suposta segurança das garantias hipotecárias e às inadequadas análises de risco permitiram às instituições financeiras a multiplicação dessa espécie de produto, que era facilmente aceito pelo mercado. A facilidade proposital na concessão do crédito hipotecário, por sua vez, contribuía para o aumento dos preços dos imóveis, que permitiria ainda a inclusão de novas hipotecas, em um ciclo vicioso. No entanto, a partir de 2007 houve queda da demanda por novos imóveis, aliada à queda na capacidade de pagamento das famílias, gerando aumento substancial nos índices de inadimplemento e consequente retração, por parte das instituições financeiras, na concessão de novos créditos. Esse movimento reverso resultou em profunda desvalorização dos imóveis, que por sua vez esvaziou as garantias hipotecárias anteriormente concedidas, desencadeando a crise das hipotecas sub-prime. Sobre o assunto, ver: WILMARTH JR, ARTHUR E., The Dark Side of Universal Banking: Financial Conglomerates and the

Para garantir a ordem de preferência estabelecida entre os credores hipotecários, a Lei nº. 6.015/73, no seu art. 189<sup>238</sup>, incumbiu o Oficial de Registro de Imóveis de verificar, no ato de prenotação de escritura de hipoteca de grau posterior, se a hipoteca de grau anterior já se encontra registrada na matrícula do imóvel, devendo, em caso negativo, aguardar por 30 dias que os interessados promovam seu registro.

Na execução das obrigações garantidas, o credor anterior terá preferência sobre o posterior, de modo que este só poderá levar à execução a obrigação garantia pela sua hipoteca, se a obrigação garantida por hipoteca em grau anterior já estiver vencida<sup>239</sup>. No entanto, a lei assegura ao credor posterior o direito de remir a dívida de maior prioridade, sub-rogando-se nos direitos da hipoteca anterior perante o devedor e possibilitando, assim, a execução conjunta da sua hipoteca de menor prioridade<sup>240</sup>.

As partes poderão, entretanto, convencionar na escritura de constituição da hipoteca que a constituição de garantia em grau posterior dependerá da anuência do credor, sob pena de vencimento antecipado da dívida garantida.

Dois aspectos interessantes sobre a ordem de preferências dos créditos hipotecários se referem à reserva de grau e à promoção de grau mediante pagamento das dívidas anteriores.

No direito brasileiro, não há qualquer previsão expressa quanto à reserva de grau, ou seja, a faculdade do proprietário de reservar, para uso posterior, determinado

-

Origins of the Subprime Financial Crisis, in Connecticut Law Review, Vol. 41, No. 4, May 2009, pp. 963-1050; CROTTY, JAMES, Structural causes of the global financial crisis: a critical assessment of the 'new financial architecture', in Cambridge Journal of Economics, Vol. 33, No 4, 2009, pp. 563-580. Sobre a definição de securities e sua equiparação ao conceito de títulos e valores mobiliários ver LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, O conceito de "security" no direito norte-americano e o conceito análogo no direito brasileiro, in Revista de Direito Mercantil nº 14/41

<sup>&</sup>lt;sup>238</sup> "Art. 189 - Apresentado título de segunda hipoteca, com referência expressa à existência de outra anterior, o oficial, depois de prenotá-lo, aguardará durante 30 (trinta) dias que os interessados na primeira promovam a inscrição. Esgotado esse prazo, que correrá da data da prenotação, sem que seja apresentado o título anterior, o segundo será inscrito e obterá preferência sobre aquele."

<sup>&</sup>lt;sup>239</sup> Cf. art. 1.477 do CC: "Art. 1.477. Salvo o caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira.

Parágrafo único. Não se considera insolvente o devedor por faltar ao pagamento das obrigações garantidas por hipotecas posteriores à primeira."

garantidas por hipotecas posteriores à primeira."

240 Cf. art. 1.478 do CC: "Art. 1.478. Se o devedor da obrigação garantida pela primeira hipoteca não se oferecer, no vencimento, para pagá-la, o credor da segunda pode promover-lhe a extinção, consignando a importância e citando o primeiro credor para recebê-la e o devedor para pagá-la; se este não pagar, o segundo credor, efetuando o pagamento, se sub-rogará nos direitos da hipoteca anterior, sem prejuízo dos que lhe competirem contra o devedor comum. Parágrafo único. Se o primeiro credor estiver promovendo a execução da hipoteca, o credor da segunda depositará a importância do débito e as despesas judiciais."

grau de prioridade sobre o imóvel, com é permitido na Alemanha<sup>241</sup>. Nessa hipótese, por exemplo, seria possível que o proprietário, ao outorgar a primeira hipoteca sobre o imóvel, a constituísse no segundo grau, reservando o primeiro grau, até determinado valor, para uma hipoteca a ser outorgada posteriormente. SERPA LOPES<sup>242</sup> defende a possibilidade, no entanto, da cessão de grau, por meio de posposição ou permuta, o que também é admitido na França<sup>243</sup>. No primeiro caso, haveria inversão de grau de preferência entre credores com graus imediatamente sucessivos; no segundo, a permuta ocorre entre credores não imediatamente sucessivos, sem prejuízo da preferência dos credores intermediários. Nesta hipótese, a dívida que passa a ter maior preferência não poderá ser de maior valor que a dívida anteriormente garantida pelo grau mais privilegiado.

Igualmente, na hipótese de pagamento da dívida garantida, as hipotecas posteriores são automaticamente promovidas em prioridade. Assim, o pagamento da dívida garantida pela hipoteca de primeiro grau causa sua extinção, de forma que a hipoteca de segundo grau automaticamente se torna de primeiro grau, e assim por diante.

Também na França, na Bélgica, na Grécia, nos Países Baixos e na Escócia, o pagamento da dívida extingue a hipoteca, promovendo as hipotecas subsequentes. No entanto, na Áustria, na Alemanha, na Suécia e na Finlândia, o pagamento da dívida não extingue a hipoteca, podendo o proprietário utilizar a mesma hipoteca para garantir nova dívida, com manutenção da prioridade<sup>244</sup>. Trata-se de forma de hipoteca abstrata, que trataremos no item a seguir.

#### 2.1.4. Caráter acessório e hipoteca abstrata

As garantias reais, no direito brasileiro, possuem caráter acessório, isto é, existem tão somente em relação ao contrato principal, ao qual prestam garantia. A extinção da obrigação garantida tem como consequência necessária a extinção da

<sup>243</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, Droit Commun des Sûretés Réelles..., cit., p. 354; Droit Spécial des Sûretés Réelles..., cit., pp. 515-6 . <sup>244</sup> ANTONIO GAMBARO, Contractual Security Rights in Immoveables (Mortgage) and Contract Law...,

<sup>&</sup>lt;sup>241</sup> JAN SCHAPP, *Direito das Coisas (Sachenrecht)...*, cit., pp. 191-2.

<sup>&</sup>lt;sup>242</sup> Tratado dos Registros Públicos..., cit., vol. II, pp. 393-5.

cit., pp. 357-8.

hipoteca, assim como a cessão ou transferência da obrigação causará a transferência da hipoteca<sup>245</sup>. Por outro lado, a extinção do direito real de garantia não tem o poder de extinguir a obrigação principal<sup>246</sup>.

Dessa forma, a garantia real, contrato acessório, não descaracteriza a obrigação pessoal assumida pelo devedor no contrato principal. O que ocorre com a constituição da garantia real é uma relação de preferência e sequela, já apontada, que confere ao credor posição privilegiada, perante aos demais credores, para satisfazer seu crédito sobre o produto do bem dado em garantia. O crédito permanece inalterado com a constituição da garantia.

Nada impede, entretanto, que o credor opte por não executar a garantia, requerendo ao juízo, por exemplo, a penhora de fundos disponíveis em conta-corrente do devedor para satisfação do seu crédito, com base no contrato garantido<sup>247</sup>. Da mesma forma, se ao executar a hipoteca, o produto da alienação do imóvel for insuficiente para satisfazer o crédito, poderá o credor requerer a penhora de outros bens pessoais do devedor, móveis ou imóveis<sup>248</sup>, <sup>249</sup>. Ou seja, entre o devedor hipotecante e o credor há uma dupla relação que confere ao credor simultaneamente o status de quirografário e de beneficiário de garantia real, este até o limite do valor do bem dado em garantia<sup>250</sup>. Essa é a sistemática criada pelo art. 1.430<sup>251</sup> do Código Civil, em conjunto com art. 591<sup>252</sup> do Código de Processo Civil.

Situação diversa é a do terceiro garantidor, que não se confunde com a figura do devedor que presta garantia real em favor da própria dívida. Aquele que garante dívida de terceiro mediante a constituição de garantia real não é obrigado pessoalmente pela

<sup>&</sup>lt;sup>245</sup> Francisco C. Almeida Santos, *Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia...*, cit.,

p. 64: "Assim, o penhor, a anticrese e a hipoteca, elem de serem direitos reais sobre coisa alheia e direitos de garantia, são modernamente, em regra, direitos acessórios, vinculados a outro direito, de natureza principal. A garantia é dada a um crédito, que representa o direito principal e comanda o regime jurídico da garantia. (...) Por força da acessoriedade do direito de garantia, tem ele, em princípio, sua existência condicionada à vida do direito principal. Extinto este, extinguir-se-á o direito real de garantia. Outra conseqüência dessa acessoriedade é a de que ela não se transmite isoladamente. Transmite-se a garantia juntamente com o crédito."

<sup>&</sup>lt;sup>246</sup> Washington de Barros Monteiro, Carlos A. Dabus Maluf, *Direito das Coisas...*, cit., p. 397.

<sup>&</sup>lt;sup>247</sup> A redação do art. 655, §1º do Código de Processo Civil determina que "na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia (...)".

<sup>&</sup>lt;sup>248</sup> TITO FULGÊNCIO, *Direito Real de Hipoteca...*, cit., p. 116.

<sup>&</sup>lt;sup>249</sup> MARIA ISABEL H. M. CAMPOS, *Da Hipoteca...*, cit. p. 22.

<sup>&</sup>lt;sup>250</sup> EDUARDO ESPÍNOLA, Os Direitos Reais no Direito Civil Brasileiro..., cit., p. 435.

<sup>&</sup>lt;sup>251</sup> "Art. 1.430. Quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante." "Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei."

dívida<sup>253</sup>. Nesse caso, o credor é quirografário perante o devedor e possui garantia real perante o terceiro. Havendo descumprimento da obrigação pelo devedor, o credor terá a opção de (i) requerer a expropriação da garantia real ou (ii) executar a obrigação pessoal apenas contra o devedor, cujos bens estarão sujeitos à penhora.

Na primeira hipótese, o garantidor se sub-rogará perante o devedor, de quem sanou a dívida. Caso o montante decorrente da execução hipotecária, entretanto, não seja suficiente para sanar a totalidade da dívida, o devedor continuará pessoalmente obrigado, pois, como já mencionado, a extinção da hipoteca não extingue o crédito, que constitui sua obrigação principal.

Não existe no direito brasileiro a chamada "hipoteca abstrata", que se constitui independentemente de um crédito. Acerca do tema, CLÓVIS DO COUTO E SILVA<sup>254</sup> relata discussão doutrinária quanto à possibilidade de constituição de uma hipoteca pelo proprietário do imóvel em seu próprio favor, sem a existência de qualquer crédito. Alternativamente, o autor considera a possibilidade de o proprietário, ao sanar a dívida, tornar-se credor hipotecário sobre o próprio bem, pois o princípio da constitutividade do registro permitiria interpretar que, enquanto não cancelado, subsistiria a hipoteca, ainda que desprovida do crédito. Quanto à hipoteca abstrata, complementa:

A primeira dúvida está na possibilidade de existir a figura da hipoteca pré-constituída (...). A vantagem de tal sistema seria a de poder constituir um gravame real antes de se ter um credor e também a faculdade de reservar pela só vontade do proprietário uma melhor posição dentro do registro imobiliário. Para admissão dessa figura haveria a necessidade de norma expressa, pois representa profunda lesão ao princípio da acessoriedade, e, embora a jurisprudência tenha considerado o registro como constitutivo, não consta que tenha admitido a extração de uma hipoteca sem que houvesse uma relação de crédito, servindo de suporte (...)".

O próprio autor conclui, portanto, serem ambas as hipóteses não admitidas no direito brasileiro, em virtude do art. 755 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 1.419 do Código Civil de 2002, que já determinava o caráter acessório da

.

<sup>&</sup>lt;sup>253</sup> WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, CARLOS A. DABUS MALUF, *Direito das Coisas...*, cit., p. 409.

<sup>&</sup>lt;sup>254</sup> Hipoteca no Direito Comparado..., cit., pp 155-156.

hipoteca<sup>255</sup>. O novo Código trouxe como única inovação em matéria de acessoriedade a possibilidade de constituição de hipoteca em garantia de dívida futura, conforme já mencionado, que será estudada adiante. Tal modalidade, entretanto, não constitui hipoteca abstrata, pois pressupõe a existência de um crédito a ser garantido pela hipoteca, a ser devidamente especializado e, portanto, já conhecido no momento de constituição da garantia.

Também na Europa, de modo geral, a hipoteca possui caráter acessório. Na maior parte dos sistemas jurídicos continentais, a invalidade da obrigação garantida tem como efeito a extinção da hipoteca<sup>256</sup>, incluindo a Espanha, a França<sup>257</sup> e a Itália<sup>, 258</sup>. Em especial, o Código Civil dos Países Baixos determina que um contrato válido é necessário para a criação de uma hipoteca válida<sup>259</sup>.

Na *Common Law*, a acessoriedade da hipoteca é reconhecida no Reino-Unido, em função da *Law of Property Act*<sup>260</sup>. Nos EUA, a hipoteca é também considerada acessória<sup>261</sup>.

Em Portugal, embora a hipoteca se considere acessória, o Código Civil admite a possibilidade da cessão hipotecária separadamente do crédito, desde que entre credores de um mesmo devedor<sup>262</sup>. Nessa modalidade de transmissão hipotecária, o credor hipotecário poderá, mediante simples notificação ao devedor, ceder sua hipoteca para um credor quirografário do mesmo devedor, ressalvado que a hipoteca estará limitada ao valor da dívida original.

<sup>&</sup>lt;sup>255</sup> "Art. 1.419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação."

<sup>&</sup>lt;sup>256</sup> ANTONIO GAMBARO, Contractual Security Rights in Immoveables (Mortgage) and Contract Law..., cit., pp. 351-354.

<sup>&</sup>lt;sup>257</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit Commun des Sûretés Réelles...*, cit., p. 319; *Droit Spécial des Sûretés Réelles...*, cit., p. 491.

<sup>&</sup>lt;sup>258</sup> Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile...*, cit., p. 793; Sandro Merz e Paolo Sguotti, *Manuale pratico dei privilegi, delle prelazioni e delle garanzie...*, cit., p. 283. <sup>259</sup> Arts. 3:84, 3:98 e 3:260.

<sup>&</sup>lt;sup>260</sup> ROGER SMITH, *Property Law...*, cit. p. 596.

MARIANNE M. JENNINGS, *Real Estate Law*, 9<sup>th</sup> Ed., Cengage Learning, 2010, pp. 405; 425.

<sup>&</sup>lt;sup>262</sup> "Artigo 727." (Cessão da hipoteca) 1. A hipoteca que não for inseparável da pessoa do devedor pode ser cedida sem o crédito assegurado, para garantia de crédito pertencente a outro credor do mesmo devedor, com observância das regras próprias da cessão de créditos; se, porém, a coisa ou direito hipotecado pertencer a terceiro, é necessário o consentimento deste. 2. O credor com hipoteca sobre mais de uma coisa ou direito só pode cedê-la à mesma pessoa e na sua totalidade.

<sup>&</sup>quot;Artigo 728. (Valor da hipoteca cedida) 1. A hipoteca cedida garante o novo crédito nos limites do crédito originariamente garantido. 2. Registada a cessão, a extinção do crédito originário não afecta a subsistência da hipoteca."

MARIA ISABEL CAMPOS<sup>263</sup> apresenta uma crítica à possibilidade de transmissão hipotecária prevista na lei portuguesa, que denomina *sub-hipoteca*, por contrariar a intenção original do devedor de condicionar a oneração de seu imóvel a uma dívida específica. Assim, mediante a transmissão da hipoteca pelo credor original, é possível que venha a garantir dívida de maior valor e prazo (embora a garantia hipotecária esteja limitada ao valor da dívida original), o que dificulta a desoneração do imóvel pelo devedor. Nesta hipótese, é certo que a transferência da hipoteca para garantia de dívida de mais difícil pagamento prejudica a capacidade de endividamento do devedor, na medida em que dificulta a obtenção de novo crédito com garantia hipotecária, enquanto a dívida garantida pela *sub-hipoteca* não for extinta.

Na Alemanha, é necessário distinguir entre a hipoteca acessória (*Hypothek*) e a "dívida imobiliária" (*Grundschuld*, ou *Sicherungsgrundschuld* - "dívida imobiliária em garantia"), que constitui uma garantia imobiliária abstrata, não acessória<sup>264</sup>. A hipoteca acessória é afetada pela invalidade da obrigação garantida, por meio de exceções que podem ser apresentadas pelo proprietário do imóvel contra o credor garantido<sup>265</sup>. Por sua vez, a *Grundschuld* é uma hipoteca abstrata, que não possui acessoriedade com qualquer obrigação, podendo ser inclusive constituída pelo proprietário em seu próprio favor e circular independentemente de um crédito<sup>266</sup>.

Trata-se de uma constrição sobre o imóvel limitada a um valor determinado, que dá ao portador o direito de obter o referido valor por meio da venda do imóvel, e que pode ser constituída e livremente alienada pelo proprietário, de forma onerosa ou gratuita. Dessa maneira, a *Grundschuld* não constitui uma obrigação pessoal do proprietário, sendo o imóvel o sujeito passivo<sup>267</sup>. Naturalmente, o proprietário terá a faculdade e o interesse em pagar a quantia representada pela garantia para evitar a expropriação do imóvel, mas o credor da *Grundschuld* não tem o direito de executar qualquer outro bem integrante do patrimônio do proprietário.

Como regra geral, a instituição da *Grundschuld* pelo proprietário não é afetada para garantia específica de qualquer crédito<sup>268</sup>. Qualquer invalidade da obrigação garantida é relevante apenas na esfera contratual e obrigacional, mas não tem

-

<sup>&</sup>lt;sup>263</sup> *Da Hipoteca...*, cit., pp. 70-5.

<sup>&</sup>lt;sup>264</sup> JAN SCHAPP, *Direito das Coisas (Sachenrecht)...*, cit., pp. 234-7.

<sup>&</sup>lt;sup>265</sup> BGB 8 1137

<sup>&</sup>lt;sup>266</sup> FRANCESCA FIORENTINI, Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari..., cit., pp.180-1.
<sup>267</sup> BGB, § 1191.

<sup>&</sup>lt;sup>268</sup> JAN SCHAPP, *Direito das Coisas (Sachenrecht)...*, cit., p. 234.

consequência imediata sobre a garantia. Na hipótese de ser constituída para a garantia de uma dívida específica (Sicherungsgrundschuld), o credor também poderá ceder a sua garantia a terceiro, independentemente do crédito original, que com a cessão se torna um crédito pessoal<sup>269</sup>. No entanto, o proprietário permanece com o direito opor ao credor as exceções decorrentes do contrato de garantia, ainda que a garantia tenha sido cedida pelo credor independente do crédito<sup>270</sup>.

SCHAPP<sup>271</sup> aponta ainda que, embora tenha caráter acessório, a hipoteca não se extingue com o pagamento do crédito, retornando ao proprietário na forma de uma dívida imobiliária (Grundschuld) em seu favor. Caberá ao proprietário, nesse caso, a faculdade de extinguir a garantia hipotecária, mediante requerimento nesse sentido ao registro de imóveis, ou de utilizá-la para garantia de um novo crédito. No entanto, ao outorgar novas hipotecas sobre imóvel já hipotecado, os novos credores hipotecários adquirem o direito de extinguir as hipotecas mais privilegiadas na hipótese de extinção dos respectivos créditos garantidos.

Solução similar, segundo noticia GAMBARO<sup>272</sup>, ocorre na Suécia e na Finlândia, que admitem forma de hipoteca cedular abstrata. O mesmo ocorre na Suíça (Schuldbrief ou cédule hypothécaire)<sup>273</sup>. Assim, a invalidade da obrigação garantida não invalida a hipoteca, mas apenas a torna inexigível com relação à obrigação inválida, sendo possível, por exemplo, que nova obrigação venha a ser garantida pela mesma hipoteca. Como já mencionado, nenhuma solução semelhante existe no direito brasileiro.

#### 2.1.4.1. Hipoteca de valor máximo: garantia de dívida futura ou condicional

A hipoteca de valor máximo veio positivada no art. 1.487 <sup>274</sup>do Código Civil de 2002, tendo sido anteriormente sugerida por CLÓVIS DO COUTO E SILVA<sup>275</sup>: "Nosso Código Civil não normou as hipotecas pelo valor máximo, ou de importância não

<sup>271</sup> Direito das Coisas (Sachenrecht)..., cit., p.262-3; 278-9.

<sup>&</sup>lt;sup>269</sup> JAN SCHAPP, *Direito das Coisas (Sachenrecht)...*, cit., p. 238.

<sup>&</sup>lt;sup>270</sup> BGB, §1192, 1a.

<sup>&</sup>lt;sup>272</sup> Contractual Security Rights in Immoveables (Mortgage) and Contract Law..., cit., p. 354

<sup>&</sup>lt;sup>273</sup> HANS WEHRENS, Real Security Regarding Immovable Objects – Reflections on a Euro-Mortgage..., cit., p. 771.

<sup>&</sup>lt;sup>274</sup> "Art. 1.487. A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido. <sup>275</sup> Hipoteca no Direito Comparado..., cit., p. 148.

determinada, mas a praxe tem admitido o registro de tais hipotecas, exigindo-se, entretanto, um regramento dessa figura".

Na vigência do Código Civil de 1916, TITO FULGÊNCIO<sup>276</sup> e SERPA LOPES<sup>277</sup> já defendiam a possibilidade de que a hipoteca fosse convencionada em relação à dívida eventual ou futura, desde que o quantum garantido fosse conhecido, ao menos, em seu limite máximo. Tal hipoteca não perde a simultaneidade com a dívida garantia e não se trata, portanto, de hipoteca abstrata<sup>278</sup>.

De acordo com a nova norma, é possível garantir por hipoteca obrigações futuras ou condicionadas, cujo valor ainda não seja possível dimensionar. O principal exemplo de uso desse modelo de garantia são os contratos de abertura de crédito e os contratos de conta-corrente, em que uma única hipoteca é criada para garantir a relação futura entre credor e devedor, prevendo a existência de uma série de desembolsos ou dívidas a serem contratadas, respeitando regras pré-determinadas.

A possibilidade de constituição de hipoteca para garantia de dívida futura ou condicionada é permitida, por exemplo, na Alemanha<sup>279</sup>, na França<sup>280</sup>, na Espanha, na Grécia, na Bélgica e nos Países Baixos<sup>281</sup>, além de Portugal<sup>282</sup> e da Itália<sup>283</sup>. Também em países de Common Law, a possibilidade de garantia de dívida futura tem sido admitida, como na Inglaterra e na Escócia.

Para atender ao princípio da especialização, no tocante à dívida, a lei brasileira determina que nesses casos seja estabelecido na escritura de hipoteca o valor máximo ou estimado a ser garantido. Não obstante, discute-se a validade da referida disposição face à natureza acessória da hipoteca, uma vez que se permitiu a constituição da hipoteca anteriormente à constituição da obrigação garantida. Nesse sentido, pondera F. C. ALMEIDA SANTOS<sup>284</sup>:

MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Tratado dos Registros Públicos...*, cit., vol. II, pp. 317-20

<sup>&</sup>lt;sup>276</sup> Direito Real de Hipoteca..., cit., p. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>278</sup> TUPINAMBÁ M. CASTRO DO NASCIMENTO, *Hipoteca...*, cit., p. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>279</sup> JAN SCHAPP, *Direito das Coisas (Sachenrecht)...*, cit., p. 244. Na opinião do autor, enquanto não houver sido materializado o crédito futuro ou condicionado, a natureza da garantia consiste, na realidade, em uma dívida imobiliária (Grundschuld), ainda que o registro imobiliário seja permitido na forma de hipoteca (Hypothek). O mesmo ocorreria, ainda, para as hipotecas constituídas em garantia de cláusula penal ou indenização por descumprimento contratual, por se tratarem de créditos futuros e incertos.

280 | I MESTRE E PURE A M. Brazana A Brazana

J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, Droit Commun des Sûretés Réelles..., cit., pp. 307-8; Droit Spécial des Sûretés Réelles..., cit., pp. 495-500.

ANTONIO GAMBARO, Contractual Security Rights in Immoveables (Mortgage) and Contract Law...,

<sup>&</sup>lt;sup>282</sup> MARIA ISABEL H. M. CAMPOS, *Da Hipoteca...*, cit., p. 103.

<sup>&</sup>lt;sup>283</sup> SANDRO MERZ e PAOLO SGUOTTI, Manuale pratico dei privilegi, delle prelazioni e delle garanzie..., cit., pp. 210-1.  $^{284}$  Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia..., cit., p. 83.

"A questão gera outras controvérsias quando a abertura de crédito em conta corrente é garantida por hipoteca, penhor ou anticrese. Assim, por exemplo, discute-se se é válido ou não o contrato de garantia, porque quando da assinatura do contrato principal ainda não existe a dívida, ou a partir de quando deve o contrato acessório produzir seus efeitos, a partir da data do contrato, de seu registro, ou a partir da primeira utilização do crédito posto à disposição do garantidor. Há, até, quem entenda, no caso, cuidar-se de uma promessa de garantia".

O mesmo autor, entretanto, conclui ser possível a constituição da hipoteca antes de ser dimensionado o *quantum* da dívida, sendo aplicável também à garantia de obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, em que o valor devido só será determinado no momento da execução, quando a obrigação for resolvida em perdas e danos<sup>285</sup>.

A compatibilidade da garantia de dívidas futuras ou condicionadas com os requisitos da especialização e acessoriedade tem sido objeto de consenso na jurisprudência do TJ-SP<sup>286</sup>, em especial para garantia de contratos de abertura de crédito<sup>287, 288</sup>.

85 Direito do promitente com

<sup>&</sup>lt;sup>285</sup> Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia..., cit., p. 212: "Aquele requisito [especialização], por outro lado, não quer dizer que, necessariamente, uma dívida deva preceder à garantia. Tal acontece, por exemplo, em uma obrigação de fazer, que também possa ser resolvida em dinheiro, garantida por hipoteca."
<sup>286</sup> "Da análise do referido artigo, conclui-se que é permitida a garantia da hipoteca como acessório de

<sup>&</sup>lt;sup>280</sup> "Da análise do referido artigo, conclui-se que é permitida a garantia da hipoteca como acessório de dívida futura e incondicional, desde que determinado o valor máximo do crédito por ela assegurado, dependendo a execução de anuência prévia e expressa do devedor quanto à verificação da condição ou montante da dívida". (AgIn nº 7.250.248-6 – SP, 20ª CDP, Rel. Des. Francisco Giaquinto, julg. 09.06.2008).

<sup>&</sup>lt;sup>287</sup> "A presente situação, ao que se constata dos autos, enquadra-se na modalidade de hipoteca constituída sobre dívida futura, cuja possibilidade já era prevista pela doutrina na vigência do Código Civil de 1916, consoante ensinamento de Clóvis Beviláqua, segundo o qual; "As obrigações futuras são suscetíveis de segurança pela hipoteca; mas, enquanto as obrigações não se formam não tem eficácia. E a razão é que a hipoteca é acessória da obrigação; enquanto esta não existe, a hipoteca permanece em estado meramente potencial (...). Exemplo de hipoteca, assegurando o cumprimento de obrigação futura, é o da que é constituída para garantia da abertura de um crédito em conta-corrente." (Direito das Coisas, vol. II, 5ª ed., Forense, p.140). O novo Código Civil de 2002 veio a positivar de forma expressa tal possibilidade, nos termos do artigo 1487, que segue transcrito: (...). (...). Assim, embora, no momento inicial da instituição das hipotecas, pudesse não haver obrigação líquida e certa a ser garantida, tal não se pode dizer dos créditos ora executados, constituídos no decorrer do ano de 2005 e documentados (...), consideradas pelo ordenamento como títulos executivos extrajudiciais." (AgIn nº 7.158.926-5 – SP, 12ª CDP, Rel. Des. Rui Cascaldi, julg. 08.08.2007).

<sup>&</sup>lt;sup>288</sup> "A validade da escritura em questão deve ser reconhecida, (...) sendo que não houve desatendimento ao princípio da especialização como reconhecido na decisão final, já que a garantia tinha valor certo, e a existência de débito superior a esse limite foi demonstrada, recaindo a garantia sobre bem descrito no título. (...) A atual legislação civil, para evitar qualquer dúvida, neste sentido, prevê, expressamente, a possibilidade da hipoteca ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que

### 2.2. Aspectos relacionados ao processo de execução

Conforme determina o inciso III do art. 585 do Código de Processo Civil: "São títulos executivos extrajudiciais: (...) III – os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida;". Dessa forma, caso seja inadimplida obrigação garantida por hipoteca, o respectivo contrato estará sujeito ao processo de execução, nos termos dos arts. 566 e ss. do Código de Processo Civil.

Não é lícito às partes, como forma de evitar a excussão judicial da garantia, estabelecer contratualmente cláusula que permita ao credor ficar com o imóvel em pagamento da obrigação garantida<sup>289</sup>. Tal disposição, que consiste *pacto comissório*, é considerada nula, nos termos do art. 1.428 do Código Civil<sup>290</sup>. Poderá o devedor, entretanto, oferecer o imóvel em pagamento da dívida vencida.

Não parece ser admitido também, no direito brasileiro, permitir-se ao credor vender o imóvel, por iniciativa particular, através de mandato previamente outorgado pelo devedor, na hipótese de inadimplemento da dívida garantida. A quitação da dívida mediante a venda extrajudicial do imóvel hipotecado, através de mandato, é bastante comum e aceita nos países de *Common Law*, prevalecendo sobre a forma judicial de execução hipotecária também admitida nesses países<sup>291</sup>. Em ambos os casos, o devedor tem direito ao montante excedente ao valor da dívida garantida, acrescida de encargos.

Na Europa, a execução hipotecária ainda é predominantemente judicial, embora haja uma tendência de adoção de formas extrajudiciais, como a venda por cláusula mandato, a venda extrajudicial em procedimento judicial e a execução extrajudicial <sup>292</sup>,

determinado o valor máximo do crédito a ser garantido (Artigo 1487 do atual Código Civil), consagrando uma prática já consolidada para garantia de operações comerciais de grande porte e com certa periodicidade." (Apelação nº 1.212.543-6 – SP, 22ª CDP, Rel. Juíza Maria Regina Dalla Déa Barone, julg. 25.03.2006).

<sup>&</sup>lt;sup>289</sup> TITO FULGÊNCIO, *Direito Real de Hipoteca...*, cit., p. 111.

<sup>&</sup>lt;sup>290</sup> "Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento. Parágrafo único. Após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida."

ROGER SMITH, Property Law..., cit., p. 557.

<sup>&</sup>lt;sup>292</sup> Antonio Gambaro, Contractual Security Rights in Immoveables (Mortgage) and Contract Law, in C. von Bar, U. Drobnig, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe..., cit., pp. 358-9.

<sup>293</sup>. A execução extrajudicial, conforme trataremos adiante em subcapítulo próprio, tem como exemplo interessante a *Ley Hipotecaria* espanhola.

No direito brasileiro, a única hipótese de execução extrajudicial de hipoteca deuse com o Decreto-lei nº 70, alterado pela Lei nº 8.004/90, no âmbito dos contratos com instituições financeiras e aqueles para aquisição de imóvel residencial celebrados no Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e, posteriormente, no Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI).

Na sistemática do Decreto-Lei nº 70/66, o credor pode optar pela excussão judicial da dívida ou pela forma extrajudicial, que é naturalmente mais eficiente. No entanto, a forma extrajudicial pode ser extremamente gravosa para os devedores, de certa forma prejudicando o contraditório, restando-lhes recorrer ao judiciário, muitas vezes após finalizada a expropriação do bem de sua propriedade.

A execução extrajudicial hipotecária, conforme mencionado, é cabível apenas para uma classe restrita de contratos. Embora este trabalho não pretenda analisar as especificidades do financiamento bancário e habitacional, a sistemática existente sob o Decreto-Lei 70/1966 será adiante analisada em vista da regulamentação da alienação fiduciária de imóveis, que também adotou a execução extrajudicial, mas a estendeu a todos os casos de utilização da garantia. Diferentemente, as hipotecas que garantem as demais obrigações devem ter sua excussão obrigatoriamente através do rito judicial.

É importante mencionar que o processo de execução sofreu reforma recente, com a alteração de diversos dispositivos do Código de Processo Civil pela Lei nº 11.382/06.

Normalmente, a execução de um contrato garantido por hipoteca visa à expropriação de bens para pagamento de dívida. Nos termos do art. 647 do Código de Processo Civil<sup>294</sup>, a expropriação pode ser realizada através de (i) adjudicação, (ii) alienação por iniciativa particular, (iii) alienação em hasta pública, ou (iv) usufruto de bem móvel ou imóvel.

A alienação em hasta pública é a forma mais tradicional de realização judicial de garantias. A nova redação do art. 647 do Código de Processo Civil parece privilegiar, por outro lado, a adjudicação e a alienação por iniciativa particular como formas mais

<sup>294</sup> "Art. 647. A expropriação consiste: I - na adjudicação em favor do exeqüente ou das pessoas indicadas no § 20 do art. 685-A desta Lei; II - na alienação por iniciativa particular; III - na alienação em hasta pública; IV - no usufruto de bem móvel ou imóvel."

<sup>&</sup>lt;sup>293</sup> FRANCESCA FIORENTINI, Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari..., cit., p. 173.

rápidas e eficientes de satisfação da dívida garantida, embora seja facultado ao credor optar pela forma que melhor lhe convier.

O usufruto, por sua vez, como direito real temporário de uso e fruição sobre bem de terceiro, nos parece forma curiosa de satisfação do crédito, que certamente não constitui expropriação de bem do devedor, mas apenas despossessão. Embora não tenhamos encontrado relatos do emprego do usufruto na execução hipotecária, verificase que situação semelhante é admitida na Common Law, sedo facultado ao credor hipotecário requerer a posse do bem para locá-lo a terceiro, utilizando a renda para satisfazer o crédito<sup>295</sup>.

Ao analisar-se a legislação processual brasileira, é possível identificar as seguintes etapas mínimas, que representam o cenário ideal de execução hipotecária:

- (i) Propositura da ação baseada em título executivo e distribuição do feito;
- (ii) Citação do executado para sanar a dívida, sob pena de penhora do bem hipotecado;
- (iii) Decisão determinando a penhora e a desocupação do imóvel;
- (iv) Adjudicação ou usufruto em favor do credor, ou publicação das condições de venda do imóvel, na hipótese de leilão público ou venda por iniciativa particular.

Conforme o modelo proposto, é possível aventar que a execução hipotecária, seguindo-se cada um dos passos mínimos, poderia ser concluída de forma razoável, na primeira instância judicial, em prazo inferior a 180 (cento e oitenta) dias. No entanto, o emaranhado de recursos disponíveis ao devedor, o excesso de atos administrativos necessários para o andamento processual e a sobrecarga de processos sob responsabilidade de cada magistrado, entre outros, tornam a realidade da execução hipotecária muito diferente. Assim, a execução hipotecária continua substancialmente mais lenta que a execução extrajudicial admitida como regra para a alienação fiduciária. A excessiva lentidão processual é apontada, no Brasil e em outros países de tradição romano-germânica, como responsável pelo desprestígio da garantia hipotecária e pela piora da qualidade do crédito<sup>296, 297, 298</sup>.

 <sup>&</sup>lt;sup>295</sup> ROGER SMITH, Property Law..., cit., p. 584.
 <sup>296</sup> ANTONIO GAMBARO, Contractual Security Rights in Immoveables (Mortgage) and Contract Law..., cit., p. 362.

Outro aspecto relevante a ser analisado é a hipótese, plenamente lícita, de que a hipoteca seja contratada como garantia de obrigação de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa. Nesses casos, o devedor será citado para sanar o inadimplemento da obrigação; na recusa, responderá por perdas e danos, cujo valor será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa<sup>299</sup>. Caso persista o inadimplemento do devedor, a execução da obrigação garantida por hipoteca deverá culminar em execução por quantia certa contra devedor solvente, seja para satisfazer crédito vencido ou indenização por perdas e danos, que deverá ser proposta pelo credor perante o juízo competente.

Ainda, caso a hipoteca não seja baseada em título executivo ou o seu objeto não seja líquido e certo, em virtude dos arts. 586 e 618 do Código de Processo Civil, a execução hipotecária poderá ficar sujeita a prévia ação de conhecimento ou ação monitória. Ambos os casos acima citados certamente acarretarão em um maior tempo até a conclusão da execução hipotecária.

Em vista do acima, entendemos pertinente a análise dos seguintes itens, que serão objeto das páginas seguintes: a liquidez do crédito para fins de execução hipotecária, o valor mínimo de avaliação e o seu uso na adjudicação.

#### 2.2.1. Liquidez do crédito para fins de execução hipotecária

A liquidez do crédito é considerada caráter obrigatório para a execução hipotecária por quantia certa contra devedor solvente, conforme o art. 586 do Código de Processo Civil<sup>300</sup>. Em outras, palavras, para que haja a expropriação judicial do bem hipotecado, é necessário que o valor líquido da obrigação seja devidamente apurado.

No caso de obrigação pecuniária, o cálculo deve ser realizado com base no valor da dívida principal, correção monetária, juros remuneratórios, além de eventuais juros e

<sup>298</sup> Francesca Fiorentini, Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari..., cit., pp. 181-3.

líquida e exigível."

<sup>&</sup>lt;sup>297</sup> MARIA ISABEL H. M. CAMPOS, *Da Hipoteca...*, cit., p. 22.

<sup>&</sup>lt;sup>299</sup> Francisco C. Almeida Santos, cit., p. 214: "Se a obrigação é de dar dinheiro ou bem convertível, a hipoteca garante a entrega do objeto da prestação; se for de fazer ou não fazer, a hipoteca assegura o pagamento das perdas e danos decorrentes do inadimplemento".

300 "Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa,

penalidades moratórios e multas compensatórias. Para tanto, é necessário que o contrato que originar a dívida garantida por hipoteca determine a forma de apuração do valor de execução por método aritmético, evitando a necessidade de realização de prova, que é limitadíssima no rito de execução.

Para a execução de obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, garantidas por hipoteca, deve ser apurado o montante de perdas e danos, que normalmente será objeto de sentença judicial prévia à execução por quantia certa. Assim, a execução de obrigação não pecuniária garantida por hipoteca será mais lenta e complexa que a execução de um crédito. Uma alternativa para a garantia de obrigações por hipoteca é a prefixação das perdas e danos no contrato, com base nos arts. 410<sup>301</sup> e 416<sup>302</sup> do Código Civil. Não obstante, poderá o valor estipulado ser reduzido pelo juiz no momento da execução<sup>303</sup>.

Outra situação que costuma gerar controvérsia acerca da liquidez do crédito executado é a modalidade de garantia de dívida futura ou condicionada, nos termos do art. 1.487 do Código Civil<sup>304</sup>. A execução dessa modalidade de hipoteca dependerá do consentimento prévio do devedor acerca do valor executado, cabendo o ônus da prova ao credor, na hipótese de discordância.

Na hipótese de iliquidez do crédito hipotecário, como regra, a execução deve ser precedida de um processo de conhecimento (ação monitória), de iniciativa do credor, com o intuito de fixar o *quantum* da dívida<sup>305</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>301</sup> "Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor."

<sup>&</sup>lt;sup>302</sup> "Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente."

<sup>&</sup>lt;sup>303</sup> Cf. art. 413 do CC: "Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio."

<sup>&</sup>lt;sup>304</sup> "Art. 1.487. A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido. § 10 Nos casos deste artigo, a execução da hipoteca dependerá de prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição, ou ao montante da dívida. § 20 Havendo divergência entre o credor e o devedor, caberá àquele fazer prova de seu crédito. Reconhecido este, o devedor responderá, inclusive, por perdas e danos, em razão da superveniente desvalorização do imóvel."

<sup>&</sup>lt;sup>305</sup> Cf. Francisco C. Almeida Santos, Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia..., cit., p. 83: "Apesar das controvérsias, tem-se considerado válido o contrato de garantia, nas aberturas de crédito em conta corrente, desde que atendido ao requisito da lei, isto é, o valor máximo do crédito que deverá corresponder ao valor do crédito aberto, entendimento robustecido pela previsão legal (inciso I). Resta apenas o problema processual a afetar o direito à excussão do penhor ou da hipoteca, contornável com a prestação de contas ou a opção por outras ações (monitória), que não a ação de execução."

Por outro lado, a jurisprudência tem aceitado, principalmente nos contratos de abertura de crédito, que a prova do valor da dívida seja feita pelo credor, nos autos da execução, mediante a apresentação de documentos assinados pelo devedor, na hipótese dessa forma de cálculo do *quantum* devido ter sido prevista no contrato originador da obrigação garantida<sup>306,307,308</sup>.

O entendimento jurisprudencial firmado pelo TJ-SP nos parece a interpretação correta do dispositivo legal, devendo ser aceitos, para comprovação da dívida executada, quaisquer documentos celebrados pelas partes por ocasião da constituição das obrigações a serem garantidas pela hipoteca previamente constituída, desde que tal forma de reconhecimento da dívida estivesse já prevista na escritura de hipoteca.

<sup>&</sup>quot;O título que sustenta a execução hipotecária é a escritura pública de garantia hipotecária, tendo por limite o valor de R\$320.000,00, cujo objeto seria garantir cumprimento de obrigações assumidas pela interveniente garantida (...). Para demonstrar a existência de débito a cargo da interveniente, apresentou, a exeqüente, instrumento de confissão e novação de dívida, não quitado, assim como duplicatas, sacadas contra a interveniente, acompanhadas de Notas Fiscais e comprovantes de entrega de mercadorias (não há prova do protesto), certo que referidos títulos demonstram, de forma inequívoca a existência de dívida a cargo da interveniente, em valor superior à garantia ofertada. (...) A irresignação dos executados em relação à dívida a cargo da interveniente também não procede, já que a mesma vem demonstrada por instrumento de confissão de dívida, que atende perfeitamente àquilo que se dispôs em escritura para demonstrar a existência de débito (extrato de conta corrente ou qualquer outro documento que indicasse a dívida em questão) (...).As cláusulas dos sucessivos ajustes permitem que sejam efetuados os cálculos do valor exato do débito principal e dos encargos (...). A dívida foi, desta forma, satisfatoriamente demonstrada e ostenta valor superior à garantia que é objeto da execução." (Apelação nº 1.212.543-6 – SP, 22ª CDP, Rel. Juíza Maria Regina Dalla Déa Barone, julg. 25.03.2006)

<sup>&</sup>lt;sup>307</sup> "Referido título, que lastreia a execução, veio devidamente acompanhado da efetiva demonstração da liquidez e exigibilidade do crédito originário, mediante a apresentação do termo de reconhecimento e confissão de dívida (fls. 57-59). (...). O fato da escritura pública trazer "apenas previsão de um limite de crédito, sem data específica de pagamento e nem tampouco os juros devidos" (fls. 06), não descaracteriza a executividade do título e nem acarreta a nulidade da hipoteca, como quer fazer crer a recorrente. (...). A execução foi, portanto, devidamente instruída com documento comprobatório da ocorrência da condição e do montante da dívida." (AgIn nº 7106588-2 – SP, 24ª CDP, Rel. Des. Ana de Lourdes Pistilli, julg. 01.02.2007)

<sup>&</sup>lt;sup>308</sup> "Portanto, o valor máximo do crédito garantido (...) restou comprovado, além do que o próprio contrato firmado pelas partes estabelece como prova da utilização do crédito disponibilizado os documentos de praxe mercantil que representem as mercadorias fornecidas. A execução está instruída com notas fiscais, acompanhadas dos comprovantes de entrega das mercadorias que, em princípio, denotam a concordância da agravante com o débito, assim como as cartas de sub-rogação e o próprio contrato de vendor, em que afirma a exeqüente ter originado parte da dívida (fls. 44/155)." (AgIn nº 7.250.248-6 – SP, 20ª CDP, Rel. Des. Francisco Giaquinto, julg. 09.06.2008)

#### 2.2.2. Valor mínimo de avaliação, seu uso na Adjudicação e a hipótese de reavaliação.

Nos termos do art. 1.484<sup>309</sup> do Código Civil, as partes poderão consignar na escritura de hipoteca o valor de avaliação do imóvel, dispensando a realização de avaliação pelo perito judicial. Referido valor, devidamente corrigido, servirá como base para as arrematações, adjudicações e remições, tornando o processo mais célere.

No caso de realização de hasta pública, forma tradicional de expropriação do processo de execução, o valor de avaliação do imóvel é utilizado como valor mínimo de venda no primeiro leilão<sup>310</sup>, que, não sendo atingido, ensejará a realização de segundo leilão para arrematação pelo maior lance oferecido, desde que não constitua valor vil<sup>311</sup>.

Há certos casos, entretanto, em que o imóvel é erroneamente avaliado pelas partes no momento de constituição da garantia hipotecária, de forma que (i) se avaliado a menor, poderá causar dano irreparável ao devedor, que terá seu patrimônio alienado por preço inferior ao valor real; (ii) se avaliado a maior, poderá inviabilizar a alienação do bem no processo de execução, ainda que em segundo leilão, uma vez que o valor ofertado, compatível com o valor de mercado, pode ser considerado vil face à préavaliação realizada a maior, assim afastando os interessados.

Em vista da impossibilidade de alienação do imóvel em hasta pública, por falta de interessados, poder-se-ia aproveitar a modalidade da adjudicação, nos termos do art. 685-A.<sup>312</sup> do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.382/06. No entanto, essa possibilidade esbarra na exigência legal que obriga o imóvel a ser adjudicado por valor igual ou superior ao valor de avaliação, o que significa dizer que o credor, além de

.

<sup>&</sup>lt;sup>309</sup> "Art. 1.484. É lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual, devidamente atualizado, será a base para as arrematações, adjudicações e remições, dispensada a avaliação."

<sup>&</sup>lt;sup>310</sup> Cf. Art. 686 do CPC, inciso VI: "VI - a comunicação de que, se o bem não alcançar lanço superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem desde logo designados entre os dez e os vinte dias seguintes, a sua alienação pelo maior lanço (art. 692)."

<sup>&</sup>lt;sup>311</sup>Cf. Art. 692 do CPC: "Art. 692. Não será aceito lanço que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil."

<sup>&</sup>quot;Art. 685-A. É lícito ao exeqüente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados. § 10 Se o valor do crédito for inferior ao dos bens, o adjudicante depositará de imediato a diferença, ficando esta à disposição do executado; se superior, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente. § 20 Idêntico direito pode ser exercido pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado. § 30 Havendo mais de um pretendente, proceder-se-á entre eles à licitação; em igualdade de oferta, terá preferência o cônjuge, descendente ou ascendente, nessa ordem. § 40 No caso de penhora de quota, procedida por exeqüente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios. § 50 Decididas eventuais questões, o juiz mandará lavrar o auto de adjudicação."

dar à dívida quitação maior que o valor de mercado do imóvel adjudicado, seria ainda obrigado a devolver ao devedor a suposta diferença entre o valor de avaliação do imóvel e o valor da dívida objeto da execução, caso exista.

Nesse sentido, seria necessário realizar reavaliação do imóvel, nos moldes do art. 683<sup>313</sup> do Código de Processo Civil. Entretanto, referido artigo diz respeito à reavaliação do imóvel quando este tiver sido avaliado nos autos do processo de execução, não sendo expressamente aplicável à avaliação pactuada na escritura de hipoteca.

A reavaliação do valor determinado com base no art. 1.484 do Código Civil, como regra, não deve ser admitida no curso do processo de execução. No entanto, pode ser admitida quando no interesse das partes, ou quando restar evidente a sua inadequação<sup>314</sup>. Para esse fim, entendemos adequados os requisitos estabelecidos no aludido art. 683, de forma a não prejudicar a celeridade processual intencionada na préavaliação constante do título.

#### 2.3. Direito do credor hipotecário na falência e na recuperação

Na hipótese de falência do devedor, o crédito hipotecário é concursal<sup>315</sup> e deve ser satisfeito até o limite do valor do imóvel, mas somente após a satisfação (i) de créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários

<sup>&</sup>lt;sup>313</sup> "Art. 683. É admitida nova avaliação quando: I - qualquer das partes argüir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador; II - se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem; ou III - houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem."

<sup>&</sup>lt;sup>314</sup> TITO FULGÊNCIO, *Direito Real de Hipoteca...*, cit., pp. 194-195.

Ou seja, o credor com garantia real participa do concurso de credores para satisfazer seu crédito através dos bens da massa. São extraconcursais os créditos satisfeitos antes da formação do concurso, determinados no art. 84 da mesma lei: "Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a: I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência; II – quantias fornecidas à massa pelos credores; III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência; IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida; V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.".

mínimos por credor; e (ii) créditos decorrentes de acidentes de trabalho; conforme art. 83<sup>316</sup> da Lei nº. 11.101/05.

Quanto à recuperação judicial, nos termos do art. 59<sup>317</sup> da Lei nº. 11.101/2005, uma vez aceito o plano de recuperação, ocorre a novação de todos os créditos anteriores ao pedido de recuperação judicial, obrigando o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias constituídas.

Além disso, nos termos do art. 50<sup>318</sup>, inciso XI, da Lei nº. 11.101/2005, o devedor poderá optar pela venda parcial de bens dentre as possibilidades existentes no plano de recuperação. Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão ou substituição dessa só será admitida mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia, nos termos do §1º do referido art. 50.

Como é possível verificar, a Lei nº. 11.101/2005 reservou uma posição mais privilegiada para os credores titulares de garantia real, especialmente no caso de recuperação judicial, mas também no caso de falência. Apesar de haver credores mais privilegiados, como os créditos extraconcursais, aqueles com privilégios legais e os créditos trabalhistas, os credores com garantia real possuem maior privilégio que os créditos fiscais, o que conferiu aos créditos garantidos por hipoteca maiores chances de serem pagos na integralidade.

<sup>316 &</sup>quot;Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; IV – créditos com privilégio especial, a saber: (...); V – créditos com privilégio geral, a saber: (...); VI – créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo; VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; VIII – créditos subordinados, a saber: (...)."

<sup>&</sup>quot;Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 10 do art. 50 desta Lei."

318 "Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso,

<sup>&</sup>lt;sup>318</sup> "Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; (...) XI – venda parcial dos bens; (...).§ 10 Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia."

# 2.4. Hipoteca cedular

A hipoteca alemã é normalmente cedular, sendo exceção a hipoteca cuja transmissão depende de registro. A criação da cédula hipotecária é subentendida mediante o registro da hipoteca, seja *Hypothek* ou *Grundschuld*, exceto se houver menção expressa no registro de que não foi emitida a respectiva cédula<sup>319</sup>. Segundo SCHAPP<sup>320</sup>, a criação da cédula hipotecária tem como objetivo dispensar de futuro registro imobiliário a transmissão da garantia hipotecária, facilitando a circulação do crédito e da garantia, que poderá circular autonomamente, na hipótese de garantia abstrata.

Francesca Fiorentini<sup>321</sup> aponta a regra de emissão da cédula hipotecária e a transmissibilidade da garantia abstrata mediante a entrega da cédula correspondente como razão para o sucesso do sistema alemão, em contraponto à decadência da garantia hipotecária no restante dos sistemas que a autora denomina *latinos*. De fato, o sistema alemão tem como qualidade a simplificação da constituição e transmissão da hipoteca, o que ocorre tanto na modalidade de *Hypothek* quanto na de *Grundschuld*. Conforme já mencionado, mesmo na hipótese de hipoteca acessória, a extinção do crédito não extingue a hipoteca, e em vez disso a transmite ao proprietário, convertendo-a à modalidade abstrata, de dívida imobiliária (*Grundschuld*). A prévia constituição e a manutenção de uma garantia real imobiliária autônoma pelo proprietário tem como resultado a possibilidade imediata de oferecimento da garantia a um novo credor, com relevante impacto econômico.

No direito brasileiro, o Código Civil de 2002 se limitou a autorizar a emissão de cédula hipotecária, nos termos que forem regulados pela legislação especial<sup>322</sup>. Dessa forma, fica claro o caráter secundário da hipoteca cedular no sistema brasileiro. A regulamentação geral da hipoteca cedular consta do Decreto-Lei nº 70/1966, já mencionado, que também instituiu a modalidade extrajudicial de execução hipotecária, podendo ter por objeto créditos hipotecários constituídos no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) ou outros créditos constituídos em favor de instituições

<sup>&</sup>lt;sup>319</sup> JAN SCHAPP, *Direito das Coisas (Sachenrecht)...*, cit., p. 241.

<sup>&</sup>lt;sup>320</sup> Direito das Coisas (Sachenrecht)..., cit., p. 247.

<sup>&</sup>lt;sup>321</sup> Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari..., cit., p. 183.

Art. 1.486. Podem o credor e o devedor, no ato constitutivo da hipoteca, autorizar a emissão da correspondente cédula hipotecária, na forma e para os fins previstos em lei especial.

financeiras e companhias de seguros<sup>323</sup>. Nos termos do referido Decreto-Lei, a transmissão do crédito e da garantia hipotecária se dá por simples endosso da cédula, não sendo necessário o registro imobiliário.

Outras cédulas de crédito instituídas por legislação especial, no entanto, também permitem a instituição de garantia hipotecária cedular (*lato sensu*), com efeitos semelhantes quanto à cessão de créditos, como o Decreto-Lei nº167/1967, que trata dos títulos de crédito rural, e o Decreto-Lei nº413/1969, que dispõe sobre os títulos de crédito industrial. É também o caso da Cédula de Crédito Imobiliário (CCI), instituída pela Lei nº 10.931/2004, representativa de créditos de natureza imobiliária, como financiamentos e aluguéis.

A regulamentação da Cédula de Crédito Imobiliário contém tratamento interessante que poderia embasar nova regulamentação geral da hipoteca cedular. Determinou-se que a CCI seja registrada em sistemas de registro e liquidação financeira de títulos privados. Trata-se de registro eletrônico, que dispensou a emissão de uma cártula ou cédula de papel, evitando o risco de fraude ou perecimento, e permitindo grande facilidade na sua circulação, que passa a ocorrer mediante uma transação eletrônica instantânea, em substituição ao endosso físico da cártula. A emissão da CCI é averbada no registro de imóveis e, quando simultânea ao registro da garantia real, se considera um único ato, para fins de cobrança de emolumentos<sup>324</sup>. A partir da averbação, dispensa-se qualquer outro ato registral decorrente da cessão do crédito, sendo a garantia transmitida automaticamente com a cessão da cédula.

Naturalmente, a regulamentação específica da hipoteca cedular não poderia, no Brasil, espelhar diretamente o sistema alemão, em virtude da inexistência de hipoteca abstrata. Ainda assim, entendemos que a hipoteca cedular, nos moldes acima sugeridos, consiste em importante artifício para simplificar e desonerar a circulação de créditos garantidos por hipoteca, cujos benefícios já são evidentes no mercado de crédito imobiliário, após a criação da Cédula de Crédito Imobiliário, pela Lei nº 10.931/2004. Ademais, a regulamentação contida na legislação de títulos cedulares da década de 1960

Art 10. É instituída a cédula hipotecária para hipotecas inscritas no Registro Geral de Imóveis, como instrumento hábil para a representação dos respectivos créditos hipotecários, a qual poderá ser emitida pelo credor hipotecário nos casos de: I - operações compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação; II - hipotecas de que sejam credores instituições financeiras em geral, e companhias de seguro; III - hipotecas entre outras partes, desde que a cédula hipotecária seja originàriamente emitida em favor das pessoas jurídicas a que se refere o inciso II supra.

<sup>&</sup>lt;sup>324</sup> Art. 18 (...) § 60 A averbação da emissão da CCI e o registro da garantia do crédito respectivo, quando solicitados simultaneamente, serão considerados como ato único para efeito de cobrança de emolumentos.

não poderia prever os avanços tecnológicos que atualmente permitem a circulação de títulos de crédito por meio eletrônico, razão pela qual resta desatualizada e permeada por processos e restrições que hoje perderam o sentido, tais como a regra de impenhorabilidade de bens sujeitos a hipotecas cedulares, contida nos Decretos-Lei nº167/1967 e 413/1969. Essa restrição decorre, a nosso ver, da dificuldade dos demais credores do devedor comum em localizar o credor hipotecário corrente, em vista de sucessivos endossos da cédula, o que inviabilizaria o concurso, raciocínio que evidentemente não prospera com o advento de sistema eletrônico de registro e custódia de títulos, no qual devedor e credor são identificáveis mediante simples consulta.

# 3. A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL

Examinados os aspectos relativos à natureza da hipoteca e sua utilização para a garantia de obrigações contratuais, passamos a avaliar o cenário atualmente aplicável à alienação fiduciária de imóveis. Este capítulo é dividido em três partes, da seguinte forma. A primeira parte tem como objetivo conceituar a alienação fiduciária de imóvel, tal qual regulamentada no Brasil, quando à sua natureza jurídica, e em especial a natureza dos direitos atribuídos ao credor e ao devedor. Os subcapítulos seguintes passam a analisar os problemas de sua utilização.

A segunda parte deste capítulo tem como objetivo explorar os efeitos e problemas relacionados ao uso da propriedade como garantia, decorrentes da natureza do instituto. São questões relacionadas aos direitos, deveres e limitações normalmente atribuídos ao proprietário de imóvel e sua assimilação problemática pela garantia fiduciária.

Finalmente, a terceira parte explora os problemas relacionados ao emprego da alienação fiduciária de imóvel, tal qual regulada, como garantia de obrigações alheias ao financiamento imobiliário habitacional. Estes problemas, como já mencionamos, não têm relação direta com a natureza do instituto, mas decorrem da sua regulamentação inadequada e insuficiente.

#### 3.1. Conceito e natureza jurídica

A alienação fiduciária foi introduzida na legislação brasileira pela Lei de Mercado de Capitais (Lei nº. 4.728/1965). Conforme a redação do seu art. 66, dada pelo Dec.-lei nº. 911/1969, a alienação fiduciária "transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.". A alienação fiduciária instituída sob a Lei de Mercado de Capitais era aplicável apenas a bens móveis, tendo sido admitida sobre bens imóveis apenas com o advento da Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário (Lei nº. 9.514/1997), em 1997.

De acordo com o art. 22 da Lei 9.514/1997, é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. Nos termos legais, portanto, tratase de transferência da propriedade, embora em caráter resolúvel, com o escopo de garantia.

A natureza da alienação fiduciária se diferencia da hipoteca, uma vez que esta é direito real sobre coisa alheia, enquanto a propriedade fiduciária é um direito do credor sobre coisa própria, ainda que com escopo de garantia, conforme afirma MELHIM N. CHALHUB<sup>325</sup>, acrescentando que "o credor torna-se titular do domínio resolúvel sobre a coisa objeto de garantia, permanecendo sob seu domínio até que o devedor pague a dívida."

O instituto da alienação fiduciária tem origem tanto na fidúcia romana (*fiducia cum creditore*) quanto no *trust* anglo-americano, não correspondendo exatamente a qualquer dos dois, conforme ensina DINAMARCO<sup>326</sup>.

A fidúcia romana se assemelha muito à definição legal da alienação fiduciária em garantia adotada no Brasil, sendo ambas garantias baseadas na transmissão da propriedade. No entanto, na fidúcia romana o devedor não possuía, inicialmente, uma *actio* para compelir o credor a devolvê-lo o bem. De acordo com MOREIRA ALVES<sup>327</sup>, mesmo posteriormente, com o surgimento da *actio fiduciae*, a obrigação do devedor ainda era estritamente pessoal, ensejando apenas indenização na hipótese de o credor recusar-se a devolver o bem dado em garantia.

O instituto adotado pelo legislador brasileiro, por sua vez, concedeu ao devedor um direito real à restituição do bem, sobre o qual discorremos adiante, cuja inspiração é comumente atribuída ao *trust* anglo-americano.

-

<sup>325</sup> Negócio Fiduciário - Alienação Fiduciária, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 222.

<sup>&</sup>lt;sup>326</sup> Alienação fiduciária de bens imóveis, in: Revista de Direito Imobiliário nº 51, p. 238; v. ORLANDO GOMES. Alienação fiduciária em garantia. São Paulo, RT, 1971, pp. 26-7; IVANDRO R. TREVELIM, A alienação fiduciária em garantia e sua aplicação no mercado financeiro imobiliário, FDUSP, São Paulo, 2008 (dissertação de mestrado orientada pelo prof. Álvaro Vilaça Azevedo), passim.

<sup>&</sup>lt;sup>327</sup> José C. Moreira Alves, *Direito Romano...*, cit., p. 363.

#### 3.1.1. Alienação fiduciária e trust

Trust é considerado uma das maiores contribuições da Equity<sup>328</sup> e ferramenta imprescindível no panorama atual da Common Law<sup>329</sup>. Sob o aspecto funcional, consiste em um mecanismo por meio do qual uma pessoa (trustee) gerencia uma coisa em benefício de outra (o beneficiário, ou cestui que trust). A origem do trust reside em construções próximas do fideicomisso<sup>330</sup>, em que um instituidor transferia bens ao trustee, para que este os utilizasse em benefício de um terceiro. Posteriormente, permitiu-se que o trust fosse constituído em benefício de pessoas pertencentes a determinado grupo, ou a uma classe de pessoas, a serem escolhidas pelo trustee, dentro de regras determinadas pelo instituidor.

No início do século XVI, o *trust* aproximou-se, em seus efeitos, de um direito real (*proprietary interest*) na medida em que, por decisões de *Equity*, tornou-se oponível aos terceiros adquirentes do bem objeto do *trust*, quando alienado pelo *trustee*. Embora oponíveis a terceiros, os direitos do beneficiário continuaram tutelados por ações pessoais. No entanto, atualmente considera-se ambos os direitos reais (do *trustee* e do beneficiário), sendo o primeiro o direito legal sobre a coisa (*legal interest*) e o segundo um direito em *Equity* (*equitable interest*). Ambos os direitos equivalem a uma fração da propriedade, sendo o *trust* um caso típico de propriedade dividida<sup>331</sup> e, portanto, não exclusiva, o que no direito brasileiro é restrito à enfiteuse.

Há importante diferença, portanto, entre o *trust* e a alienação fiduciária brasileira, quanto à natureza do direito atribuído a cada uma das partes. No *trust*, a propriedade sobre a coisa é dividida (*legal* e *equitable* interest), o que seria, *a priori*, incompatível com a noção de propriedade existente no Direito Civil brasileiro, segundo a qual a propriedade é um direito exclusivo<sup>332</sup>. A Lei nº 9.514/1997, ao regular a alienação fiduciária de imóvel, definiu-a como a transmissão do domínio sobre o bem, ou seja, a efetiva transferência da propriedade plena, ao credor, gravada com cláusula

<sup>&</sup>lt;sup>328</sup> ROGER SMITH, *Property* Law..., cit., pp. 25-28

<sup>&</sup>lt;sup>329</sup> ANTONIO GAMBARO e RODOLFO SACCO, Sistemi Giuridici Comparati..., cit., p. 123.

<sup>&</sup>lt;sup>330</sup> Embora permitindo utilizações mais amplas, não necessariamente em decorrência de testamento, e em benefício de qualquer pessoa, ainda que já nascida.

<sup>&</sup>lt;sup>331</sup> M. N. CHALHUB, *A fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro*, in: Revista de Direito Bancário nº 2, p. 118.

<sup>&</sup>lt;sup>332</sup> Em sentido contrário, ver ANDRÉ C. NOGUEIRA, *Propriedade fiduciária em garantia: o sistema dicotômico da propriedade no Brasil*, in Revista de Direito Bancário nº. 39, p. 56.

resolutiva, a operar-se mediante o adimplemento da obrigação garantida. Por essa razão, a propriedade fiduciária é espécie de propriedade resolúvel.

A cláusula resolutiva da alienação fiduciária, à semelhança do *trust*, confere ao devedor direito real sobre o imóvel, concorrente ao direito real detido pelo credor. Trata-se, no entanto, de um direito real aquisitivo que, conforme mencionamos adiante, pode ser mais adequadamente equiparado àquele do promitente comprador.

#### 3.1.1.1. O trust em garantia e a figura do agente de garantias no direito brasileiro

Nos EUA, o *trust* vem sendo utilizado como alternativa à garantia hipotecária, na forma de *Deed of Trust*. Neste formato, o devedor transfere a propriedade do imóvel a um terceiro (*trustee*), em benefício de um ou vários credores<sup>333</sup>. Esse mecanismo permite ao credor ou aos credores recobrarem o crédito sem a necessidade de execução judicial, bastando notificar o devedor e o *trustee* do inadimplemento, ao que o *trustee* efetuará a venda privada do imóvel (*power of sale*) para quitar a dívida. O *trustee* tem o dever de vender o imóvel de forma que seja, razoavelmente, menos gravosa ao devedor. A este é garantido, posteriormente, recobrar do *trustee* eventual indenização que decorra do abuso de direito, pelo *trustee*, no exercício do *power of sale*.

Uma vez que a transferência do imóvel se dá apenas para o *trustee*, sucessivas cessões do crédito garantido, para uma ou várias pessoas, não implicam necessidade de modificação do *Deed of Trust* ou a realização de qualquer ato registral adicional<sup>334</sup>. Trata-se de função muito bem replicada pela lei brasileira das sociedades por ações, com relação à emissão de debêntures, em que eventual garantia real é outorgada pelo emissor em favor de um agente fiduciário nomeado na escritura de emissão, e em benefício dos credores das debêntures emitidas<sup>335</sup>.

Esse conceito tem sido adaptado a outras espécies de obrigações que, diferentemente das debêntures emitidas por sociedades por ações, não possuem expressamente a previsão de um agente fiduciário, cuja finalidade é simplificar a circulação de créditos, em especial aqueles representados por títulos ou cédulas. Nesses

<sup>&</sup>lt;sup>333</sup> MARIANNE M. JENNINGS, *Real Estate Law...*, cit., p.439.

ROBERT J. AALBERTS, *Real Estate Law...*, cit., p. 309.

<sup>&</sup>lt;sup>335</sup> Art. 69 da Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

casos, seria pouco prático e inconvenientemente oneroso que, a cada cessão da dívida, o credor primitivo e o cessionário tivessem que modificar as garantias existentes, incluindo as respectivas custas notariais e de registro. Para esse fim, tem sido utilizada figura análoga ao agente fiduciário e ao *trustee*, genericamente denominada "agente de garantias", cuja função será promover a execução das garantias no interesse dos credores, ainda que os créditos tenham sido recorrentemente cedidos ou pulverizados.

O emprego do agente de garantia em contratos para os quais não se prevê a existência de agente fiduciário tem sido pautado principalmente em duas configurações: a primeira consiste no agente mandatário dos credores, cujos poderes devem ser suficientemente amplos para promover a execução da garantia no caso de inadimplemento da obrigação pelo devedor; em segundo lugar, tem-se o agente como credor da garantia real, que é feita unicamente em seu benefício direto, e no benefício indireto dos credores da obrigação principal.

Em ambas as configurações, esbarra-se nos princípios da *publicidade*, da *especialidade* e da *acessoriedade* da garantia. No caso do agente mandatário, não há como omitir do título constitutivo da garantia a devida qualificação dos credores, uma vez que o mandatário não assina o título em nome próprio, mas sempre atuando em nome dos mandantes. Se qualificados os credores, cada cessão do crédito exigiria, a princípio, a modificação do contrato de garantia e respectivo registro. Caso a cessão do crédito não seja refletida no registro imobiliário, não ocorre a transferência do direito real de garantia e, desta forma, existe risco de a garantia tornar-se ineficaz e a dívida quirografária, devido à ilegitimidade do novo credor, cessionário, para executar a garantia, ainda que através do mesmo mandatário (agente de garantias) constituído pelo credor primitivo.

No caso do agente credor, se discute se seria possível a constituição da garantia em favor de pessoa diferente dos credores da obrigação principal, ainda que em seu interesse, também em vista do princípio da *acessoriedade*. Este é precisamente o caso do *trust* e da figura de agente fiduciário. O agente fiduciário de debêntures, no entanto, encontra respaldo na Lei das Sociedades por Ações, que prevê expressamente a natureza da obrigação fiduciária existente entre o agente e os futuros credores. A questão é se seria lícito aos particulares, quando não há expresso respaldo legal, criar entre si

obrigações de natureza fiduciária, como uma representação indireta<sup>336</sup>, que pudessem justificar a separação do crédito e da garantia em pessoas diferentes.

Uma possibilidade que nos parece responder, ao menos parcialmente, a questão proposta, é a figura da solidariedade ativa. Na hipótese de haver múltiplos credores solidários, não há óbice aparente em que apenas um dentre tais credores figure como credor da garantia real, uma vez que a legitimidade ativa para cobrar a dívida e executar a garantia pode ser exercida individualmente por qualquer credor. A atribuição do agente de garantias como credor solidário da obrigação principal, portanto, poderia legitimar a sua atuação como único credor da garantia real. A solidariedade ativa, conforme regulada nos arts. 267<sup>337</sup> e 272<sup>338</sup> do Código Civil, criaria automaticamente a obrigação pessoal do agente de garantias perante os demais credores.

Questão interessante a se colocar é se, para ser considerado credor solidário, o agente de garantias teria que, obrigatoriamente, participar da obrigação principal em montante relevante, ou se poderia ter apenas uma participação formal, que justificasse sua interposição entre devedor e credores originais.

Novamente, não parece haver qualquer óbice legal que impeça a atribuição ou a cessão de parcela ínfima de um crédito a determinada pessoa. Trata-se de negócio lícito que, se não encontra justificativa no montante do crédito, é plenamente justificável sob a ótica dos direitos e deveres legais que se pretende atribuir ao cessionário. Negócio semelhante e correntemente aceito consiste, por exemplo, na atribuição a determinada pessoa de uma única ação de sociedade, cujo valor monetário seja ínfimo, mas que permita ao detentor exercer determinados direitos atribuídos aos acionistas minoritários: indicar membros ou compor os conselhos de administração e fiscal, ter acesso a documentos (certidões dos assentamentos dos livros de registro e de transferência de ações, acordos de acionistas arquivados na sede da companhia, etc), convocar assembleias ou ajuizar ação de responsabilidade.

A finalidade, em cada caso, dos contratos de transmissão de ações e de fração de crédito, é atribuir direitos e deveres a um indivíduo para serem exercidos em seu benefício e, por vezes, dos demais condôminos. O adquirente manifesta vontade real, portanto, de assumir essa posição, que não necessita de justificativa econômica. No caso

<sup>&</sup>lt;sup>336</sup> CIBELE P. M. CRUZ E TUCCI, *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*, FDUSP, São Paulo, 2004 (tese de doutorado orientada pelo Prof. Antonio Junqueira de Azevedo), p. 58.

<sup>337 &</sup>quot;Art. 267. Cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro." <sup>338</sup> "Art. 272. O credor que tiver remitido a dívida ou recebido o pagamento responderá aos outros pela

parte que lhes caiba."

específico do credor interposto em contrato de garantia, mediante cessão parcial de crédito, com a finalidade de atuar como agente dos demais condôminos, não há embasamento, a nosso ver, para alegar-se simulação, pois não há um negócio aparente e outro oculto<sup>339</sup>. Não há, ainda, fraude à lei<sup>340</sup>, mas um negócio fiduciário entre o credor agente e os credores econômicos, por meio do qual o credor agente recebe efetivamente a garantia real, que se obriga a administrar em benefício dos demais, de acordo com as regras da solidariedade ativa e com o livre acordo de todos os envolvidos.

O assunto é certamente polêmico e requer análise mais aprofundada em apartado. A menção à problemática atualmente existente no direito brasileiro, face à limitada figura do agente fiduciário, nos pareceu, entretanto, essencial, ao tratar da relação entre *trust* e garantias reais, por ser esta, a nosso ver, uma contribuição relevante do *trust* à temática das garantias no direito brasileiro. O estado atual do sistema brasileiro, como mencionado, não nos parece proibir de qualquer forma o emprego da figura de "agente de garantias". No entanto, a regulamentação dessa figura seria altamente desejável em eventual reforma das garantias reais no direito brasileiro, a exemplo das sucessivas reformas das garantias no direito francês, em que conceito semelhante (*agent des sûretés*) foi introduzido, para todas as espécies de garantia, por meio de leis de 2007 e 2008<sup>341</sup>.

#### 3.1.1. Requisitos e constituição

A formalização a alienação fiduciária de bens imóveis dá-se através de escritura pública ou de instrumento particular, que terá efeitos de escritura pública, nos termos do art. 38<sup>342</sup> da Lei nº 9.514/97.

<sup>&</sup>lt;sup>339</sup> CIBELE P. M. CRUZ E TUCCI, *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos...*, cit., p. 65.

<sup>&</sup>lt;sup>340</sup> MICHELE GREGOIRE, Les Nouvelles Fonctions de la Propriété - Rapport Belge, in La Propriété - Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Vietnamiennes, Tome LIII / 2003, Paris, Société de législation comparée, 2006, pp 365-6: « La notion est inutile et dangereuse (...). Nous n'apercevons pas où peut se situer le caractère artificiel d'une convention dont toutes les implications sont acceptées et exécutées par les parties qui y ont souscrit ».

<sup>&</sup>lt;sup>341</sup> LAURENT AYNES E PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, cit., p.352.

<sup>&</sup>lt;sup>342</sup> "Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública."

A alienação fiduciária constitui transmissão da propriedade. Portanto, não é possível a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis inalienáveis. São passíveis de alienação fiduciária, por outro lado, os bens impenhoráveis.

O instrumento de constituição de alienação fiduciária de bem imóvel deverá atender às seguintes disposições determinadas no art. 24<sup>343</sup> da Lei nº 9.514/97:

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

Os três primeiros incisos tratam da especialização da dívida garantida. Nesse caso, ao contrário do que dispõe o art. 1.424 do Código Civil, em que se admite expressamente a estimação do valor da dívida ou a adoção de valor máximo, o art. 24 da Lei nº. 9.514/97 previu simplesmente a informação do valor do principal da dívida, o que se argumenta não ter caráter taxativo, como se verá adiante. O quarto inciso diz respeito à especialização do objeto da garantia. Porém, devido à natureza do instituto, fala-se em constituição da propriedade fiduciária.

O quinto inciso assegura ao devedor a posse do imóvel, enquanto adimplente. A adoção do referido dispositivo foi necessária, uma vez que a posse é direito inerente à

<sup>&</sup>quot;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."

propriedade. Assim, a transmissão da propriedade com reserva da posse ao transmitente é exceção à regra, e deve ser objeto de disposição específica.

O sexto decorre da execução extrajudicial, que exige a pré-avaliação do imóvel, já que não haverá penhora, mas mera consolidação da propriedade fiduciária e, consequentemente, não poderá ser realizada avaliação do imóvel no momento da venda extrajudicial.

Finalmente, o sétimo inciso é indício inequívoco do espírito protecionista, inerente ao financiamento imobiliário habitacional, que permeia a Lei nº. 9.514/97, bem como todo o instituto. Trata-se de conferir publicidade, no próprio título, ao procedimento de execução extrajudicial da garantia, já previsto na lei. A intenção é claramente de proteger o devedor hipossuficiente, que por desconhecimento do instituto, poderia ser surpreendido pela rápida execução extrajudicial.

A alienação fiduciária de bem imóvel, conforme já mencionado, baseia-se na transmissão da propriedade como forma de garantia. Assim, é requisito constitutivo que o instrumento de alienação fiduciária seja levado a registro no Registro de Imóveis competente. Apenas após o registro, a propriedade fiduciária é efetivamente criada em favor do credor.

#### 3.1.2. Efeitos do registro

Sendo o contrato de alienação fiduciária um título translativo da propriedade, sua eficácia real depende do registro, nos termos aplicáveis à aquisição da propriedade, regulada pelo Código Civil<sup>344</sup>. A ausência do registro, portanto, torna o contrato despido de eficácia real.

Por uma opção legislativa, foram postergados determinados efeitos decorrentes da transmissão da propriedade, que normalmente condicionam a obtenção do registro. É o caso do imposto de transmissão, que nos termos do art. 26, §7º da Lei 9.514/1997, só será devido pelo fiduciário no momento de consolidação da propriedade em seu nome, portanto somente após executada a garantia fiduciária.

<sup>&</sup>lt;sup>344</sup> Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. § 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Não obstante, é certo que com o registro do título que institui a alienação fiduciária o credor recebe em garantia a propriedade do imóvel, passando a ser seu proprietário, ainda que em caráter resolúvel. Passamos a analisar, nos itens seguintes, a natureza dos direitos atribuídos, durante a constância da alienação fiduciária, ao credor e ao devedor.

#### 3.1.3. Natureza da propriedade resolúvel

Anteriormente concluímos que a alienação fiduciária de imóvel consiste na transmissão do domínio sobre o bem ao credor, sendo tal transferência gravada com cláusula resolutiva, a operar-se mediante o adimplemento da obrigação garantida. Não há dúvidas de que o credor fiduciário é um credor-proprietário, embora detenha uma propriedade limitada, primeiramente, porque o uso e a fruição do bem permanecem com o devedor, que retém a sua posse direta; em segundo lugar, porque ao credor-fiduciário não é lícito dispor do bem, que se encontra afetado à destinação específica de garantir determinada obrigação.

Segundo Melhim N. Chalhub<sup>345</sup>, a propriedade fiduciária pressupõe a criação de um patrimônio de afetação, isolando-o do restante do patrimônio do credor, à semelhança do que ocorre com o incorporador imobiliário, nos termos do art. 31-A da Lei de Condomínios e Incorporações Imobiliárias (Lei nº 4.591/64)<sup>346</sup>, incluído pela Lei nº 9.514/1997, e das companhias securitizadoras de créditos imobiliários<sup>34</sup>.

A afetação do bem à garantia, isolando-o do restante do patrimônio do credor, faz com que propriedade detida pelo credor seja ainda mais limitada que a propriedade

<sup>&</sup>lt;sup>345</sup> Negócio Fiduciário..., cit., p. 94.

<sup>&</sup>lt;sup>346</sup> "Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. "\{\} 10 O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva."

Conceito semelhante de patrimônio separado é aplicado também na securitização de créditos hipotecários (Pfandbriefe) na Alemanha, conforme FRANCESCA FIORENTINI, Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari..., cit., pp.154-5.

meramente sujeita a condição resolutiva. Por essa razão, RAPHAEL M. MARTINS<sup>348</sup> defende o uso do termo *propriedade fiduciária*, afirmando que "*propriedade fiduciária* e propriedade resolúvel não são conceitos intercambiáveis, sendo antes duas espécies distintas do gênero propriedade limitada".

Em nossa visão, se necessária classificação minuciosa, a *propriedade fiduciária* seria, na realidade, subespécie de *propriedade resolúvel*, uma vez que a propriedade *fiduciária* é *resolúvel*, mas nem toda propriedade *resolúvel* é *fiduciária*; ambas são, certamente, *propriedades limitadas*. Para efeitos deste trabalho, preferimos utilizar *propriedade fiduciária* e *propriedade resolúvel* como sinônimos, pois ambos os termos foram empregados pelo legislador para definir a propriedade detida pelo credor fiduciário. Ademais, não enfrentaremos, em qualquer momento, outra modalidade de *propriedade resolúvel*, o que afasta o perigo de confusão no emprego de um ou de outro termo. É, entretanto, importante ressalvar que o conceito de *propriedade resolúvel*, quando empregado no contexto da alienação fiduciária, não está restrito à simples existência de condição resolutiva.

#### 3.1.4. Natureza do direito do devedor fiduciante

O direito do devedor-fiduciante, por sua vez, é de mais difícil definição. ORLANDO GOMES<sup>349</sup> o define como *proprietário sob condição suspensiva*. Essa posição é compartilhada por MELHIM N. CHALHUB<sup>350</sup>, que denomina o direito do devedor como um *direito real de aquisição* e compara a alienação fiduciária com a venda com reserva de domínio (art. 521, CC), instituto que, no Brasil, restringe-se aos bens móveis.

Sem discordar dessas posições, que são complementares, nos parece também correta a posição manifestada por A. WALD<sup>351</sup>, de que o devedor-fiduciante teria direito

3

<sup>&</sup>lt;sup>348</sup> Análise da "aclimatação" do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária, in: Revista de Direito Privado nº 42, p. 252.

<sup>&</sup>lt;sup>349</sup> Alienação Fiduciária em Garantia, 4ª ed., São Paulo, RT, 1975.

<sup>&</sup>lt;sup>350</sup> Negócio Fiduciário..., cit., p. 144-145.

<sup>&</sup>lt;sup>351</sup> Da alienação fiduciária, in RT, vol. 400, fev-1969, p. 25-30; ver também Rapport Brésilien, in La Propriété – Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Vietnamiennes, Tome LIII / 2003, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 377: "... et ce dernier est un propriétaire sous condition suspensive, étant titulaire d'une promesse de vente et dépendent du paiement, qu'il doit faire, pour acquérir le droit de propriété".

semelhante ao do promitente comprador (arts. 1.417 e 1.418, CC). Isso porque a devolução da propriedade ao devedor dependeria, via de regra, da manifestação de vontade do credor, mas tal qual ocorre com o promitente comprador, o devedor poderia, na recusa do credor, obter o suprimento judicial da sua vontade, recuperando a propriedade do imóvel.

# 3.2. Efeitos e problemas relacionados à utilização da propriedade resolúvel como garantia

Este item tratará de exemplificar situações em que a aplicação da alienação fiduciária, por utilizar o direito de propriedade como garantia, conflita com normas aplicáveis à propriedade e à sua transmissão no direito brasileiro. Serão abordados adiante: (i) a responsabilidade do credor fiduciário por questões relativas à propriedade imóvel (ônus e obrigações reais, passivos ambientais); (ii) a aplicabilidade e o momento em que devem ser cumpridos requisitos específicos relativos à transmissão da propriedade (realização de georreferenciamento, no caso de imóveis rurais); (iii) a aplicação de restrições específicas aplicáveis à transmissão da propriedade (possibilidade de ser alienado imóvel rural em garantia a estrangeiro); e (iv) os efeitos à alienação fiduciária, como garantia real sobre imóvel próprio, na recuperação judicial e na falência do devedor.

#### 3.2.1. Responsabilidade pelos ônus e obrigações reais.

Estando claro que o direito detido pelo credor-fiduciário corresponde à propriedade, ainda que limitada, é necessário analisar se o credor tornar-se-ia responsável pelas obrigações oriundas do imóvel-garantia, ou pelo ônus reais que o atingissem<sup>352</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>352</sup> Conforme aponta LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO (*Direito das Coisas...*, cit., pp. 155-121), o proprietário está sujeito ao cumprimento de prestações (pecuniárias ou não) em função da titularidade de imóvel, tanto em decorrência das obrigações *propter rem*, que constituem uma prestação positiva devida

Conforme já expusemos ao analisar a natureza da propriedade resolúvel, a alienação fiduciária de bem imóvel pressuporia a existência de um patrimônio de afetação, de forma que o imóvel alienado não se comunique com o patrimônio do credor. A exemplo de MELHIM N. CHALHUB<sup>353</sup>, encontramos diversas manifestações doutrinárias que explicam esse patrimônio de afetação como uma garantia em favor do devedor que, transmitindo bem seu a título de garantia, evita que o bem seja objeto de penhora por eventual dívida do credor.

Por outro lado, Raphael M. Martins<sup>354</sup> propõe e que o patrimônio de afetação também protege o credor das dívidas decorrentes da coisa alienada: "caso tais obrigações venham a ser contraídas [pelo credor] em relação à administração ou à consecução das finalidades do trust, é lícito que seus efeitos fiquem restritos aos ativos e passivos que compõem o patrimônio afetado, preservando, por outro lado, o restante de seus patrimônios".

Nesse sentido, há previsão expressa, no §8º do art. 27 da Lei nº. 9.514/97, de que o fiduciante responda pelos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos até que a posse do imóvel seja efetivamente transferida ao credor, na hipótese de excussão da garantia. No entanto, tal disposição já foi afastada em decisões do STJ<sup>355,356,357</sup>, responsabilizando o credor-fiduciário pelo pagamento de contribuições condominiais.

pelo sujeito passivo, tendo como causa originária a titularidade de um direito real, quanto dos ônus reais, que constituem obrigação de natureza pecuniária emanada diretamente da coisa, que sobre ela constituiu uma preferência creditória e sujeita seu titular. Dessa forma, é necessário indagar se tais prestações poderiam ser exigidas do credor fiduciário.

A fidúcia no sistema de garantias..., cit., p. 119.

<sup>&</sup>lt;sup>354</sup> RAPHAEL M. MARTINS, *Análise da "aclimatação" do trust ao direito brasileiro...*, cit., p. 250.

<sup>355</sup> O acórdão que inaugurou o entendimento trata apenas de débitos condominiais devidos após a consolidação da propriedade fiduciária, mas antes da imissão do credor na posse direita: "CONDOMÍNIO - Taxas condominiais - Alienação fiduciária - Encargos condominiais de responsabilidade do adquirente, ainda que anteriores à aquisição - Obrigação de natureza propter rem." (REsp 827.085-SP - 4.ª T. - j. 04.05.2006 - v.u. -rel. Min. Jorge Scartezzini - DJU 22.05.2006).

<sup>&</sup>lt;sup>356</sup> "AGRAVO DE INSTRUMENTO - CIVIL - DIREITO DAS COISAS - PROPRIEDADE -CONDOMÍNIO - TAXAS CONDOMINIAIS - AÇÃO DE COBRANÇA - CREDOR FIDUCIÁRIO -DETENTOR DA PROPRIEDADE RESOLÚVEL DO IMÓVEL - LEGITIMIDADE PASSIVA -POSSIBILIDADE - ENUNCIADO 83 DA SÚMULA DO STJ - RECURSO IMPROVIDO." (AG 1.081.873/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, julgado em 24/03/2009): "Inicialmente, cabe ressaltar que o recorrente, credor fiduciário, é o proprietário do imóvel, já que detém a propriedade resolúvel do bem. Por outro lado, o devedor fiduciante é mero possuidor e obterá a propriedade apenas ao final do pagamento da dívida. Assim, o recorrente possui legitimidade passiva para a ação de cobrança de taxas condominiais, em decorrência da relação jurídica que o vincula ao imóvel sobre o qual recai a dívida de quotas condominiais."

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. CONDOMÍNIO. RESPONSABILIDADE. COTAS CONDOMINIAIS CONSTITUÍDAS ANTES DA AQUISIÇÃO PELO CREDOR FIDUCIÁRIO. LEGITIMIDADE DO ATUAL PROPRIETÁRIO. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL. IDENTIDADE ENTRE A ORIENTAÇÃO

Ao vislumbrar tal relativização, torna-se interessante avaliar a evolução temporal do direito detido pelo credor-fiduciário. Embora constitua inicialmente uma propriedade limitada, a ocorrência do inadimplemento do devedor faz com que tal limitação gradativamente diminua.

Com o início do procedimento de excussão da garantia, o fiduciante é constituído em mora e instado a purgá-la no prazo de quinze dias, sob pena de consolidação da propriedade em nome do credor<sup>358</sup>. A consolidação da propriedade significa a extinção do direto real aquisitivo do devedor. Ou seja, a propriedade do credor perde o caráter resolúvel.

Ainda com a consolidação da propriedade, e diferentemente do que ocorre na execução hipotecária (mediante adjudicação), o credor não tem a faculdade de conservar a propriedade do imóvel para pagamento da dívida, sendo obrigado a promover leilão público para sua alienação a terceiros. Apenas na hipótese de fracasso da venda pública, o imóvel passará a integrar de forma definitiva o patrimônio do credor em pagamento da obrigação anteriormente garantida.

Vislumbramos três momentos distintos do direito detido pelo credor-fiduciário. Primeiramente, a constituição da garantia, quando se dá a aquisição da propriedade; em segundo lugar, a consolidação da propriedade, quando este direito perde o caráter resolúvel; finalmente, a conversão do imóvel em pagamento da obrigação.

A partir da consolidação da propriedade, não há mais *propriedade fiduciária*, uma vez que o imóvel já se incorporou ao patrimônio do credor. Ainda que o credor tenha a obrigação legal de aliená-lo, é certo que a obrigação garantida será satisfeita

SUFRAGADA PELA CORTE DE ORIGEM E DECISÃO MONOCRÁTICA E AQUELA TRILHADA POR ESTE TRIBUNAL SUPERIOR. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. A responsabilidade pelo pagamento de cotas condominiais em atraso alcança o atual proprietário, ainda que constituídas antes da aquisição pelo credor fiduciário, por se tratar de obrigações propter rem. Na hipótese de identidade entre a orientação jurisprudencial sufragada pela Corte de origem e adotada pela decisão monocrática e aquela trilhada por este Tribunal Superior, incide a Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 792.138/RJ, Rel. Ministro PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA), TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 26/06/2009). Importante destacar o seguinte trecho da decisão monocrática recorrida: "Alegou a recorrente violação aos artigos 267, VI, e 535 do Código de Processo Civil, 12 da Lei n.º 4.591/64 e 27, § 8º, da Lei 9.514/97, e divergência jurisprudencial, sustentando que, apesar de deter a propriedade do imóvel, não é parte legítima para figurar na presente ação, por não ser responsável pelo pagamento das cotas condominiais inadimplidas pelos antigos proprietários e atuais possuidores diretos, apesar de se tratar de obrigação de natureza propter rem. (...)" (Ag 792.138/RJ, decisão monocrática do Min. Castro Filho, j. 09.03.2007).

<sup>358</sup> "Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário."

.

(parcial ou integralmente) com o imóvel, seja utilizando o produto da sua alienação ou com a sua permanência definitiva no patrimônio do credor em pagamento.

Por essa razão, entendemos que o patrimônio de afetação se extingue com a consolidação da propriedade. Embora a Lei nº 9.514/1997 tenha exigido a imissão na posse do imóvel pelo credor para responsabilizá-lo pelas obrigações decorrentes do imóvel, a consolidação da propriedade seria critério mais lógico e preciso. A posse não é necessária, em nenhum aspecto, para a responsabilização do proprietário por obrigações reais. Ao contrário, entendemos que é a existência do patrimônio de afetação, e não a ausência de posse direta, que impede a responsabilização do credor fiduciário enquanto o devedor estiver adimplente.

## 3.2.2. Responsabilidade civil do proprietário

Além das obrigações reais, seria ainda possível cogitar a responsabilidade do credor fiduciário pelos deveres de conduta e pelos danos decorrentes da propriedade, tal como ocorre no direito de vizinhança e no direito ambiental<sup>359</sup>. Esse tema é especialmente relevante no direito brasileiro atual, como consequência da modificação do conceito de propriedade a partir de uma visão estática e subjetivista para um novo paradigma funcional<sup>360</sup>, em que a propriedade se torna uma relação jurídica complexa, que abrange, além dos tradicionais elementos de seu aspecto estrutural (jus utendi, fruendi e abutendi), um feixe de deveres perante terceiros proprietários e não proprietários<sup>361, 362</sup>.

<sup>360</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR, Propriedade e Os Direitos Reais Na Constituição de 1988, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 2-4.

<sup>&</sup>lt;sup>359</sup> Analisamos anteriormente a responsabilidade decorrente do dano ambiental no trabalho denominado Responsabilidade civil do proprietário fiduciário de imóvel pela reparação do dano ambiental, disponível para consulta na biblioteca da FDUSP.

<sup>&</sup>lt;sup>361</sup> FRANCISCO. E. LOUREIRO, A Propriedade como Relação Jurídica Complexa, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 43-52.

<sup>&</sup>lt;sup>362</sup> JEAN-PAUL DECORPS, *La Propriété – Rapport de Synthèse...*, cit., pp. 13-4.

Assim, poderia, por exemplo, o proprietário ou possuidor de prédio vizinho exigir do credor-fiduciário que tome medidas para evitar a ruína de prédio que lhe foi dado em garantia, quando o imóvel garantidor impuser risco à vizinhança<sup>363</sup>?

Na esfera ambiental, também é comum que seja atribuída ao proprietário responsabilidade solidária pela prevenção, identificação e remediação de danos ambientais, ainda que não detenha a posse do imóvel<sup>364</sup>. Referida previsão encontra-se, por exemplo, no art. 13 da lei nº 13.577, de 8 de julho de 2009, do Estado de São Paulo<sup>365</sup>.

Ao analisarmos a responsabilidade do proprietário pela reparação dos danos ambientais<sup>366</sup>, identificamos diversos fatores que baseiam a responsabilização, como o abuso de direito, a responsabilidade objetiva, a determinação jurídica do nexo causal e a responsabilidade por omissão, que poderia ser equiparada a um dever de vigilância do proprietário, ainda que não possuidor direto.

Como regra geral, entendemos que a responsabilidade do proprietário não dependeria necessariamente da posse direta, podendo alcançar, por exemplo, o locador. Além disso, diferentemente das obrigações de caráter *propter rem*, não nos parece, a princípio, que o credor estaria protegido pela existência do patrimônio de afetação, uma vez que a responsabilidade civil decorre do nexo causal entre o dano e o agente, ainda que esteja relacionada à coisa de sua propriedade. No entanto, em vista da limitada propriedade detida pelo credor fiduciário, indagamos se seria possível responsabilizá-lo tal qual o proprietário pleno.

Nesse sentido, é importante ressaltar que qualquer credor poderia vir a ser responsabilizado, na esfera ambiental, apenas em virtude da relação creditícia, se fosse

<sup>364</sup> A jurisprudência tem classificado o dever do proprietário de reparar danos ambientais pré-existentes com uma obrigação *propter rem*, havendo, no entanto, profundo debate doutrinário quanto à classificação desse dever. Tom Brandão (*Contribuição ao estudo das obrigações propter rem e institutos correlatos*, São Paulo, FDUSP, 2009, dissertação de mestrado orientada pela prof. Teresa Ancona Lopez) entende que não se trata de obrigação *propter rem*, mas um dever de garantia do proprietário ao meio ambiente saudável.

Sobre o tema, ver Patricia F. I. Lemos, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário - Análise do nexo causal*, 1ª. ed., São Paulo, RT, 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>363</sup> CARLOS A. DABUS MALUF, A propriedade no Código Civil de 2002: principais limitações e renúncia in MÁRIO L. DELGADO, JONES F. ALVES (org.), Novo Código Civil: Questões Controvertidas vol. 7 - Direito das Coisas, 1º ed., São Paulo, Método, 2008, pp. 84-7.

<sup>365 &</sup>quot;Artigo 13 - São considerados responsáveis legais e solidários pela prevenção, identificação e remediação de uma área contaminada: I - o causador da contaminação e seus sucessores; II - o proprietário da área; III - o superficiário; IV - o detentor da posse efetiva; V - quem dela se beneficiar direta ou indiretamente. Parágrafo único - Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica quando sua personalidade for obstáculo para a identificação e a remediação da área contaminada."
366 Sobre o tema, ver PATRÍCIA F. I. LEMOS, Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário -

caracterizado no conceito legal de poluidor, já amplificado pela legislação respectiva. Há julgados recentes que optaram pela responsabilização de instituições financeiras em função da concessão de financiamentos para atividades causadoras de danos ambientais, relacionam-se com a teoria do risco-proveito, em vista do lucro auferido pelo financiador, ao mesmo tempo em que consideram a concessão do financiamento como um elemento que contribui com o risco da atividade empresarial do financiado.

Esse cenário naturalmente poderia afetar qualquer financiador, ainda que desprovido de garantia. No entanto, o problema que propomos é se, mesmo afastada a participação do credor fiduciário na atividade poluidora, este poderia ser responsabilizado objetivamente em vista de seu direito de propriedade.

É natural considerar que o possuidor indireto, ou seja, o proprietário desapossado de bem seu, dificilmente poderia causar um dano ambiental mediante conduta ativa. No entanto, já atribuímos anteriormente a esse proprietário um dever de vigilância, em vista do qual poderia ser responsabilizado pelo dano causado por terceiro e, ainda, o dever de agir ativamente para minimizar os efeitos do dano causado. Além disso, no caso do Estado de São Paulo, a responsabilidade decorre diretamente da Lei nº 13.577/09, que considerou o proprietário solidariamente responsável com o detentor da posse efetiva pela prevenção, identificação e remediação do dano. A referida lei estadual não excetua de responsabilidade qualquer forma de propriedade limitada.

Entendemos que não é possível descartar completamente as características especiais da propriedade fiduciária como propriedade limitada. Isso porque, enquanto o credor detém uma propriedade temporária, afetada à finalidade específica de garantia, o devedor possui não apenas a posse direta, mas direito aquisitivo de caráter real, com expectativa de receber propriedade ilimitada e perpétua sobre o imóvel. Esse cenário levaria à conclusão que, embora o credor seja o proprietário de direito do imóvel utilizado como garantia, o devedor-fiduciário nunca deixou de ser proprietário de fato, concepção que se aproxima àquela de *trust*, conforme já mencionado.

Por outro lado, é impossível afirmar que a propriedade transferida ao credor seja totalmente esvaziada, comparando-se a alienação fiduciária à hipoteca. O credor hipotecário possui apenas direito real sobre coisa alheia e, conforme o art. 1.475 do Código Civil<sup>367</sup>, não lhe é lícito vedar a alienação ou oneração subsequente do imóvel pelo devedor.

<sup>&</sup>lt;sup>367</sup> Art. 1.475. É nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado.

Por sua vez, o credor fiduciário não concorre em qualquer hipótese com outros credores do devedor, em virtude da própria natureza da garantia, o que, a nosso ver, causa um relevante prejuízo social, ao diminuir excessivamente a capacidade de endividamento do devedor e a qualidade do crédito detido por todos os demais credores, gerando um prejuízo sistêmico.

Esse caráter exclusivo do credor fiduciário tem origem unicamente no direito de propriedade. Quanto aos efeitos, essa é a diferença mais evidente entre a alienação fiduciária, baseada na propriedade, e a garantia hipotecária, que consiste em direito real típico sobre o imóvel do devedor.

Ainda que a alienação fiduciária não tenha escopo de aquisição, resumindo-se à finalidade de garantia, é inegável que os efeitos decorrentes da propriedade são fator determinante para a escolha desse instituto pelo credor, em detrimento da garantia hipotecária. Naturalmente, a escolha pela garantia fiduciária, mais gravosa ao devedor, decorre, compreensivelmente, do desejo voluntário do credor em receber garantia mais eficaz e privilegiada.

A gravidade do problema é evidenciada em artigo de autoria de ANDRÉ C. NOGUEIRA<sup>368</sup>, que tenta afastar completamente a responsabilidade do credor-fiduciário, sob o argumento de que qualquer responsabilidade oriunda da posição de credor afastaria a característica de garantia presente na alienação fiduciária. Para tanto, o autor cita diversos exemplos de julgados que afastaram a responsabilidade do credor fiduciário com relação a bens móveis dados em garantia.

Essa posição, no entanto, nos parece pouco defensável no caso de imóveis. Ainda que a intenção do credor seja de utilizar a propriedade apenas como garantia, a função socioambiental da propriedade é elemento de ordem pública, positivado como

da propriedade fiduciária impusesse ao credor todas as obrigações normalmente ligadas à propriedade, a própria finalidade de garantia da propriedade fiduciária seria colocada em risco, tornando absolutamente inútil o instituto, porquanto, salvo em casos muito raros, nenhum credor em sã consciência aceitaria em garantia algo que, ao invés de lhe servir de segurança, pudesse lhe causar perdas enormes e incalculáveis. Esta característica é de fato tão ligada à razão de ser de qualquer garantia que se lhe fosse suprimida lhe retiraria a própria essência e de garantia já não se poderia falar. Assim, os tributos incidentes sobre a propriedade, as multas eventualmente decorrentes da utilização irregular do bem e outras responsabilidades administrativas e civis não são, como não poderiam ser, atribuídas ao fiduciário (...) No que se refere à responsabilidade civil, a suposta responsabilidade do fiduciário que pretensamente poderia decorrer de sua propriedade fiduciária mostra-se algo tão distante do bom-senso que praticamente não é trazida à discussão. Realmente, parece ofender as bases éticas de nosso sistema jurídico qualquer interpretação que venha a imputar a um credor, pelo simples e exclusivo fato de deter um direito real de garantia sobre o bem, possa, por exemplo, vir a responder por danos causados por doenças transmitidas por animais entregues em alienação fiduciária"

Propriedade fiduciária em garantia: o sistema dicotômico..., cit., p. 56: "É importante frisar esta limitação das obrigações que são transferidas ao proprietário fiduciário. Com efeito, se a transferência

norma constitucional, e a responsabilidade do proprietário pela reparação dos danos ambientais também decorre da Lei. Não há, com relação a móveis, e em especial no caso de veículos, disposição legal correlata, que responsabilize o proprietário pelo dano causado por terceiro.

Por outro lado, afirmar que a responsabilidade deve ser afastada para não inutilizar determinada garantia, sem que para tanto haja qualquer fundamento legal, nos parece um argumento predominantemente de conveniência.

É importante ressaltar que não se cogita responsabilizar o credor fiduciário em substituição ao poluidor ou ao devedor, que detém a posse do imóvel. Sob qualquer visão do tema, a responsabilidade em último caso será do poluidor, ainda que por meio da via regressiva. No entanto, nos parece razoável a posição de que credor fiduciário deve garantir o cumprimento da função socioambiental do imóvel cuja propriedade lhe seja transmitida, ainda que a título de garantia.

Tal posição exigiria do credor atuação mais diligente, seja no momento da contratação da garantia, mediante análise de danos ambientais pré-existentes, quanto durante o seu curso, obrigando o devedor a utilizar o imóvel de forma compatível com a sua função socioambiental. Essa obrigação, aliás, não necessitaria constar expressamente do contrato de garantia, pois decorre de lei.

No caso de seu descumprimento, nos parece igualmente lógico que a garantia seja considerada inadimplida. Isso porque qualquer contrato em que se preveja a posse de imóvel por pessoa diferente do proprietário tem como elemento intrínseco e indissociável a conservação do imóvel pelo possuidor. O mesmo ocorre nos contratos de garantia, de modo geral, sob pena de vencimento antecipado<sup>369</sup>.

A questão é evidentemente controversa e ainda não teve solução pela jurisprudência. Vislumbramos na responsabilidade civil um dos maiores limitadores à utilização da propriedade como garantia, especialmente se tratando da propriedade sobre imóvel. Garantia e propriedade, no caso, são elementos indissociáveis, de modo que afastar completamente a responsabilidade do credor fiduciário nos parece dificilmente justificável.

Por outro lado, é necessário que a responsabilização não implique apenas na atribuição de prejuízos àquele que possua maior capacidade de pagamento. O cenário legislativo atual contribui para a responsabilização solidária do credor, que poderia,

<sup>&</sup>lt;sup>369</sup> Cf. art. 1.425, CC: "A dívida considera-se vencida: I - se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfalcar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir";

efetivamente, tornar os credores fiduciários sujeito passivo preferencial para arcar com os danos decorrentes do imóvel. Nesse sentido, nos parece necessário, em eventual reforma legislativa, estabelecer os deveres atribuídos ao credor-fiduciário e as condições para que, subsidiariamente, seja considerado garante do devedor.

#### 3.2.3. Necessidade do georreferenciamento de imóvel rural

O Georreferenciamento foi estabelecido pela Lei nº 10.267/2001, que alterou a Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). Trata-se de sistema de memorial descritivo, assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional fixada pelo INCRA, nos termos dos §§3º e 4º do art. 176 da Lei nº 6.015/73<sup>370</sup>.

Não há qualquer disposição legal que estabeleça a exigência e o momento em que o deve ser exigido o georreferenciamento no caso de alienação fiduciária de imóvel rural. Não obstante, a transmissão da propriedade fiduciária se dá com seu registro na correspondente matrícula do imóvel dado em garantia, de forma que, aplicando-se a regra geral, o georreferenciamento poderia ser considerado requisito para a constituição de alienação fiduciária sobre imóvel rural.

Quanto aos contratos de alienação fiduciária registrados antes da vigência da Lei nº 10.267/2001, cujo término ocorra no período da sua vigência, o georreferenciamento que não foi feito à época do registro da alienação fiduciária – e, portanto, da transmissão da propriedade resolúvel – não deveria ser exigido no momento da execução da garantia, com a consolidação da propriedade e extinção da respectiva condição resolutiva. Entretanto, está claro, nessa hipótese, que o arrematante do imóvel alienado

<sup>&</sup>lt;sup>370</sup> "§ 30 Nos casos de desmembramento, parcelamento ou remembramento de imóveis rurais, a identificação prevista na alínea a do item 3 do inciso II do § 10 será obtida a partir de memorial descritivo, assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais."

<sup>&</sup>quot;§ 40 A identificação de que trata o § 30 tornar-se-á obrigatória para efetivação de registro, em qualquer situação de transferência de imóvel rural, nos prazos fixados por ato do Poder Executivo."

fiduciariamente deverá realizar o georreferenciamento do imóvel para possibilitar o registro da carta de arrematação na matrícula<sup>371</sup>.

#### 3.2.4. Alienação de imóvel rural para credor estrangeiro

A Lei nº 5.709, de 7.10.1971, regulamentada pelo Decreto nº 74.965, de 26.11.1974, regula a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no país ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil.

Nos termos do art. 9°, § único<sup>372</sup>, da referida lei, apenas as empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil poderão adquirir imóveis rurais situados no país. Importante frisar que a previsão legal trata de pessoa jurídica constituída sob lei estrangeira com filial no Brasil, devidamente autorizada a operar dessa forma, caso raríssimo. Por sua vez, o art. 1°, § 1°373, da mesma lei, equiparou à sociedade estrangeira, para efeitos das restrições impostas, as pessoas jurídicas brasileiras da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior. Esta é sociedade constituída sob leis brasileiras, de controle estrangeiro, denominada *subsidiária*, em oposição à situação anterior, anômala, denominada *filial*. Subsidiária e filial de sociedades estrangeiras estão, entretanto, sujeitas ao mesmo regime de restrições constante da aludida lei.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, entendeu-se primeiramente que as subsidiárias brasileiras não estariam mais sujeitas à restrição legal, conforme pareceres<sup>374</sup> da Advocacia Geral da União (AGU) que consideraram que o dispositivo do art. 1°, § 1°, da Lei n° 5.709/1971 não teria sido recepcionado pela Constituição

"Art. 9°. (...) Parágrafo único. Tratando-se de pessoa jurídica estrangeira, constará da escritura a transcrição do ato que concedeu autorização para a aquisição da área rural, bem como dos documentos comprobatórios de sua constituição e de licença para seu funcionamento no Brasil."

-

<sup>&</sup>lt;sup>371</sup> Naturalmente, o mesmo deverá ocorrer com o arrematante de imóvel hipotecado, na hipótese deste não ter sido georreferenciado. A constituição da hipoteca, no entanto, não enseja necessidade de georreferenciamento, pois não implica transmissão de propriedade.

<sup>372</sup> "Art. 9°. (...) Parágrafo único. Tratando-se de pessoa jurídica estrangeira, constará da escritura a

<sup>&</sup>lt;sup>373</sup> "Art. 1º - O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei. § 1º - Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior."

<sup>&</sup>lt;sup>374</sup> Parecer de 14/12/95, publicado no DOU de 18/12/95.

Federal de 1988. Sabe-se que a AGU não tem competência para exercer controle concentrado de constitucionalidade, que cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal. No entanto, os referidos pareceres, sancionados pelo Presidente da República, têm o poder de vincular a interpretação da administração federal, incluindo o INCRA, órgão responsável por analisar e conceder autorizações para a aquisição de imóveis rurais por filiais e subsidiárias de empresas estrangeiras. Dessa forma, o INCRA passou a não mais analisar os casos referentes à pretensão de aquisição de imóveis rurais por subsidiárias de empresas estrangeiras, que puderam adquirir livremente imóveis rurais no Brasil<sup>375</sup>. Esse entendimento, na prática, tornou de certa forma inócua a legislação restritiva, pois bastaria ao estrangeiro constituir uma sociedade brasileira, qualquer que fosse sua participação, para poder adquirir imóveis rurais no Brasil.

O assunto, no entanto, volta a ter relevância, na medida em que a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou, em decisão de 13.7.2010, que os Tabelionatos de Notas e os Registros de Imóveis passassem a observar integralmente as regras e os procedimentos disciplinados na Lei nº 5.709/1971, sob pena de responsabilidade. Seguindo a mesma orientação, a AGU emitiu novo parecer, publicado no Diário Oficial da União de 23.8.2010 (Parecer nº 01/08), acerca do tema da aquisição de imóveis rurais por sociedades brasileiras controladas por estrangeiros. O novo parecer altera o entendimento anteriormente pacificado, reconhecendo a recepção do §1°, artigo 1° da Lei 5.709/71 pela Constituição Federal, de forma a equiparar a sociedade brasileira cuja maioria do capital esteja nas mãos de estrangeiros a sociedades estrangeiras.

As limitações constantes da Lei nº 5.709/1971 incluem (i) a necessidade de prévia autorização do INCRA e do Congresso Nacional, conforme a extensão de terras que se pretenda adquirir, e (ii) a vinculação da aquisição ao desenvolvimento de projetos pecuários, industriais, ou de colonização relacionados aos objetivos estatutários

Nesse sentido, decisão do Conselho Superior de Magistratura de São Paulo uniformizou a jurisprudência cartorária paulista, possibilitando o registro das aquisições de imóveis rurais por subsidiárias de empresas estrangeiras: EMENTA: Registro de Imóveis - Dúvida - Pretensão de registrar a aquisição de três imóveis rurais arrematados por empresa brasileira de cujo capital social participa majoritariamente pessoa jurídica estrangeira - Recusa do título fundada na disposição legal contida no artigo 1°, §1° da Lei Federal 5.709/71 e no Decreto Federal 74.965/74, que a regulamentou - Decisão administrativa do Ministério da Agricultura. Abastecimento e Reforma Agrária, entendendo que a autorização legal é dispensável em tais casos, ante o advento da Emenda Constitucional número 06, que suprimiu o artigo 171 da Constituição - Exigência que não deve prevalecer, se o órgão que deveria expedir a autorização entende ser ela desnecessária - Recurso provido - Registro autorizado. (Processo 039838-0/4 - SP, Rel. Des. Márcio Martins Bonilha, Corregedor Geral de Justiça, julg. 15 de dezembro de 1997, D.O.E. 17.02.1998).

do adquirente, conforme o art. 5° da Lei n° 5.709/1971<sup>376</sup>. Além disso, a lei previu outras restrições, como limites para concentração de estrangeiros em um mesmo município.

Diversas são as limitações legais à aquisição de propriedade de imóvel rural por estrangeiro. Tais limitações, no entanto, não abrangem a possibilidade de que estrangeiros detenham outros direitos reais (que não a propriedade) relativos a imóveis rurais, como a constituição de garantia hipotecária.

O já mencionado art. 647 do Código de Processo Civil prevê quatro formas de expropriação de bens do devedor, na hipótese de execução por quantia certa contra devedor solvente. Além da alienação do imóvel hipotecado em hasta pública, é facultado ao credor hipotecário, independentemente da ordem, requerer no processo de execução a venda por iniciativa particular, a adjudicação do imóvel para si, pelo seu valor de avaliação, ou o usufruto do imóvel.

Assim, embora a Lei nº 5.709/1971 não estabeleça qualquer restrição à constituição de hipoteca sobre imóveis rurais cujo credor seja estrangeiro, a adjudicação do imóvel pelo credor, no curso de processo de execução da dívida garantida por hipoteca, contraria o disposto na Lei nº 5.709/1971, uma vez que consistiria em aquisição do imóvel por estrangeiro sem o cumprimento das formalidades prévias necessárias.

Portanto, embora não haja restrição para a constituição de hipoteca sobre imóvel rural em favor de credor estrangeiro, a faculdade do credor estrangeiro de adjudicar o imóvel estará automaticamente prejudicada, por ser incompatível com a Lei nº 5.709/1971, restando ao credor utilizar as demais formas de expropriação de bens do devedor para satisfazer seu crédito.

Diferente é o caso da alienação fiduciária de imóvel, por consistir, em sua natureza, transferência temporária da propriedade resolúvel sobre o imóvel, que passa a compor o patrimônio do credor, e daí reside precisamente o maior problema. Não há dúvidas de que, ao determinar restrições para a aquisição de imóvel rural por estrangeiro, a intenção do legislador não foi de obstar a constituição ou a execução de garantias reais. No entanto, em vista de sua natureza jurídica, a alienação fiduciária de

<sup>&</sup>lt;sup>376</sup> "Art. 5° - As pessoas jurídicas estrangeiras referidas no art. 1° desta Lei só poderão adquirir imóveis rurais destinados à implantação de projetos agrícolas, pecuários, industriais, ou de colonização, vinculados aos seus objetivos estatutários."

imóvel a credor estrangeiro tornou-se sujeita às restrições decorrentes da legislação própria, acima mencionadas.

Seria necessário, em cada caso, requerer prévia autorização ao INCRA ou ao Congresso Nacional, conforme a extensão de terras, para a constituição da garantia fiduciária. Além disso, uma vez que a utilização da terra como garantia não se enquadra nas finalidades permitidas pelo art. 5º da Lei nº 5.709/1971 para a aquisição de imóvel rural por estrangeiro, a obtenção da autorização necessária para a constituição de alienação fiduciária de imóvel rural, nos termos da referida lei, seria provavelmente inviável.

Sendo as restrições aplicáveis não apenas aos estrangeiros, mas também às sociedades brasileiras por eles controladas, nota-se que a impossibilidade de receber alienação fiduciária de imóvel rural em garantia, assim como a dificuldade em adjudicar o imóvel hipoteca, alcança todas as instituições financeiras internacionais que operam no Brasil, que respondem por parte considerável do crédito rural.

Esse aspecto, para o qual são insuficientes tanto a regulamentação da alienação fiduciária de imóveis, quanto aquela aplicável à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros, merece sem dúvidas uma reforma legislativa, que permita a convivência entre as restrições aplicáveis à aquisição de terras e a possibilidade de outorga de garantias reais sobre imóveis rurais.

#### 3.2.5. Falência ou recuperação judicial do devedor

Na hipótese de recuperação judicial, a situação do credor fiduciário se sujeita ao art. 49, §3 da Lei nº 11.101/05<sup>377</sup>. Se o devedor propuser plano de recuperação judicial, o crédito fiduciário não será incluído no plano de recuperação e o credor não terá direito a voto na assembleia geral de credores, equiparando-se ao promitente vendedor de

suspensão a que se refere o § 40 do art. 60 desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do

devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial."

<sup>377 &</sup>quot;§ 30 Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de

imóvel. A garantia não poderá ser executada no período de suspensão determinado no art. 6°, § 4°, da mesma lei.

É necessário ressalvar que quando a execução da alienação fiduciária implicar a perda da posse do principal estabelecimento empresarial pelo devedor em recuperação, é possível que a seja obstada pelo juízo da recuperação, em vista dos princípios da preservação da empresa e da recuperação viável, conforme abordado pelo STJ no CC 110392 / SP<sup>378</sup>.

Não há menção ao crédito fiduciário na Lei nº 11.101/05 para a hipótese de falência. É certo que os credores com garantia fiduciária não estão sujeitos ao mesmo tratamento dedicado aos credores com garantia real<sup>379</sup>. No caso de credores hipotecários e pignoratícios, o bem gravado pertence à massa falida, restando aos credores participar do concurso para satisfazer os seus créditos, conforme ordem de preferência estabelecida na legislação falimentar. No caso dos credores fiduciários, a garantia é constituída sobre imóvel próprio, que não mais pertence ao devedor (e, por sucessão, à massa) desde o registro da alienação fiduciária, não estando, portanto, sujeita aos demais créditos da massa<sup>380</sup>. Essa característica que, como exporemos, torna o crédito garantido por alienação fiduciária teoricamente imune à insolvência do devedor e ao concurso de credores, é um fator preponderante para a tendência, não apenas brasileira, como de diversos países de tradição romano-germânica, de adotar formas próprias de garantias pautadas na transferência de propriedade ou, ainda, de permitir a sua utilização de formas impróprias<sup>381, 382</sup>.

O art. 32 da Lei nº 9.514/97<sup>383</sup> assegura ao credor fiduciário o direito de requerer a restituição do imóvel, no caso de insolvência do devedor fiduciante. Importante lembrar que a posse do imóvel pelo devedor é requisito essencial do contrato de

<sup>&</sup>lt;sup>378</sup> 2ª Seção, Rel. Min. Raul Araújo, j. 24.11.2010, DJe 22.03.2011

<sup>&</sup>lt;sup>379</sup> Como visto anteriormente, os credores com garantia real participam do concurso de credores, em segundo grau de prioridade, e têm seus créditos satisfeitos até o limite do valor do bem gravado.

<sup>&</sup>lt;sup>380</sup> ARNOLDO WALD, *Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis...*, cit., pp. 264.

<sup>&</sup>lt;sup>381</sup> BENEDICT FOËX, Rapport Suisse – Les nouvelles fonctions de la propriété in La Propriété – Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Vietnamiennes, Tome LIII / 2003, Paris, Société de législation comparée, 2006, pp 464-5 : « Si le fiduciant tombe en faillite, la chose transférée aux fins de garantie ne tombe pas dans la masse des biens soumis à l'emprise de ses créanciers, puisque le fiduciaire en est propriétaire ».

J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit Commun des Sûretés Réelles...*, cit., pp 483-4.

<sup>&</sup>lt;sup>383</sup> "Art. 32. Na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente."

alienação fiduciária, nos termos do inciso V, do art. 24 da Lei nº 9.514/97<sup>384</sup>, devendo ser preservada enquanto o devedor estiver adimplente com suas obrigações. Assim, somente poderá ser facultado ao credor requerer a restituição da posse do imóvel, na hipótese de tornar-se o devedor inadimplente, e nesse caso o inadimplemento decorre diretamente da situação de insolvência.

A falência ou o concurso de credores sempre ensejarão vencimento antecipado das dívidas, conforme previsto no art. 333<sup>385</sup>, inciso I do CC, no art. 77 da Lei 11.101/05<sup>386</sup> e no art. 751<sup>387</sup> do CPC. A insolvência do devedor fiduciante é causa de vencimento da dívida garantida pela alienação fiduciária, ocorrendo a consolidação da propriedade em nome do credor, seguida da venda extrajudicial do imóvel. O produto da venda extrajudicial naturalmente não aproveita ao concurso de credores, devendo em primeiro lugar satisfazer o crédito do fiduciário, que dará quitação à dívida e entregará à massa o valor que eventualmente sobejar, nos termos do art. 27, §4° da Lei n° 9.514/97<sup>388, 389</sup>.

21

<sup>&</sup>lt;sup>384</sup> "Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá: (...) V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária."

<sup>&</sup>lt;sup>385</sup> "Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código: I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores; II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor; III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las. Parágrafo único. Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes."

<sup>&</sup>lt;sup>386</sup> "Art. 77. A decretação da falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros, e converte todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos desta Lei."

para todos os efeitos desta Lei."

387 "Art. 751. A declaração de insolvência do devedor produz: I - o vencimento antecipado das suas dívidas; II - a arrecadação de todos os seus bens suscetíveis de penhora, quer os adquiridos no curso do processo; III - a execução por concurso universal dos seus credores."

<sup>&</sup>lt;sup>388</sup> "§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil."

Adiante será discutida a validade da quitação recíproca estabelecida pela Lei nº. 9.514/97 na utilização da alienação fiduciária em garantia de contratos alheios ao SFI. A princípio, referido dispositivo deveria ficar restrito ao SFI, sendo que, nos demais casos, como manda a regra geral aplicável às garantias reais, o credor fiduciário tornar-se-ia quirografário do devedor pela quantia que eventualmente sobejasse o produto da venda do imóvel (nesse sentido o AgIn nº. 1246070- 0/5 – SP, adiante comentado). No entanto, permanece a dúvida sobre a aplicação do mesmo raciocínio no caso da falência, pois a regra do art. 83, II da Lei nº. 11.101/05 estabelece que sejam pagos os "créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado". Ponderamos que referido dispositivo não é aplicável ao credor fiduciário, no que tange à ordem de pagamento, em função de o imóvel objeto da garantia não mais pertencer à massa, em oposição ao que ocorre com o credor hipotecário. Por outro lado, parece ter sido a intenção da Lei nº. 11.101/05, em vista da posição privilegiada reservada aos credores reais, conferir à falida quitação sobre o valor excedente à garantia, de que referidos credores seriam quirografários. Assim, opinamos no sentido de que, operada a venda extrajudicial do imóvel pelo fiduciário, este deve conferir à massa quitação sobre

Alternativamente, existe na doutrina interpretação de que os créditos garantidos por alienação fiduciária seriam extraconcursais, excluídos do patrimônio da falência, devendo ser pagos pela massa antes de qualquer outro crédito. Não parece correta a interpretação, pois o rol dos créditos extraconcursais é taxativo, previsto no art. 84 da Lei nº. 11.101/05, não sendo relevante a natureza de sua garantia, mas sim a natureza do crédito.

Na realidade, são extraconcursais os créditos adquiridos contra a empresa, na constância da recuperação, ou contra massa falida, como aqueles decorrentes da sua administração, após a decretação de falência. Tais créditos são assim determinados por uma questão temporal, não guardando qualquer relação com o status jurídico do credor fiduciário. Nada impede que o crédito extraconcursal seja garantido por alienação fiduciária, no entanto, será extraconcursal apenas em decorrência da natureza do crédito, e não da natureza da garantia.

Os demais créditos garantidos por alienação fiduciária são concursais, em geral quirografários, com a particularidade de serem garantidos por bens alheios ao patrimônio da massa falida ou da empresa em recuperação. Trata-se do mesmo status jurídico, perante o concurso de credores, que os demais créditos quirografários garantidos por terceiros.

#### 3.3. A insuficiência do regime da Lei 9.514/97 para a aplicação geral da alienação fiduciária de imóvel

Como visto, o item 3.2 deste capítulo tratou de exemplificar situações em que a aplicação prática da alienação fiduciária, devido à sua natureza jurídica, conflita com normas pertinentes ao direito de propriedade e à sua transmissão no direito brasileiro. Este item tratará, por outro lado, de exemplificar situações em que a alienação fiduciária, como modalidade de garantia de aplicação geral, conflita com a própria regulamentação, constante na Lei nº. 9.514/97, concebida para regular o financiamento imobiliário habitacional. Dessa forma, ficará demonstrado que a criação e regulamentação da alienação fiduciária de bens imóveis através da Lei nº. 9.514/97,

a parcela daquela dívida que não houver sido satisfeita. Evidente que, havendo saldo positivo, este deverá ser devolvido à massa, nos termos da lei.

embora possa ser considerada adequada no contexto do Sistema de Financiamento Imobiliário, é insuficiente e inadequada para permitir a aplicação geral desse instituto.

A inadequação da alienação fiduciária de imóveis, conforme regulada pela Lei nº 9.514/1997, para a garantia de obrigações em geral, alheias ao SFI, tem sido objeto de decisões recentes do TJ-PR, ainda restritas à 17ª Câmara Cível, as quais têm vedado a utilização da alienação fiduciária de imóveis como garantia de dívidas externas ao SFI<sup>390</sup>:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. TERCEIRO GARANTIDOR DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. IMÓVEL DADO COMO GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EMPRÉSTIMO PESSOAL. (...). NÃO ATENDIMENTO AO OBJETIVO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PREVISTA PELA LEI 9.514/97. INEXISTÊNCIA DE AQUISIÇÃO DE IMÓVEL, OU DE REFORMA. (...). "Relevante notar que não se trata de aquisição de imóvel, nem de reforma, mas sim, de crédito pessoal, e que a instituição da alienação fiduciária de bens imóveis, disciplinada pela Lei 9.514/97, tem por objetivo fomentar o financiamento de bens imóveis (para sua aquisição, reforma ou edificação), para facilitar o acesso ao direito à moradia, constitucionalmente garantido (art. 6º da Constituição Federal). Todavia, no particular depreende-se que a finalidade da lei foi de fato desrespeitada, na medida em que foi constituída alienação fiduciária de bem imóvel para garantia de Cédula de Crédito Bancário Crédito Pessoal." (TJPR - AgInst 967614-8 - 17<sup>a</sup> CâmCív - Rel. Des. Stewalt Camargo Filho – DJ 16/04/2013).

Embora seja a nossa opinião, em acordo com o exposto nas referida decisões, que a Lei nº 9.514/97 teve por objetivo fomentar o financiamento de bens imóveis, e não a criação de uma garantia real para qualquer espécie de obrigação, sendo inadequada para esse fim, não há dúvida quanto à posterior opção legislativa de permitir e fomentar o uso amplo da alienação fiduciária de imóveis. Essa intenção é expressa nas sucessivas modificações do art. 22 da Lei nº 9.514/97, e também no permissivo do art. 51 da Lei nº 10.931/2004<sup>391</sup>.

As referidas decisões, evidentemente *contra legem*, não contêm qualquer argumento que justifique expressamente a não aplicação dos dispositivos legais que permitiram a utilização geral da alienação fiduciária. Por essa razão, entendemos que não solucionam o problema decorrente da aplicação generalizada da alienação fiduciária e, especialmente, da sua regulamentação insuficiente e inadequada, gerando insegurança

"Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, **as obrigações em geral também poderão** ser garantidas, inclusive por terceiros, (...) por alienação fiduciária de coisa imóvel."

TJPR - AgInst 805305-6 - 17ª CâmCív - Rel. Francisco Jorge - DJ 19/04/2012; TJPR - AgInst 879785-1 - 17ª CâmCív - Rel. Des. Lauri Caetano da Silva - DJ 16/04/2012; TJPR - AgInst 967614-8 - 17ª CâmCív - Rel. Des. Stewalt Camargo Filho - DJ 16/04/2013.

jurídica para a concessão de crédito, decorrente de decisões díspares emanadas dos diferentes tribunais, e mesmo no âmbito das diferentes câmaras do TJ-PR.

Não obstante, entendemos que a utilização da alienação fiduciária de imóveis para garantia de obrigações externas ao SFI, tendo como base a Lei nº 9.514/1997, representa, igualmente, profunda inadequação e insegurança jurídica. Neste subcapítulo analisaremos diversos aspectos que, em nossa opinião, demonstram a inadequação do regime da Lei nº 9.514/1997 e que deverão subsidiar necessária reforma das garantias reais imobiliárias, a qual discorremos no quarto e último capítulo deste trabalho.

Serão abordados a seguir, a título exemplificativo: (i) a vinculação pessoal do devedor e abrangência da quitação recíproca estabelecida no art. 27 da Lei nº. 9.514/97, a qual, compreensível sob a ótica do mutuário hipossuficiente do SFI, seria desastrosa se aplicada aos contratos empresariais; (ii) a possibilidade de se utilizar a alienação fiduciária para garantir dívidas futuras, condicionadas, ou de caráter não pecuniário; (iii) a posição da alienação fiduciária face ao bem de família legal (Lei nº. 8.009/91); e (iv) a possibilidade de cessão dos direitos inerentes ao fiduciante e ao fiduciário.

#### 3.3.1. Vinculação pessoal do devedor e quitação recíproca do art. 27 da Lei 9.514/97

A Lei nº. 9.514/97 previu no seu art. 27, §§4º a 6º<sup>392</sup> que, na hipótese de o produto da venda extrajudicial do imóvel objeto da garantia fiduciária não bastar para a satisfação do crédito, o credor deverá dar ao devedor quitação pelo seu total. Trata-se de norma protecionista, cujo embasamento reside no contexto de criação da Lei nº. 9.514/97.

Referida lei, que criou o Sistema de Financiamento Imobiliário, teve por objeto o fomento da aquisição de imóvel residencial próprio. A alienação fiduciária é empregada, no âmbito do SFI, nos financiamentos concedidos por instituições

<sup>&</sup>lt;sup>392</sup> "§ 4° Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2° e 3°, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil. § 5° Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2°, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4°. § 6° Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio."

financeiras que continuam vigentes após a entrega do imóvel: a instituição financeira paga ao incorporador o valor do imóvel, cuja propriedade é transmitida ao adquirente / mutuário; este, no mesmo ato, constitui alienação fiduciária em favor do financiador, em garantia do empréstimo.

Já ponderamos que a alienação fiduciária é uma garantia gravosa ao devedor, pois (i) a sua constituição é lesiva à capacidade de endividamento do fiduciante e (ii) a execução extrajudicial dificulta o direito ao contraditório. Diferente é a situação em que o financiamento concedido destina-se à aquisição da própria coisa dada em garantia. Nessa hipótese, é possível defender que a garantia prestada é adequada à dívida<sup>393</sup>.

É da natureza das garantias reais que o devedor fique obrigado pessoalmente, na hipótese de o produto da garantia não bastar para a satisfação integral do crédito, por se tratar de consequência mais elementar do princípio da *acessoriedade*<sup>394</sup>. Entretanto, merece ser examinado o caso específico em que o financiamento concedido destina-se à aquisição do próprio bem dado em garantia – não necessariamente imóvel. Nesses casos, o adquirente normalmente paga uma parcela do preço a título de sinal, financiando o restante. Caso o financiamento seja inadimplido, o credor deverá executar a garantia pelo montante não pago e respectivos encargos, descontados os juros remuneratórios vincendos.

Salvo ocorrência de depreciação do bem após a sua aquisição pelo devedor / mutuário, o produto da garantia sempre será superior ao saldo devido, pois o montante financiado (i) já é originalmente menor que o preço de aquisição (pois exclui o sinal pago) e (ii) diminui, em relação ao valor do bem, à medida que as parcelas do financiamento são quitadas. Assim, a única hipótese em que o produto da garantia não será suficiente para satisfazer o crédito é o caso de depreciação do bem, cujo risco a lei optou, corretamente, por transferir para as instituições financeiras, no caso do financiamento imobiliário. Dessa forma, o mutuário do SFI que perder o seu imóvel de moradia por incapacidade de pagamento não continuará obrigado pessoalmente por qualquer valor que não seja eventualmente satisfeito pela perda do imóvel.

<sup>&</sup>lt;sup>393</sup> Importante lembrar que sistemática semelhante de execução extrajudicial é aplicada aos créditos hipotecários contratados no âmbito do SFH, na forma do Decreto-lei nº 70/66, alterado pela Lei nº 8.004/90.

<sup>&</sup>lt;sup>394</sup> A extinção do crédito extingue a garantia, mas a extinção da garantia não extingue o crédito.

Ocorre que, como já dito, as Leis nº 9.514/97 e 10.931/047 autorizaram<sup>395</sup> o emprego da alienação fiduciária de bem imóvel por qualquer pessoa física ou jurídica, não sendo a garantia privativa das entidades que operam no SFI. Entretanto, deixou de prever qualquer exceção à sistemática da quitação recíproca constante do seu art. 27, na hipótese de utilização da garantia para obrigações não habitacionais. Soluções alternativas, como o fracionamento da dívida, com a aposição da garantia fiduciária a apenas uma parcela, têm sido utilizadas como forma de evitar a quitação preceituada pelo referida artigo<sup>396</sup>. No entanto, tais soluções não são inteiramente satisfatórias, na medida em que enfraquecem a garantia e contrariam o princípio de que a esta deve responder pela totalidade da dívida.

Nesse sentido, cabe repetir que é da natureza das garantias reais a obrigação pessoal do devedor; este permanece obrigado pessoalmente, ainda que a garantia seja prestada por terceiro, pois a garantia é sempre acessória à obrigação, e esta é sempre contratada entre devedor e credor. Se aceita a aplicação ampla da quitação recíproca, a alienação fiduciária em garantia constituiria verdadeira aberração jurídica, incompatível com a natureza acessória das garantias reais, que não comporta exceção no direito brasileiro. Mesmo nos sistemas em que a acessoriedade não é absoluta, permite-se exceções para constituição de garantia abstrata, jamais para que o esgotamento da garantia cause a extinção do crédito quirografário superveniente, o que constituiu verdadeiro enriquecimento sem causa.

Resta claro que a situação exposta decorre de falha do legislador que, autorizando o uso indiscriminado da alienação fiduciária em garantia, não lhe proporcionou regulamentação adequada, deixando o instituto sujeito às regras do financiamento imobiliário, lei específica, quando deveria seguir os princípios gerais aplicáveis às garantias reais. Nesse sentido, começam a surgir manifestações na jurisprudência recente:

> "Cuida-se de ação objetivando a declaração de invalidade de cláusula inserida em contrato de alienação fiduciária, por violação ao art. 24 da Lei

<sup>&</sup>lt;sup>395</sup> Cf. art. 22 da Lei nº 9.514/97: "Art. 22. (...) § 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: 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>396</sup> ARNOLDO WALD, *Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis...*, cit., pp. 270-1.

9.514/97 (...). No escólio de Maria Helena Diniz (...) "basta que se estime o máximo do capital mutuado que ficará garantido; se ultrapassado com o fornecimento de novas somas, o mutuante será mero credor quirografário pelo que exceder." (...) Perfeitamente possível assim, a instituição de garantia real sobre negócios futuros. Anote-se, entretanto, que o valor cobrado é superior R\$ 10.290.040,72 [sic] e a previsão contratual garante R\$ 8.600.000,00, apenas esse valor possui garantia; o excedente é crédito quirografário." 397

Não houve, no acórdão mencionado, análise aprofundada da aplicabilidade do art. 27 da Lei nº. 9.514/97 aos contratos celebrados fora do SFI, que, apesar de não ser imprescindível, seria desejável para justificar sua não aplicação no caso. Apesar do caráter sintético do acórdão, o voto proferido pelo Relator, acolhido por unanimidade, trouxe solução inovadora à questão, equiparando a alienação fiduciária, que ali garantia crédito cambial, às demais garantias reais.

A solução – a nosso ver, de forma correta – aplicou ao caso os princípios pertinentes aos direitos reais de garantia, em prejuízo da lei específica que regulamenta a alienação fiduciária de bens imóveis, cujo espírito está atrelado ao financiamento imobiliário habitacional.

A sistemática de quitação recíproca estabelecida pela Lei nº 9.514/1997 não pode ser admitida, em nossa opinião, como norma cogente em relação aos contratos garantidos por alienação fiduciária que não estejam sujeitos à regulamentação dos sistemas de financiamento habitacional. Portanto, deve ser lícito às partes, a qualquer momento, afastar a incidência da quitação da dívida decorrente da extinção da garantia, conforme prevista no art. 27, §§4º a 6º, a Lei nº 9.514/1997, por consistir esse dispositivo legal evidente afronta ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, e incompatível com o regime geral das garantias reais. Não obstante, entendemos que o assunto merece o devido tratamento legal através de norma adequada, como forma de suprir a evidente insegurança jurídica.

<sup>&</sup>lt;sup>397</sup> AgIn n°. 1246070- 0/5 – SP, 28ª Câmara, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, julg. 16.06.2009

#### 3.3.2. Garantia de dívida futura e de dívida incerta

Questão similar à da quitação recíproca ocorre com a especialização da dívida requerida na alienação fiduciária. As condições necessárias para constituição da alienação fiduciária de bem imóvel estão determinadas no art. 24 da Lei nº 9.514/97, cujo inciso I estabelece apenas "o valor do principal da dívida". Trata-se de dispositivo diferente do contido no art. 1.424, I, do Código Civil, que requer seja declarado "o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo", nos contratos de hipoteca, penhor e anticrese.

Novamente nota-se uma limitação na legislação aplicável à alienação fiduciária, que não previu a utilização de valor máximo ou estimado nos contados garantidos por esse instituto, tendo em vista que essa previsão não era necessária para garantia dos contratos habitacionais, objeto da Lei nº. 9.514/97. Essa questão foi recentemente tratada pela jurisprudência no AgIn nº. 1246070- 0/5, já citado, que aplicou à alienação fiduciária de bens imóveis os princípios regedores das garantias reais. Nesse sentido, reproduzimos outro trecho do referido acórdão, que complementa a citação já apresentada:

"A cláusula 2.1 do contrato prevê que a alienação fiduciária serviria para a cobertura de "quaisquer" operações de crédito que, eventualmente, já tiveram ou que vierem a ser firmadas entre as ora contratantes, até o limite da dívida garantida. Não vejo nessa cláusula violação ao art. 24 da Lei 9.514/97, porque expressamente fixado o limite da dívida garantida." (dá continuidade ao acórdão o trecho reproduzido no item anterior)

As garantias reais, por sua natureza, devem ser aptas a garantir qualquer espécie de obrigação, inclusive as não pecuniárias, como obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, sendo este também o caso da alienação fiduciária<sup>398</sup>. Não sendo possível determinar o valor exato objeto da garantia, o título deverá conter o seu valor máximo, para fins de especialização, bem como para conferir segurança a terceiros,

-

<sup>&</sup>lt;sup>398</sup> Cf. art. 51 da Lei nº. 10.931/04: "Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel."

como eventuais adquirentes do bem gravado. Será necessário, no momento da execução da garantia, apurar o quantum debeatur, que no caso de garantia hipotecária teve o ônus da prova atribuído ao credor<sup>399</sup>. Por vezes a estimação do crédito no título constitutivo da garantia tem como resultado torná-lo ilíquido, o que pode dificultar a execução, podendo culminar na necessidade de ação monitória.

Resta a dúvida, portanto, de como devem ser admitidos a prova e o cálculo do valor da dívida futura ou incerta garantida por alienação fiduciária, tendo em vista que sua execução ocorre por meio extrajudicial, em que não há contraditório. No último capítulo, ao discutirmos as modalidades de execução extrajudicial, entendemos que a melhor solução para a possível iliquidez do título seria atribuir ao Oficial de Registro de Imóveis um juízo de admissibilidade, em que pudessem prosperar pela via extrajudicial apenas as realizações de garantia cujo saldo devedor seja facilmente determinável. Admitir-se-ia, nesse aspecto, a revisão dos critérios de admissibilidade mediante procedimento de dúvida registral, endereçada ao Tribunal de Justiça, que garantiria a tutela jurisdicional, ainda que por via administrativa. Tal solução, entretanto, pressupõe que as execuções não admitidas de início na via extrajudicial possam prosperar judicialmente, ao menos para apuração do quantum devedor, carecendo previsão legal do rito processual adequado nessa hipótese.

#### 3.3.3. Alienação fiduciária do imóvel bem de família

A previsão do bem de família já existia no Código Civil de 1916, que permitia "aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio". A matéria foi mantida no Código Civil de 2002, que trata do bem de família nos arts. 1711<sup>400</sup> e ss.

<sup>399</sup> Cf. art. 1.487 do CC: "Art. 1.487. A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido. § 10 Nos casos deste artigo, a execução da hipoteca dependerá de prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição, ou ao montante da dívida. § 20 Havendo divergência entre o credor e o devedor, caberá àquele fazer prova de seu crédito. Reconhecido este, o devedor responderá, inclusive,

por perdas e danos, em razão da superveniente desvalorização do imóvel."

400 "Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do

O bem de família disposto no Código Civil é chamado voluntário, pois depende da manifestação expressa de vontade expressa do instituidor, mediante escritura pública ou testamento, não podendo ultrapassar um terço do patrimônio líquido existente à época. Outro é o caso do bem família legal, que independe de manifestação de vontade, sendo garantia fornecida pelo Estado à subsistência da família ou entidade familiar.

Lei nº 8.009/90 instituiu o chamado bem de família legal, assegurando a impenhorabilidade do imóvel próprio do casal ou entidade familiar, nos termos do seu art. 1°401. A impenhorabilidade não se restringe ao imóvel, compreendendo construções, plantações, benfeitorias e todos os equipamentos ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. Coube ao art. 3º estabelecer as exceções à impenhorabilidade legal, conforme abaixo:

> "Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

> I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

> II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III -- pelo credor de pensão alimentícia;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)"

imóvel residencial estabelecida em lei especial. Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada."

401 "Art. 1°. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais e filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados."

Conforme mencionado, o bem de família é uma garantia fornecida pelo Estado à subsistência familiar, ao direito de moradia. Dessa forma, a lei estabeleceu poucas exceções à sua impenhorabilidade, devendo a referida lista ser considerada taxativa. Dentre as exceções previstas pela lei, nota-se em dois casos a finalidade social, os incisos I e III do art. 3º, que protegeram os trabalhadores domésticos e os créditos alimentícios. Em sentido semelhante, o inciso VI excluiu da proteção legal as condenações criminais com efeitos pecuniários, privilegiando o interesse coletivo.

A lei também optou, corretamente, por privilegiar as obrigações relacionadas com o próprio imóvel. Foram excluídas da proteção legal as obrigações reais, nos termos do inciso IV, e as obrigações decorrentes da aquisição ou amelhoramento do imóvel, inciso II. Restam, assim, a fiança concedida em contrato de locação, inciso VII, e a garantia hipotecária, inciso V, desde que constituída pelo casal ou entidade familiar.

Com relação à fiança locatícia, o assunto tem gerado grande polêmica, principalmente após o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que conferiu à moradia status de direito fundamental. O tema da fiança locatícia não é pertinente ao presente trabalho, mas a questão relativa ao status constitucional do direito à moradia aproveitará à análise da admissibilidade de constituição de garantia real, incluindo alienação fiduciária, sobre imóvel bem de família.

No caso da hipoteca, a exceção está expressamente prevista no art. 3º da Lei nº 8.009/90, razão pela qual o imóvel está sujeito à penhora decorrente do inadimplemento da obrigação garantida por hipoteca constituída pelo casal ou entidade familiar <sup>402</sup>.

Aliás, respeitada a opinião divergente presente na doutrina e na jurisprudência, a impenhorabilidade, seja ela decorrente de lei ou disposição testamentária, tem o poder de proteger o imóvel da penhora requerida por credores quirografários, mas não deve constituir óbice para a constituição (e execução) de garantia real prestada voluntariamente pelo proprietário. A impenhorabilidade não pressupõe inalienabilidade – o contrário, no entanto, é verdadeiro<sup>403</sup>.

Assim, o proprietário de imóvel impenhorável, mas alienável, pode dispor livremente do seu bem, vendê-lo, constituir direitos reais de uso, fruição e de

<sup>403</sup> Cf. art. 1911 do CC: "Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade"

<sup>&</sup>lt;sup>402</sup> "EXECUÇÃO - DÍVIDA GARANTIDA POR HIPOTECA DE IMÓVEL - PENHORA - BEM DE FAMÍLIA - LEI 8.009/90 - RECURSO INACOLHIDO. I - São penhoráveis, por expressa ressalva contida no art. 3, V, da Lei 8.009/90, os imóveis dados em garantia hipotecária da dívida exeqüenda. II - Recurso não conhecido" (STJ - 3ª T., Resp. n. 79.215/RS, rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, j. 26.6.96, in "DJU" 30.9.96, p. 36.641).

garantia<sup>404</sup>, ou mesmo doá-lo. Não há lógica, portanto, na ideia de que não se possa sobre tal imóvel constituir garantia real, pois esta inclusive aproveita ao proprietário, conferindo-lhe capacidade de crédito.

No caso da impenhorabilidade decorrente do bem de família legal, entretanto, é por vezes considerada a finalidade da lei, de proteção ao direito de moradia. Nesse sentido, principalmente após o advento da EC nº26/00, alguns julgados têm restringido a validade da garantia hipotecária constituída sobre imóvel bem de família às obrigações assumidas pelos proprietários, afastando a possibilidade de utilizar o bem de família legal para garantir obrigações de terceiros 405,406. Relativizou-se o dispositivo legal, de acordo com a interpretação de princípios constitucionais. Apesar dessa interpretação, que nos parece equivocada, por fugir ao conceito de impenhorabilidade, não há que se falar em vedação à utilização do imóvel bem de família para prestação de garantia. O mesmo raciocínio deve ser, ainda, aplicado à alienação fiduciária de bens imóveis.

Sob o aspecto formal, a alienação fiduciária é forma de garantida baseada na transmissão de propriedade. A penhora é etapa preliminar da expropriação de bem do devedor, nos autos do processo de execução, sendo estranha ao instituto da alienação fiduciária, forma de garantia constituída sobre imóvel próprio. Assim, a impenhorabilidade não poderia, a princípio, ser oposta à venda extrajudicial do imóvel alienado fiduciariamente, uma vez que este não mais pertence ao devedor desde a constituição da garantia.

Há ainda quem defenda a possibilidade de realizar-se alienação fiduciária do imóvel bem de família através de analogia com o art. 3°, inciso VI, da Lei n°. 8.009/90, que permite a penhora do imóvel em razão de garantia hipotecária. Como exemplo, é possível citar acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgado em

<sup>405</sup> "I. Ainda que dado em garantia de empréstimo concedido a pessoa jurídica, é impenhorável o imóvel de sócio se ele constitui bem de família, porquanto a regra protetiva, de ordem pública, aliada à personalidade jurídica própria da empresa, não admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, situação diversa da hipoteca prevista na exceção consignada no inciso V, do art. 3°, da Lei n. 8.009/90." (REsp 302186 - RJ, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julg. 11/12/2001, DJ 21.02.2005 p. 182)

<sup>&</sup>lt;sup>404</sup> Nesse sentido, a lição de TITO FULGÊNCIO – *Direito Real de Hipoteca...*, cit., p. 12, nº 7.

<sup>&</sup>lt;sup>406</sup> "A exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3°, inciso V, da Lei n. 8.009/90, não se aplica à hipótese em que a hipoteca foi dada para garantia de empréstimo contraído pela empresa, da qual é sócio o titular do bem, onde reside sua família. II. Inexistência, na espécie, de situação em que a garantia hipotecária foi constituída em benefício da família, e, por isso mesmo, suscetível de penhora, nos termos do referenciado inciso V". (REsp 302.281 -RJ, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, Rel. p/ Acórdão Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julg. 04.09.2001, DJ 22.03.2004, p. 310)

27.02.2008<sup>407</sup>. Apesar de compartilharmos da opinião da possibilidade de alienar fiduciariamente o imóvel bem de família, parece menos correta a justificativa pautada na analogia, pois, embora sejam os dois institutos garantias reais, a natureza da alienação fiduciária não admite, já de início, penhora do imóvel para excussão da garantia.

Enseja dúvida, no entanto, a aplicação da referida analogia para concluir se haveria alguma espécie de restrição às dívidas passíveis de serem garantidas por alienação fiduciária do bem de família legal, a exemplo dos julgados que restringiram a garantia hipotecária de obrigações de terceiros. Nesse caso, é possível que futuros julgados venham a privilegiar o espírito protecionista da lei, aplicando à alienação fiduciária a mesma espécie de restrição já aplicada à hipoteca, em benefício do direito fundamental à moradia. Vale novamente repetir, quanto a essa interpretação, que seus efeitos não implicam impenhorabilidade, mas sim a inalienabilidade do bem pelo proprietário, algo que, não obstante a intenção protecionista do legislador, nos parece escapar à abrangência do instituto do bem de família.

#### 3.3.4. Cessão dos direitos do fiduciante e do fiduciário

O devedor fiduciante, após registrada a alienação fiduciária de imóvel em favor do credor, passa a ter sobre o imóvel um direito (re)aquisitivo, de caráter obrigacional e real, condicionado ao pagamento do valor da dívida garantida. Como já mencionamos, trata-se de situação muito semelhante ao direito conferido ao compromissário comprador após o registro do compromisso de venda e compra, que lhe confere direito

<sup>&</sup>quot;EMBARGOS À EXECUÇÃO - CONTRATO DE EMPRÉSTIMO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL - LEI 9.514/97 - BEM DE FAMÍLIA - LEI 8.009/90 - NOTAS PROMISSÓRIAS ASSINADAS PELO DEVEDOR - CONTRATO DE EMPRÉSTIMO - AMPARO - DEVIDA EXECUÇÃO DE TODAS AS PRESTAÇÕES - AUSÊNCIA DE EXCESSO - COOPERATIVA - EQUIPARAÇÃO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - JUROS REMUNERATÓRIOS - LEI DE USURA - INAPLICABILIDADE - EMENDA CONSTITUIÇÃO N. 40/93 - REVOGAÇÃO DO ART. 192, § 3° DA CF - AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO. Não é impenhorável bem de família dado em garantia em alienação fiduciária de bem imóvel, nos termos do artigo 3°, V, da Lei 8.009/90 e artigo 17 da Lei 9.514/97. Não há excesso de execução na cobrança de notas promissórias devidamente assinadas pelo devedor e amparadas por contrato de empréstimo com garantia de alienação fiduciária de bem imóvel, referentemente a todas as prestações, inclusive as vincendas. Apesar de as cooperativas não serem bancos, são a eles equiparadas, portanto, como não se aplica às instituições financeiras o Decreto n. 22.626/33, e, tendo ainda o art. 192, § 3°, da CF sido revogado pela Emenda Constitucional n. 40/03, deve prevalecer nos contratos bancários os juros remuneratórios livremente pactuados pelas partes, não havendo que se falar em excesso de execução a cobrança de tais juros." (Acórdão N° 1.0153.06.055779-7/001(1) – MG, julg. 27.02.2008)

real com eficácia *erga omnes*, sendo a aquisição definitiva da propriedade condicionada ao pagamento do preço. Adicionalmente, o devedor fiduciário possui um direito subsidiário, na hipótese de inadimplir a dívida, em que receberá do credor a quantia sobejante da venda do imóvel.

Dessa forma, parece não haver impedimento para que o direito aquisitivo do devedor fiduciante seja cedido ou dado em garantia de caução<sup>408</sup>. Caso seja inadimplida a dívida, o cessionário terá direito a receber do credor a quantia remanescente da excussão da garantia. O mesmo ocorrerá com o credor garantido pela caução. Ressaltese que esta não é uma hipótese absurda, pois o imóvel alienado em garantia pode ter valor consideravelmente superior ao valor da dívida, sendo este o mesmo princípio aplicado às hipotecas sucessivamente constituídas sobre o mesmo imóvel, em diferentes graus. Da mesma forma, entendeu o STJ não haver óbice para que o direito do devedor fiduciante seja objeto de penhora<sup>409</sup>.

Outra possibilidade a se cogitar, assim, seria a constituição de hipoteca ou de uma segunda alienação fiduciária sobre o imóvel em si. Nesse caso, trata-se de garantia sobre a propriedade plena, e não sobre o direito aquisitivo. Como regra geral, só pode dar em garantia aquele que pode alienar, de forma que não tem eficácia a garantia prestada pelo devedor fiduciante.

Como princípio, a propriedade superveniente torna eficaz a garantia real prestada por devedor que não era (ainda) dono no momento de assinatura do título<sup>410</sup>. O Código Civil preceitua a pós-eficacização da garantia em duas ocasiões: no art. 1.361<sup>411</sup>,

"PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONTRATO. DIREITOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 655, XI, DO CPC. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. "O bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora. Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato sejam constritos." (REsp 679821/DF, Rel. Min. Felix Fisher, Quinta Turma, unânime, DJ 17/12/2004 p. 594) 2. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 1171341 / DF, 4° Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 06.12.2011, DJe 14.12.2011).

<sup>&</sup>lt;sup>408</sup> REsp 47.047-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros; REsp 332369-SC, rel. Min. Eliana Calmon; TJ/SP - 27ª Câmara de Direito Privado. AI nº. 1207021-03. Des. Rel. Berenice Marcondes César. J. 14-01-2009.

<sup>&</sup>lt;sup>410</sup> O mesmo ocorre na Itália, conforme SANDRO MERZ e PAOLO SGUOTTI, *Manuale pratico dei privilegi, delle prelazioni e delle garanzie...*, cit., p. 270.

<sup>&</sup>lt;sup>411</sup> "Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

<sup>§ 10</sup> 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.

<sup>§ 20</sup> Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

relativo à alienação fiduciária de bem móvel infungível e no art. 1.420<sup>412</sup>, relativo a hipoteca, penhor e anticrese. A redação do parágrafo único do referido artigo 1.420 corrigiu antiga imprecisão contida no correspondente parágrafo único do artigo 756 do Código Civil de 1916, que utilizava o verbo "revalidar". A garantia prestada por quem não é dono não constitui negócio jurídico nulo, sendo simplesmente ineficaz.

A alienação fiduciária de bem imóvel não foi regulada pelo Código Civil e a Lei 9.514/97 é silente a esse respeito. Novamente, defendemos que a alienação fiduciária de bem imóvel, quando utilizada fora do contexto do SFI, deve receber o mesmo tratamento que os demais direitos reais de garantia, a exemplo de julgados que já comentamos.

Aceita essa possibilidade, é preciso examinar se haveria impedimento, à luz da legislação, para que o título constitutivo da garantia subsidiária fosse objeto de registro na matrícula do imóvel garante. Assim, recorremos novamente ao que preceitua o art. 1.420, §1º do Código Civil, onde claramente se estabelece que a propriedade superveniente torna eficaz a garantia desde o seu registro. Logo, o Código Civil parece admitir o registro da garantia, sujeita à aquisição superveniente da propriedade, em condição suspensiva. Essa opinião é manifestada por MELHIM N. CHALHUB E A. C. CAMARGO DANTZGER<sup>413</sup>:

> "Em segundo lugar, pode eventualmente ser admitida a alienação fiduciária de propriedade superveniente, como prevê o § 3º do art. 1.361, pelo qual "a propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária (...). Não se trata, nessa hipótese, de alienação em 2º grau, mas sim de uma nova alienação, que uma vez registrada no Registro de Imóveis, só passará a ter eficácia se, e quando, a propriedade fiduciária garantidora da primeira dívida do fiduciante for cancelada em razão do seu integral pagamento."

<sup>412</sup> "Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.

<sup>§ 30</sup> A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.".

<sup>§ 10</sup> A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono."

<sup>413</sup> Alienação Fiduciária de Bens Imóveis em segundo grau?, in BE IRIB nº 3731 - ANO IX - São Paulo,

<sup>24</sup> de Agosto de 2009 - ISSN 1677-4388.

Em suma, caso o valor do imóvel alienado comporte nova garantia, deve ser admitido o registro de hipoteca ou alienação fiduciária sobre a propriedade superveniente, sob condição suspensiva do cancelamento da alienação fiduciária préexistente, quando então a nova garantia passará a ter eficácia. Não há, nesse caso, afronta aos princípios da especialidade e da continuidade registral, uma vez que o outorgante da garantia estará previamente presente no registro, na qualidade de devedor fiduciante e de detentor de direito real à aquisição do Imóvel.

### 4. A HIPOTECA FACE À ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL – A NECESSÁRIA REFORMA DOS INSTITUTOS

### 4.1. Das Vantagens e Desvantagens da Hipoteca e da Alienação Fiduciária

Tendo analisado as garantias hipotecária e fiduciária imobiliária, em especial quanto à sua natureza jurídica e utilização como garantias de obrigações variadas, passamos a compara-las entre si e em vista do conceito de garantia ideal, concluindo, em seguida, com uma proposta de linhas gerais para reforma dos institutos.

Conforme ficou demonstrado desde o capítulo dedicado à análise histórica, não há qualquer modernidade, como à primeira vista poderia parecer, na natureza jurídica da alienação fiduciária, quanto ao direito atribuído ao credor, mediante a transferência de propriedade. Os méritos da legislação que regulamentou a legislação fiduciária encontram-se, na realidade, em aspectos acessórios: a espécie de direito real atribuída ao devedor, o patrimônio de afetação existente sobre a garantia, a simplificação de sua constituição e a eficácia de sua execução extrajudicial.

Não há dúvidas que, do ponto de vista da natureza das garantias, a hipoteca é instituto mais versátil e adequado para garantir diferentes espécies de obrigação. Tal contraste é mais nítido nos países da *Common Law*, que abandonaram mais recentemente as garantias pautadas na propriedade em favor da modalidade de direito real sobre bem do devedor (*lien* ou *legal charge*). Nesses países, esta modalidade representa evidente vantagem em relação ao uso da propriedade como garantia. Estando ambas sujeitas essencialmente às mesmas formas de constituição e execução, a hipoteca sobre bem do devedor diferencia-se pela maior versatilidade e adequação, permitindo, por exemplo, a multiplicidade de hipotecas sobre o mesmo bem. A ausência da igualdade de tratamento nos sistemas de tradição romano-germânica, em que as garantias pautadas na propriedade surgem com regulamentação diferente da hipoteca, é o que, em nossa opinião, tende a criar artificialmente vantagens às novas modalidades de propriedade-garantia.

Assim, no direito brasileiro, são evidentes as vantagens da alienação fiduciária quanto à simplificação de sua constituição e ao seu método de execução extrajudicial. Este, que consiste talvez na maior vantagem da alienação fiduciária frente à hipoteca, em nada se relaciona à natureza jurídica dos institutos, não obstante exista na doutrina corrente que considere a execução extrajudicial da alienação fiduciária mais aceitável frente ao princípio do devido processo legal, uma vez que incidiria sobre bem próprio do credor<sup>414</sup>. Até pela natureza limitada da propriedade atribuída ao credor fiduciário, entendemos que a titularidade formal do bem tem relevância marginal sobre o debate acerca da constitucionalidade de formas extrajudiciais de excussão de garantia, que discutiremos adiante. Nosso entendimento sobre o tema é que a alienação fiduciária comporta excussão extrajudicial, como regra geral, unicamente em função de uma opção legislativa, que reflete o momento histórico e a finalidade para a qual o instituto foi instituído e regulado, muito embora sua utilização tenha sido autorizada para garantir toda espécie de obrigações.

Por outro lado, há, sem dúvidas, um aspecto da alienação fiduciária de bem imóvel que, decorrente precisamente de sua natureza jurídica, pode ser considerado vantajoso na ótica do credor. Trata-se da imunidade à falência do devedor e ao concurso de credores, que confere ampla segurança e barateia o crédito, sendo bastante útil e adequada para garantia de determinadas espécies de obrigações, como o financiamento imobiliário habitacional. Essa vantagem, por um lado, tornou-se menos relevante com o advento da nova lei de falências<sup>415</sup>, que conferiu ao credor com garantia real posição mais privilegiada que aos créditos tributários, os quais costumam representar grande parte das dívidas da massa falida. Por outro lado, ao considerarmos que a alienação fiduciária pode ser contratada, facultativamente, por qualquer credor, o privilégio creditício aleatoriamente concedido a credores ordinários do devedor, mediante a utilização ilimitada dessa garantia, pode ser representar consequências danosas aos demais credores do devedor, como abordaremos adiante, no subcapítulo destinado à reforma dos institutos.

Finalmente, é possível atribuir à alienação fiduciária certas desvantagens decorrentes de seu tratamento legal, por vezes insuficiente e inadequado, que resulta nas diversas problemáticas apresentadas no capítulo anterior. Esses aspectos, que exigem uma reforma do instituto, têm restringido a utilização prática da alienação fiduciária. O

<sup>414</sup> ARNOLDO WALD, *Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis...*, cit., p. 266. <sup>415</sup> Lei nº 11.101/2005.

principal consiste na regra criada pelo art. 27, §§ 5° e 6°, da Lei n° 9.514/1997, que determina a exoneração do devedor pelo montante excedente da dívida, na hipótese de o produto da alienação do bem dado em garantia ser insuficiente para a quitação completa. Trata-se de regra anacrônica que, embora faça sentido nos contratos consumeristas do financiamento habitacional, é flagrantemente contrária aos princípios da acessoriedade das garantias e da vedação ao enriquecimento ilícito. Como regra, é a extinção da obrigação que extingue a garantia, mas a excussão da alienação fiduciária, contrato acessório, tem como resultado a extinção da obrigação principal.

# 4.2. Os institutos da Hipoteca e da Alienação Fiduciária face ao conceito da garantia ideal

Cumpre retomar, neste momento, o conceito de garantia ideal, definido por LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCQ<sup>416</sup>, para compará-lo à hipoteca e à alienação fiduciária de imóveis, em vista de sua natureza e de sua regulamentação no direito brasileiro. A garantia ideal, conforme o referido conceito, deve ter quatro qualidades:

- (i) Constituição simples e pouco onerosa, para não aumentar o custo do crédito;
- (ii) Ser adequada à dívida garantida nem em excesso, nem insuficiente –, a fim de evitar o abuso de garantias que desperdiça o crédito do devedor;
- (iii) Ser eficaz, ou seja, conferir ao credor a certeza de que será pago, na hipótese de o devedor inadimplir a obrigação garantida; e
- (iv) Comportar execução simples, a fim de evitar demoras e custos adicionais.

A constituição da hipoteca se diferencia da alienação fiduciária pela necessidade da escritura pública. Ambas as garantias, no entanto, necessitam do registro imobiliário. As garantias que requerem registro são, em qualquer hipótese, de constituição mais complexa e onerosa que aquelas que dispensam publicidade. Em matéria de direitos

-

<sup>416</sup> Les sûretés..., cit., p. 7.

reais, como se sabe, a publicidade é modernamente o princípio mais importante, por ser a base da proteção e vinculação de terceiros.

Nesse aspecto, as garantias pessoais serão sempre de constituição mais simples e menos onerosas, justamente pela desnecessidade de dar publicidade a terceiros. Por exemplo, a fiança pode ser dada por mera declaração de vontade, em instrumento particular, com vigência imediata. Dessa forma, sua constituição é imediata e sem custos.

O desafio das garantias reais é se aproximar das pessoais na facilidade de constituição. Assim, deve ser considerada a dispensa do ato notarial e a redução do tempo e dos custos associados ao registro. O registro eletrônico, por exemplo, pode representar uma redução no tempo necessário. Abordaremos no próximo item possíveis alterações na forma de constituição das garantias reais no direito brasileiro, a serem consideradas em uma possível reforma dos institutos. Em sua configuração atual, é certo que a constituição da alienação fiduciária, em função da dispensa do ato notarial, está mais próxima do conceito de garantia ideal do que o modelo exigido para a hipoteca.

O segundo aspecto se relaciona à adequação da garantia ao crédito, que não deve ser nem em excesso e nem insuficiente. É também um campo em que as garantias pessoais, sendo o devedor solvente, costumam se sobressair às reais, uma vez que incidem sobre a totalidade do patrimônio do devedor, sem nele causar qualquer constrição. O devedor pode outorgar quantas garantias pessoais seu patrimônio aparentar garantir.

A alienação fiduciária, por sua vez, pode ser colocada no extremo oposto. Tratase de garantia que, independentemente do tamanho da dívida, causará constrição específica sobre determinado bem, que ficará afetado por inteiro em benefício do credor, mediante a transferência da propriedade. A inelasticidade da alienação fiduciária tende a causar, quase sempre, a sua inadequação ao montante garantido. Exceto quando a garantia incidir sobre o próprio bem objeto de aquisição, dificilmente o devedor dará em garantia um bem que corresponda exatamente ao montante garantido<sup>417</sup>. Sempre

da propriedade retida (reserva de domínio) e da propriedade transferida, de acordo com DOMINIQUE LEGEAIS, Rapport Français in Les nouvelles fonctions de la propriété – Rapport Français, in La Propriété

-

<sup>&</sup>lt;sup>417</sup> Por essa razão, a maioria dos sistemas que não admitem tradicionalmente o uso da propriedade como garantia das obrigações permite a cláusula de reserva de propriedade instituída no ato de transferência de bens, para garantia do preço de aquisição, conforme afirma MAURO BUSSANI, *Rapport général – La propriété-sûreté...*, cit., pp 308-9. É possível, dessa forma, estabelecer uma dicotomia entre as garantias de propriedada retida (reserve de domínio) e de propriedada transferida de propriedada propried

será insuficiente ou, principalmente, em excesso, desperdiçando a capacidade de endividamento do credor e prejudicando os demais credores do devedor comum.

A hipoteca representa, como direito real sobre bem do devedor, forma muito mais adequada de garantia. O montante garantido pela hipoteca será sempre o montante da dívida, pois a hipoteca é modernamente garantia sobre o valor da coisa, e não sobre a coisa. Permitindo-se a multiplicidade de hipotecas sobre um mesmo bem, não é diminuída a capacidade de endividamento do devedor<sup>418</sup>. Por outro lado, é certo que a garantia hipotecária não será insuficiente, na medida em que o crédito garantido por hipoteca também conta com a garantia pessoal do devedor.

O terceiro aspecto consiste na eficácia da garantia, representada pela certeza do credor de que será pago. Este é o único aspecto em que a alienação fiduciária, em função de sua natureza, tende a se sobressair às demais garantias. O credor fiduciário tem a certeza de que será pago, uma vez que seu crédito, limitado ao valor do bem dado em garantia, não concorre com qualquer outro credor. O grau de incerteza quanto ao pagamento reside, portanto, apenas na qualidade e na liquidez do bem dado em garantia. Vislumbramos maior segurança apenas na fiança bancária e no seguro-garantia outorgados por instituição sólida, em que não há risco de iliquidez da garantia, e o risco de deterioração reside na solidez financeira de instituição garantidora. Essa qualidade da alienação fiduciária, no entanto, vem ao custo de seu enorme peso sobre o patrimônio do devedor.

A hipoteca, por sua vez, confere ao credor um razoável grau de certeza quanto ao pagamento. Está sujeita à deterioração e à eventual iliquidez do imóvel dado em garantia, mas também ao concurso de credores, em que credores mais privilegiados poderão se beneficiar do valor do imóvel dado em garantia. No cenário brasileiro atual, no entanto, entendemos que a existência de privilégios não representa, em todos os

- Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Vietnamiennes, Tome LIII / 2003, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 420 ss

<sup>&</sup>lt;sup>418</sup> EZEQUIEL MORAIS e DIOGO BERNARDINO (Constituição de garantia real no mútuo bancário: excesso e abuso do direito, in Mário L. Delgado, Jones F Alves (org.), Novo Código Civil: Questões Controvertidas vol. 7 - Direito das Coisas, 1º ed., São Paulo, Método, 2007, passim) afirmam haver excesso de garantia e, portanto, abuso de direito, na demanda de hipoteca para garantias de mútuo bancário de valor substancialmente inferior ao valor do imóvel. Esse problema, a nosso ver, somente subsistiria nas hipóteses de contratos bancários que, ao demandar a garantia hipotecária, contenham vedação indireta à nova oneração do imóvel pelo devedor, determinando nesse caso o vencimento antecipado da dívida. Essa forma de vedação indireta, permitida pela redação do art. 1.475 do Código Civil, tem como efeito, de fato, a inadequação (ou o excesso) da garantia, como dizemos da alienação fiduciária de imóveis, que desperdiça o crédito do devedor e pouco aproveita ao credor, que já gozava normalmente de garantia com maior prioridade.

casos, risco relevante ao credor hipotecário, este também gozando de posição relativamente privilegiada no eventual concurso de credores<sup>419</sup>.

O último aspecto consiste na simplicidade da execução. Exceto quanto às garantias profissionais imediatamente exigíveis, como a fiança bancária e o segurofiança, todas as garantias, reais e pessoais, exigem execução sobre o patrimônio do devedor ou garantidor. A forma da execução, entretanto, é determinante para que o credor possa ser ressarcido de forma eficiente.

Como já mencionado, a lentidão e a complexidade da execução hipotecária nos parece o maior problema que, atualmente, causa o seu desprestígio no direito brasileiro em outros sistemas de tradição romano-germânica<sup>420</sup>. A alienação fiduciária, com seu procedimento extrajudicial, representa naturalmente a opção mais favorável aos credores, permitindo inclusive o barateamento do crédito. O aspecto processual é aspecto importantíssimo de eventual reforma dos institutos e será analisado em maior profundidade no último item deste capítulo.

#### 4.3. A necessidade de reforma dos institutos da hipoteca e da alienação fiduciária

A alienação fiduciária de imóvel, como ocorre com o restante do grupo que se denominou *supergarantias*<sup>421</sup>, goza, em função de sua natureza jurídica, de diversos privilégios sobre os devedores e, sobretudo, sobre o restante do rol de credores, ao separar parte do patrimônio do devedor para o pagamento exclusivo de determinada dívida. Essa posição privilegiada está na essência do advento de garantias pautadas na propriedade, não apenas no Brasil, mas em outros países de tradição romano-germânica, e depende exclusivamente da natureza jurídica da garantia, que é de transferência da propriedade.

Ou seja, garantias pautadas na transferência da propriedade (alienação fiduciária, cessão fiduciária, etc).

<sup>&</sup>lt;sup>419</sup> Não obstante, a relação entre privilégios legais e garantias reais é sempre apontada como uma razão para o declínio destas. Este é um aspecto sensível no direito francês, em que a pluralidade de privilégios representa motivo determinante para a utilização de garantias pautadas na propriedade (*sûretés-refuge*), em detrimento da hipoteca, conforme MICHEL GRIMALDI, *Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Français...*, cit., p. 167.

PHILIPPE SIMLER, Rapport de Synthèse, in Les garanties de financement..., 1998, cit., p. 60.

Como se demonstrou no capítulo histórico, a legislação hipotecária brasileira, primeiramente através da importação da legislação lusitana, e posteriormente através das diversas modificações legislativas no período do Império e da Primeira República, foi reiteradamente pautada pelo debate acerca da posição do credor hipotecário frente aos institutos dos privilégios creditórios e do concurso de credores, por vezes privilegiando a hipoteca, e por outras submetendo o credor hipotecário a outros mais privilegiados, sempre em busca de um equilíbrio que se considerasse benéfico à sociedade. Os privilégios e a hipoteca existiram, lado a lado, no Código Civil de 1916 e na legislação do século XX, permanecendo no Código Civil de 2002. O debate que envolve os privilégios, o concurso e a hipoteca, ao menos nos últimos duzentos anos, nunca deixou de ser atual.

No sistema da antiga lei de falências<sup>422</sup>, os credores com garantias reais gozavam da primeira posição na ordem de pagamento pela massa, mas os créditos trabalhistas e tributários ficavam fora do concurso, de modo que o privilégio teórico detido pelos credores com garantias reais poderia, na prática, tornar-se inócuo. Na sistemática da nova lei falimentar<sup>423</sup>, os créditos trabalhistas e tributários passaram a integrar o concurso. Os créditos trabalhistas permaneceram em primeiro lugar de preferência, mas foram limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor e aos créditos decorrentes de acidente de trabalho; já os tributários passaram à terceira posição na ordem de preferência, atrás, portanto, dos créditos com garantia real. Ambas as modificações foram benéficas aos credores com garantias reais, que passaram a ter efetivamente posição privilegiada no concurso de credores.

Na ordem de preferências estipulada pelo legislador de 2005, percebe-se claramente a tentativa de, mais uma vez, obter equilíbrio entre os créditos que são usualmente considerados de natureza social, como os trabalhistas e tributários, e aqueles necessários para o fomento à economia, que em geral recebem garantia real. A nosso ver, o equilíbrio pretendido foi alcançado de maneira satisfatória na atual legislação falimentar, pois garante o pagamento em primeiro lugar aos empregados, em especial àqueles que não tinham ingerência na gestão da empresa (tendo em vista o limite estabelecido), provavelmente os mais prejudicados pela insolvência. Em seguida, prestigia-se a eficácia das garantias reais, que permanece, entretanto, sujeita aos demais privilégios constantes da legislação civil.

<sup>&</sup>lt;sup>422</sup> Decreto-Lei nº 7.661/1945.

<sup>&</sup>lt;sup>423</sup> Lei nº 11.101/2005.

Embora muitas vezes justificados na correção de desequilíbrios, entendemos que a criação de institutos privilegiados, de modo geral, tem como consequência a criação ou acentuação de outros desequilíbrios do sistema jurídico<sup>424</sup>. Para corrigir uma injustiça, cria-se outra, como exemplificação da metáfora de que o cobertor curto não pode tudo cobrir, sendo ora puxado para um lado, ora para o outro. Por essa razão, a instituição de privilégios deve ser feita com cautela, limitada e pontualmente, de forma a reduzir os seus efeitos colaterais sistêmicos.

No entanto, há que se atentar ao fato de que, com a liberação da alienação fiduciária para garantir toda sorte de obrigações, criou-se a figura onipresente do credor *superprivilegiado*. Em qualquer cenário, ainda que haja concurso de credores e privilégios, o detentor de alienação fiduciária terá ordem de pagamento ainda mais privilegiada, pois as *supergarantias* têm como característica a imunidade ao concurso de credores. É necessário se perguntar, portanto, qual a justificativa, do ponto de vista sistêmico, para a existência de credor com posição tão privilegiada.

A diferença elementar entre o credor hipotecário e o fiduciário é a natureza jurídica do direito de cada um. O credor fiduciário é proprietário, enquanto o hipotecário possui apenas garantia real. Ocorre que, se não há qualquer exigência adicional para que o credor receba a garantia fiduciária, não nos parece existir razão para que o credor aceitasse receber a garantia hipotecária. Na prática, o que tem ocorrido é que, ao vislumbrar uma garantia real para seu crédito, o credor sempre optará pela garantia fiduciária, exceto nas hipóteses discutidas nos subcapítulos 3.2 e 3.3 deste trabalho, em que, pela natureza jurídica ou por deficiência da regulamentação aplicável, tal garantia lhe represente algum risco.

Trata-se de evidente anomalia de consequências nefastas. A instituição de privilégios creditórios, qualquer que seja o caso, tem sempre como objetivo proteger um grupo específico de credores, seja em função de relação pessoal com o devedor ou da natureza de seu crédito. Assim são todos os privilégios descritos nos arts. 964 e 965 do Código Civil, assim como aqueles descritos pela literatura estrangeira 425,426. Da mesma forma, o privilégio instituído pela criação da alienação fiduciária de imóveis como garantia preferencial dos financiamentos imobiliários sujeitos ao Sistema de

-

<sup>&</sup>lt;sup>424</sup> PHILIPPE SIMLER, Rapport de Synthèse – Les Garanties de Financement, ...cit., p. 31 : « en matière de crédit tout excès génère d'autres excès ».

<sup>&</sup>lt;sup>425</sup> MARIA ISABEL H. M. CAMPOS, *Da Hipoteca...*, cit., p. 26; JOSÉ O. ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais...*, cit., p. 554.

<sup>&</sup>lt;sup>426</sup> SANDRO MERZ e PAOLO SGUOTTI, *Manuale pratico dei privilegi, delle prelazioni e delle garanzie...*, cit., pp. 8-9.

Financiamento Imobiliário (SFI) teve como finalidade prestigiar um grupo específico de credores, pela natureza de fomento habitacional e econômico do crédito concedido.

A liberação contida no art. 22 da Lei nº 9.514/1997, sucessivamente modificado, bem como no art. 51 da Lei nº 10.931/2004, configura uma afronta a esse princípio, permitindo a utilização da alienação fiduciária de imóvel para garantir qualquer obrigação, independentemente de quem sejam o devedor e o credor. É anomalia, portanto, porque o privilégio dela decorrente não se justifica nem na pessoa do credor e nem na natureza do crédito, mas simplesmente na natureza jurídica da garantia. Tem consequências nefastas, pois, privilegiando injustificada e aleatoriamente um determinado credor, prejudica o devedor, pela diminuição artificial de sua capacidade de endividamento, e todos os demais credores, ainda que também privilegiados, pela diminuição forçada de suas garantias sobre o patrimônio do devedor<sup>427</sup>.

A manutenção dessa liberdade de escolha concedida ao credor só se perpetua, nos parece, pela incerteza de pagamento decorrente da lentidão da execução hipotecária. Tornando-se a hipoteca uma garantia ineficaz, a sua função econômica foi gradativamente absorvida pela alienação fiduciária. Lamentavelmente, fosse a alienação fiduciária restringida ou suprimida do ordenamento, as consequências ao crédito e à economia, na ausência de garantia real imobiliária eficaz e de aplicação ampla a todas as obrigações, seriam ainda mais tormentosas do que tolerar que essa função seja hoje suprida inadequadamente pela garantia fiduciária <sup>428</sup>.

Por essa razão, entendemos ser necessário reformar, de forma conjunta, os institutos da hipoteca e da alienação fiduciária de imóvel, de modo que ambos passem a conviver de forma harmoniosa, e cada qual passe a cumprir sua função adequada. Como já mencionamos, não é nossa opinião que a alienação fiduciária de imóvel seja um

<sup>&</sup>lt;sup>427</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY; S. CABRILLAC, P. PETEL, *Droit des sûretés...*, cit., pp. 393-4: « (...) si la garantie offerte para la propriété assure avec une brutale efficacité la priorité absolue au créancier, elle peut présenter bien des inconvénients, tant pour ce dernier que pour le débiteur, ainsi que pour l'organisation du crédit et le régime des biens en général (poids des risques et des charges, aléas de la perte d'identité, épuisement du crédit du débiteur, entrave à la circulation et à l'utilisation des biens, etc.) »

etc) ».

428 A esse respeito, temos as já comentadas decisões do TJ-PR, que têm restringido a utilização da alienação fiduciária ao âmbito do SFI, por uma interpretação finalística da Lei nº 9.514/1997. Embora concordemos que a referida lei teve como finalidade o fomento ao financiamento habitacional e que uso da alienação fiduciária de imóveis para além desse sistema tem sérias consequências, não nos parece acertada a restrição imposta judicialmente, pois simplesmente ignora os dispositivos legais que permitiram a aplicação ampla do instituto, com a criação de problemas ainda maiores: a insegurança jurídica dos atuais credores fiduciários e, como mencionado, a ausência de alternativa eficaz no âmbito das garantias reais imobiliárias.

instituto por si nocivo, ou que devesse ser extinta do ordenamento <sup>429</sup>. Pelo contrário, entendemos que seu emprego para garantia de financiamento da aquisição do próprio bem é justificável e adequado, assim como poderá ser adequado em outras espécies de dívidas que, em função de sua natureza, justifiquem o privilégio creditício decorrente dessa modalidade de garantia. Não discordamos, aliás, da afirmativa que o advento da Lei nº 9.514/1997, e em especial da alienação fiduciária de imóveis, concedeu capacidade aquisitiva a uma determinada classe de compradores que estava marginalizada do mercado consumidor de imóveis próprios, por meio do barateamento do crédito <sup>430</sup>, razão pela qual defendemos a utilização do instituto para essa espécie de financiamentos. Passamos a expor, em linhas gerais e de forma não exaustiva, aspectos que, a nosso ver, deveriam necessariamente basear a reforma proposta.

## 4.4. Aspectos relevantes para a reforma da hipoteca e da alienação fiduciária de imóveis.

Como abordado anteriormente, os problemas atuais da hipoteca residem em dois dos quatro aspectos que consideramos para estabelecer o conceito de garantia ideal: sua constituição e sua execução, ambas complexas e onerosas, sendo a última excessivamente lenta.

Trata-se de dois campos que não têm relação com a natureza jurídica da garantia, mas sim com a sua regulamentação, decorrente de opção legislativa. Em ambas as matérias, a Lei nº 9.514/97 introduziu, para a alienação fiduciária, sistemática distinta, com a qual temos atualmente cerca de quinze anos de experiência, sendo já possível avaliar sua conveniência.

Quanto à sua constituição, a principal diferença entre as duas formas de garantia reside na necessidade de a hipoteca ser constituída por escritura pública, que é dispensada para a alienação fiduciária. Vimos que a escritura pública é essencial para a constituição de garantias sobre imóveis em muitos países de sistema romano-

<sup>&</sup>lt;sup>429</sup> Essa solução foi adotada pelo Código Civil dos Países Baixos, conforme JACQUES AUGER, *Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Général...*, cit., p. 44, e foi cogitada na reforma do Código Civil do Québec, de acordo com DENISE PRATTE, *Problèmes actuels des sûretés réelles – Rapport Québécois*, in *Les garanties de financement - Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Portugaises*, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 111.

<sup>&</sup>lt;sup>430</sup> Arnoldo Wald, *Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis...*, cit., pp. 258-9.

germânico, havendo, no entanto, uma tendência quanto à sua dispensa, como ocorre na Alemanha, na Itália, no Chile e em Portugal. Também na *Common Law* há necessidade de *Deed*, figura que se assemelhava ao ato notarial, mas que, tanto no Reino Unido quanto nos EUA, foi reduzida a instrumento particular dotado de formalidades adicionais, como a presença de testemunhas.

Ao observar as razões e a sistemática da Lei nº 9.514/1997, nos parece que a dispensa da escritura pública, no caso da alienação fiduciária, se deu pela expectativa do legislador de que, nos contratos garantidos por alienação fiduciária, figuraria como credor instituição financeira. A atribuição de fé pública para instituições financeiras, em nosso entendimento, é duplamente conveniente: em primeiro lugar, por serem instituições fortemente reguladas e fiscalizadas pelo Poder Público; em segundo lugar, por estarem normalmente aptas a indenizar os devedores que sejam prejudicados por suas falhas, talvez conferindo maior segurança, em termos de liquidez financeira, do que os tabelionatos de notas que, é importante ressaltar, também devem indenizar as partes pelos prejuízos causados por seus erros ou omissões.

A fé pública não é privativa de oficiais de registro e tabelionatos de notas. Há casos em que as instituições financeiras gozam de fé pública, o que também ocorre com advogados, por exemplo, ao declararem verdadeiros os documentos anexados, em cópia simples, às suas petições. Assim, nos parece adequado que eventual reforma excetuasse a necessidade de escritura pública para a hipoteca em que figurasse, a qualquer título, instituição financeira, que passaria a ser responsável pela adequação do título, independentemente da natureza da dívida.

A atuação das instituições financeiras poderia, ainda, se dar na qualidade de agente de garantias, em benefício de credor não participante do contrato hipotecário, tal como ocorre na emissão de debêntures. Poderia a lei prever os limites para essa atuação nas demais espécies de dívidas e regulamentar a obrigação fiduciária das instituições financeiras quando agirem como agente de garantias, incluindo, por exemplo, a criação de patrimônio de afetação sobre os recursos provenientes da execução hipotecária realizada pela instituição financeira em benefício de terceiro. Trata-se de importante aspecto para a circulação dos créditos garantidos por hipoteca e alienação fiduciária de imóvel, que tem como exemplo o sistema do *trust* em garantia e a recente introdução da figura de *agent des sûretés* no direito francês.

Quanto às demais hipotecas, a desnecessidade da escritura pública nos parece menos evidente, mas sua conveniência merece ser debatida. Como mencionamos no capítulo específico, a escritura pública não é atualmente necessária para a constituição de garantia hipotecária em diversos países, podendo ser realizada por instrumento particular, desde que revestido de certas formalidades, como a presença de testemunhas e o reconhecimento de firmas, exemplo que poderia ser seguido pelo Brasil<sup>431</sup>.

Outro aspecto relevante da constituição da hipoteca são os emolumentos devidos. A despeito dos limites máximos estabelecidos para cobrança de emolumentos nos Estados, que por si só podem representar valores já elevados, um problema especial e corrente se aplica às hipotecas que têm por objeto mais de um imóvel, ainda que para garantia do mesmo negócio jurídico. Nesses casos, as regras estaduais para cálculo de emolumentos normalmente consideram, tanto para fins de lavratura da escritura pública quanto para seu registro, o número de hipotecas equivalente ao número de imóveis. Assim, enquanto, o limite de emolumentos devidos no Estado de São Paulo para lavratura e registro de uma hipoteca sobre um único imóvel será de, respectivamente, R\$ 31.725,05 e R\$ 113.204,07<sup>432</sup>, a mesma hipoteca, recaindo sobre dez imóveis, teria como limite de custas dez vezes esses valores, ainda que a garantia seja para apenas um negócio jurídico.

Iniciativa louvável se deu com a introdução do art. 237-A<sup>433</sup> na lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), pela lei relativa ao Programa Minha Casa Minha Vida<sup>434</sup>, que determinou que os atos decorrentes de parcelamento do solo e incorporação imobiliária sejam considerados ato único para fins de cobrança de emolumentos de averbação e registro, solucionando, por exemplo, a excessiva onerosidade de hipotecas concedidas pelo empreendedor, anteriormente cobradas como atos de registro distintos

\_

<sup>434</sup> Leis nº 11.977/2009 e 12.424/2011.

<sup>&</sup>lt;sup>431</sup> JACQUES AUGER, Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Général..., cit., pp. 53-4 : « Si ce principe [formalisme] a été longtemps accepté sans contestation, il est aujourd'hui remis en question dans certaines de ses manifestations. (...). En effet, la règle de la solennité de l'hypothèque conventionnelle, du moins au regard du créancier, constitue un obstacle sur le chemin de la simplicité, d'où sa remise en question ».

<sup>&</sup>lt;sup>432</sup> Lei Estadual nº 11.331, de 26 de dezembro de 2002, e Decreto Estadual nº 47.589, de 17 de janeiro de 2003. Valores vigentes em 13.07.2013.

<sup>&</sup>lt;sup>433</sup> Art. 237-A. Após o registro do parcelamento do solo ou da incorporação imobiliária, até a emissão da carta de habite-se, as averbações e registros relativos à pessoa do incorporador ou referentes a direitos reais de garantias, cessões ou demais negócios jurídicos que envolvam o empreendimento serão realizados na matrícula de origem do imóvel e em cada uma das matrículas das unidades autônomas eventualmente abertas. § 10 Para efeito de cobrança de custas e emolumentos, as averbações e os registros relativos ao mesmo ato jurídico ou negócio jurídico e realizados com base no caput serão considerados como ato de registro único, não importando a quantidade de unidades autônomas envolvidas ou de atos intermediários existentes. § 2 Nos registros decorrentes de processo de parcelamento do solo ou de incorporação imobiliária, o registrador deverá observar o prazo máximo de 15 (quinze) dias para o fornecimento do número do registro ao interessado ou a indicação das pendências a serem satisfeitas para sua efetivação. § 3º O registro da instituição de condomínio ou da especificação do empreendimento constituirá ato único para fins de cobrança de custas e emolumentos.

para cada lote ou unidade condominial resultante do empreendimento. Tal sistemática de cobrança, no entanto, deveria ser utilizada não apenas para os empreendimentos imobiliários, mas para todos os emolumentos devidos para lavratura de escrituras, registros e averbações relacionados a garantias, sempre que a multiplicidade de imóveis, pertencentes à mesma circunscrição, representasse garantia de um único negócio jurídico.

É importante mencionar que a regulamentação geral da hipoteca cedular, para qualquer espécie de crédito, também ocasionaria desoneração e simplificação na circulação dos créditos garantidos por hipoteca, evitando a necessidade de sucessiva modificação do registro imobiliário. Essa solução é fortemente defendida por FRANCESCA FIORENTINI<sup>435</sup>, baseando-se no modelo alemão de cédula hipotecária, como parte de eventual reforma e unificação dos sistemas hipotecário dos países que integram a União Europeia<sup>436</sup>.

As modificações acima descritas representariam simplificação e desoneração importantes da constituição de garantia hipotecária, permitindo maior utilização da garantia e barateamento do crédito.

O segundo aspecto que merece reforma consiste no procedimento de realização da garantia. A execução é, atualmente, o maior óbice à utilização da hipoteca, justificando a preferência pela alienação fiduciária, em vista da complexidade e demora do processo de execução, contrastada com o célere procedimento extrajudicial criado para a realização da garantia fiduciária. A despeito das sucessivas reformas no processo de execução, dificilmente a execução judicial da hipoteca poderia ser realizada em tempo equivalente ao da alienação fiduciária, ainda que para tanto fossem criadas, por exemplo, varas especializadas para a execução hipotecária.

Nesse sentido, a experiência dos Oficiais de Registro de Imóveis na utilização do procedimento previsto na Lei nº 9.514/1997 poderia embasar a criação de mecanismo extrajudicial de realização da hipoteca, a ser realizado pelos Oficiais de Registro de Imóveis, o qual, contrariamente àquele previsto no Decreto-Lei nº70/1966, poderia ser aplicado, facultativamente, a todas as hipotecas. Em vista das polêmicas relativas à execução extrajudicial de garantias, dedicamos a seguir um subcapítulo exclusivo a esse tema.

-

<sup>&</sup>lt;sup>435</sup> Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari..., cit., p. 183.

<sup>&</sup>lt;sup>436</sup> MAURO BUSSANI, L'intégration juridique et le droit des sûretés réelles, in Vers l'harmonisation en Europe du droit de l'insolvabilité et des garanties, vol. 24/2 de la Revue de la Faculté Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 111-36.

A reforma no instituto da hipoteca, nos moldes descritos neste capítulo, permitiria ao legislador restringir a aplicação da alienação fiduciária de imóveis, de forma a corrigir a discrepância atualmente existente no uso dessa garantia. Em nossa opinião, a alienação fiduciária deveria ser limitada, inicialmente, a duas circunstâncias: primeiramente, ao financiamento para aquisição do próprio bem; em segundo lugar, às dívidas contraídas no curso da recuperação judicial ou extrajudicial, para cumprimento do disposto no plano de recuperação, aprovado pela assembleia de credores.

O financiamento do próprio bem é situação em que a garantia fiduciária se revela útil e adequada, não apenas no âmbito dos sistemas de financiamento habitacional (SFH e SFI), mas em qualquer hipótese de alienação com financiamento. Tais hipóteses poderiam ser interpretadas até mesmo em sentido mais amplo, de forma a permitir a utilização da alienação fiduciária como garantia da securitização de recebíveis, quando esta for utilizada como mecanismo de financiamento para a aquisição ou edificação do imóvel objeto da garantia.

Por sua vez, a utilização da alienação fiduciária para financiamento da empresa em recuperação consiste em uma aplicação interessante e adequada do instituto da propriedade resolúvel. Isso porque retira da propriedade da empresa em recuperação e, portanto, do concurso, o imóvel dado em garantia ao credor cujo crédito tem natureza extraconcursal, em decorrência da própria legislação falimentar<sup>437</sup>.

Finalmente, eventual reforma dos institutos não poderia se omitir em solucionar as urgentes inadequações da Lei nº 9.614/1997, em vista da utilização da alienação fiduciária de imóveis em contratos alheios aos sistemas de financiamento habitacional. Essas inadequações, discutidas no item 3.3 deste trabalho, são causa de enorme insegurança jurídica, em especial com relação à quitação determinada pelos §\$5° e 6° do art. 27, que exime o devedor da obrigação pessoal sobre o montante da dívida que não for eventualmente satisfeito pela venda do bem dado em garantia. Esse dispositivo, evidentemente adequado aos financiamentos ao consumidor, não deve ser admitido em nenhuma outra hipótese de utilização da alienação fiduciária como garantia, sob pena de causar enriquecimento ilícito do devedor.

Da mesma forma, é necessário excetuar a alienação fiduciária da impenhorabilidade do imóvel bem de família, como já abordado anteriormente, e das

\_

<sup>&</sup>lt;sup>437</sup> "Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei."

restrições aplicáveis à aquisição de imóveis rurais por estrangeiro. Neste caso, seria possível permitir que o estrangeiro recebesse a garantia e, na hipótese de excussão sem sucesso, caso viesse a adquirir a propriedade plena, fosse obrigado a vendê-la no prazo de um ano, solução semelhante àquela vigente para instituições financeiras<sup>438</sup>.

A penalidade para descumprimento do prazo, ao invés da nulidade da aquisição prevista na Lei nº 5.709/1971<sup>439</sup>, que regula a matéria, poderia ser a desapropriação do imóvel pela União para fins de reforma agrária, com o respectivo pagamento em Títulos da Dívida Agrária (TDAs), conforme determinado no art. 184 da Constituição Federal<sup>440</sup>, ficando a cargo dos Oficiais de Registro de Imóveis notificar o INCRA, caso não haja alienação do imóvel no prazo de um ano decorrido da aquisição da propriedade plena pelo estrangeiro.

## 4.5. Execução extrajudicial das garantias: possibilidade e conveniência.

Concluídos os demais aspectos relacionados à reforma dos institutos da hipoteca e da alienação fiduciária de imóvel, passamos a analisar as formas extrajudiciais de execução de garantias previstas, para a alienação fiduciária, na Lei nº 9.514/1997, e para a hipoteca, no Decreto-Lei nº60/1966. Essa análise permitirá debater a possibilidade e a conveniência das modalidades de execução extrajudicial de garantias imobiliárias, e o formato adequado para a implantação da execução extrajudicial de hipoteca em garantia de contratos não habitacionais.

Para a hipótese de inadimplemento da dívida garantida por alienação fiduciária de bem imóvel, a Lei nº. 9.514/97 determina, como regra, uma forma de execução

<sup>439</sup> "Art. 15. A aquisição de imóvel rural, que viole as prescrições desta Lei, é nula de pleno direito. O tabelião que lavrar a escritura e o oficial de registro que a transcrever responderão civilmente pelos danos que causarem aos contratantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal por prevaricação ou falsidade ideológica. O alienante está obrigado a restituir ao adquirente o preço do imóvel."

-

<sup>&</sup>lt;sup>438</sup> Lei n°4.595/1964: "Art. 35. É vedado ainda às instituições financeiras: (...) II - Adquirir bens imóveis não destinados ao próprio uso, salvo os recebidos em liquidação de empréstimos de difícil ou duvidosa solução, caso em que deverão vendê-los dentro do prazo de um (1) ano, a contar do recebimento, prorrogável até duas vezes, a critério do Banco Central da República do Brasil.".

<sup>439</sup> "Art. 15. A aquisição de imóvel rural, que viole as prescrições desta Lei, é nula de pleno direito. O

<sup>&</sup>lt;sup>440</sup> "Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. § 1° - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro (...)."

extrajudicial promovida diretamente pelo Oficial de Registro de Imóveis. Esse processo é composto pelos seguintes passos:

- (i) o devedor é notificado pelo Registro de Imóveis para efetuar o pagamento da dívida, incluindo juros vencidos, encargos, tributos e custas, no prazo de 15 (quinze) dias;
- (ii) persistindo o inadimplemento, o credor fiduciário pagará o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e consolidará a propriedade plena sobre o imóvel em seu nome;
- (iii) no prazo de 30 dias da consolidação da propriedade, o Registro de Imóveis deverá realizar o primeiro leilão público para a venda do imóvel;
- (iv) se o imóvel não for vendido durante o primeiro leilão por pelo menos o seu valor declarado no instrumento de constituição da garantia, o Registro de Imóveis realizará um segundo leilão público, nos 15 dias subsequentes, em que o imóvel será vendido ao interessado que apresentar o maior lance, desde que tal lance cubra o valor da dívida e encargos;
- (v) se o imóvel não for vendido durante o segundo leilão público, o processo de execução será considerado concluído e a propriedade do imóvel permanecerá com o credor, caso em que nenhum valor será devido ao devedor, mesmo se o valor do imóvel tiver sido avaliado por montante superior ao valor da dívida. Da mesma forma, caso o imóvel seja avaliado por montante inferior à dívida, o devedor estará exonerado do saldo devedor excedente.

Nota-se, portanto, **quatro** falhas na regulamentação da execução extrajudicial da alienação fiduciária. Em primeiro lugar, o valor do bem deve ser pré-determinado no instrumento de constituição da garantia, não havendo previsão legal de reavaliação do bem para fins de leilão, caso o valor de avaliação e o seus critérios de reajuste, previstos no instrumento, deixem de refletir a realidade. O segundo problema consiste na presunção, existente na lei, de que o valor da dívida acrescida de encargos será sempre inferior ao valor do bem, determinando que, no primeiro leilão seja vendido pelo valor

de avaliação e, no segundo, pelo valor da dívida acrescida de encargos; caso esta represente montante maior que o valor de avaliação, o segundo leilão nasce deserto. O terceiro problema consiste na "adjudicação", obrigatória do imóvel ao credor na hipótese de insucesso do segundo leilão, técnica que foi abolida da execução hipotecária há mais de um século. Finalmente, o maior inconveniente está no conceito de quitação recíproca, por meio do qual a consolidação definitiva do imóvel ao credor extingue a dívida, exonerando credor e devedor de se compensarem quaisquer valores, ainda que haja diferença relevante entre o valor do imóvel e a dívida garantida.

As falhas acima apontadas, na realidade, são evidenciadas principalmente na extrapolação do instituto da alienação fiduciária para garantia de toda sorte de obrigações. Na sua utilização como garantia de aquisição de imóvel em financiamento habitacional, certamente o procedimento se revela mais adequado, pois há compatibilidade entre dívida e garantia, afastando inclusive os perigos decorrentes da quitação recíproca. No entanto, é certo que o modelo utilizado na Lei nº 9.514/1997 não é adequado à garantia de outras espécies de obrigações, não podendo ser simplesmente replicado para a execução hipotecária ampla.

A execução extrajudicial hipotecária foi regulamentada, exclusivamente para fins de contratos de financiamento habitacional e de hipotecas cedulares constituídas em favor de instituições financeiras, pelo Decreto-Lei nº 70/1966, facultando-se ao credor optar pela excussão judicial da dívida ou pela forma extrajudicial, que é naturalmente mais eficiente<sup>442</sup>.

Referido decreto previu a nomeação de um agente fiduciário, necessariamente instituição financeira, a ser apontado no contrato originário de hipoteca pelo devedor e pelo credor para ser responsável pela venda extrajudicial do imóvel, na hipótese de inadimplemento, devendo ser notificado pelo credor nesse sentido, juntamente com a prova e discriminação do débito. A execução prossegue da seguinte forma:

Art. 29. As hipotecas a que se referem os artigos 9° e 10 e seus incisos, quando não pagas no vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil (artigos 298 e 301) ou dêste decreto-lei (artigos 31 a 38).

<sup>&</sup>lt;sup>441</sup> Não se trata propriamente de adjudicação, uma vez que o bem já compunha o patrimônio do credor, não havendo transferência patrimonial do devedor ao credor por intervenção judicial. Trata-se de, na realidade, da consolidação definitiva da propriedade em favor do credor, com a extinção das obrigações fiduciárias. O conceito de adjudicação, no entanto, permite uma boa analogia com a execução hipotecária e facilita o entendimento, no sentido de que o imóvel passa a compor o patrimônio do credor em definitivo, em pagamento da dívida, por meio da excussão da garantia.

- (i) recebida a notificação, o agente fiduciário notificará o devedor, assegurando-lhe o prazo de 20 (vinte) dias para sanar o débito, sendo admitida a publicação de editais, na hipótese de o devedor não ser encontrado.
- caso não seja purgada a mora, o agente fiduciário deverá realizar o (ii) primeiro leilão público para a venda do imóvel nos 15 (quinze) dias subsequentes;
- se o imóvel não for vendido no primeiro público leilão, por valor igual ou (iii) superior ao saldo devedor, acrescido de encargos, será realizado o segundo leilão, nos 15 (quinze) dias seguintes, no qual será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior ao valor da dívida;
- se, no segundo leilão, houver lance inferior ao valor da dívida, o devedor (iv) permanece pessoalmente obrigado pelo excedente; se houver lance superior, o montante excedente é devolvido ao devedor.

Não há previsão qualquer, no referido Decreto-Lei, do procedimento a ser adotado na hipótese de leilão deserto. Na realidade, conforme o seu artigo 33<sup>443</sup>, parece ter sido a intenção do legislador que o imóvel seja vendido, no segundo leilão, a qualquer preço, ainda que pudesse ser considerado vil, não havendo possibilidade de "adjudicação" do imóvel ao credor. Quanto a esses aspectos, TUPINAMBÁ M. CASTRO DO NASCIMENTO<sup>444</sup> afirma terem sido dadas soluções pela jurisprudência, determinando a impossibilidade da venda do imóvel por preço vil e a possibilidade de o credor "adjudicar" o imóvel para si, na hipótese de leilões desertos, pelo seu "valor venal atualizado".

Como se verifica, também o procedimento extrajudicial de execução hipotecária contém falhas. Embora não haja a previsão de quitação recíproca, por outro lado, não se

<sup>&</sup>lt;sup>443</sup> "Art. 33. Compreende-se no montante do débito hipotecado, para os efeitos do artigo 32, a qualquer momento de sua execução, as demais obrigações contratuais vencidas, especialmente em relação à fazenda pública, federal, estadual ou municipal, e a prêmios de seguro, que serão pagos com preferência sôbre o credor hipotecário. Parágrafo único. Na hipótese do segundo público leilão não cobrir sequer as despesas do artigo supra, o credor nada receberá, permanecendo íntegra a responsabilidade de adquirente do imóvel por este garantida, em relação aos créditos remanescentes da fazenda pública e das seguradoras."

444 *Hipoteca...*, cit., pp. 154-9.

previu qualquer garantia ao devedor de que o seu imóvel seja vendido ou "adjudicado" por valor justo. Não há, da mesma forma, mecanismo apto a solucionar o concurso de credores, caso haja múltiplos credores hipotecários sobre o mesmo imóvel ou, ainda, créditos com privilégios legais.

A experiência do Decreto-Lei nº60/1966 demonstrou que a forma extrajudicial pode ser por vezes gravosa para os devedores, prejudicando de certa forma o contraditório, restando-lhes recorrer ao judiciário, fazendo-o frequentemente após finalizada a expropriação do bem de sua propriedade.

Embora sejam correntes os argumentos em defesa da inconstitucionalidade dessa modalidade de execução, conforme opina JORGE TARCHA<sup>445</sup>, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal reiteradamente reconheceu a constitucionalidade e a recepção da sistemática extrajudicial de execução hipotecária, a exemplo dos RE 223075/DF<sup>446</sup>, RE 287453/RS<sup>447</sup> e RE 408224 AgR/SE<sup>448</sup>. No entanto,

\_

EMENTA: EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto *a posteriori*, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido. (RE 223075 / DF, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 23/06/1998, DJ 06-11-1998 PP-00022).

<sup>&</sup>lt;sup>445</sup> Execução extrajudicial da hipoteca, in Boletim do Direito Imobiliário, 2ª quinzena de janeiro/2010 – Nº 2 BDI, DLI - Diário das Leis Imobiliário, p. 9: "Essa lei permite que o credor escolha entre a execução do Código de Processo Civil ou processo estabelecido no art.29 do Decreto-lei nº 70. Têm legitimidade ativa para tal cobrança os agentes financeiros ou agentes fiduciários credenciados pelo Banco Central. Em cada contrato do sistema habitacional as partes nomeiam o agente. O sistema executório estabelecido nessa lei foi tido por inúmeros julgados como draconiano, um resto da chamada legislação autoritária do passado. O parágrafo 1º do artigo 31, permite que o agente fiduciário notifique o devedor, por Títulos e Documentos, concedendo-lhe prazo de vinte dias para purgar a mora. Quando não encontrado o devedor, certificado o local incerto e não sabido, será publicado edital por três dias, pelo menos. Não havendo purgação do débito, fica o agente autorizado a publicar editais e efetuar leilão privado do imóvel hipotecado em quinze dias. O leiloeiro é autorizado a expedir carta de arrematação nesse procedimento. Esse meio extrajudicial estreita demasiadamente o direito do devedor. Praticamente não lhe dá o direito de defesa, que é garantido constitucionalmente. A notificação não permite certeza de sua ciência do procedimento. Constitui verdadeiro abuso de direito. Reiterados os julgados no Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo nesse sentido. Em sessão plenária realizada em 15 de setembro de 1994 foi aprovada a Súmula nº 39, com declaração de inconstitucionalidade: "São inconstitucionais os artigos 30, parte final, 31 a 38 do Decreto-lei nº 70 de 21-11-1966, decorrente do processo de argüição de inconstitucionalidade nº 493.349-9/01." Desse modo, conforme vários julgados, sendo nulo o procedimento desse decreto, incumbe aos credores hipotecários nessas condições recorrerem à execução normal disciplinada pelo estatuto processual. Não se pode permitir, em país sob a égide de Constituição democrática, que assegura o pleno exercício de defesa ao cidadão, que se processe verdadeira expropriação privada de bem, sem interferência do Poder Judiciário. Mais grave ainda se mostra o procedimento porque tem por objeto imóveis destinados à habitação. Julgados em entendimento contrário datam de época histórica e constitucional já ultrapassada."

<sup>&</sup>lt;sup>447</sup> EMENTA: - Execução extrajudicial. Recepção, pela Constituição de 1988, do Decreto-Lei n. 70/66. - Esta Corte, em vários precedentes (assim, a título exemplificativo, nos RREE 148.872, 223.075 e 240.361), se tem orientado no sentido de que o Decreto-Lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição, não se chocando, inclusive, com o disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5° desta, razão por que foi por ela recebido. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. - Por outro lado, a questão referente ao artigo 5°, XXII, da Carta Magna não foi prequestionada (súmulas 282 e 356).

o tema passa atualmente por nova análise no RE 627106/PR, submetido ao pleno do Tribunal. Foi admitida como amicus curiae a Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP.

O processo atualmente aguarda vistas do Min. Gilmar Mendes. Até o momento, votaram favoravelmente à constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66 os Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowsky, e contrariamente os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Marco Aurélio.

Como se verifica, a despeito das reiteradas decisões do STF pela constitucionalidade da execução extrajudicial da hipoteca, a atual situação no julgamento do RE 627106/PR demonstra possibilidade real de que referido entendimento seja modificado, afastando a execução extrajudicial. Tal possibilidade, a nosso ver, é problemática e preocupante.

Embora os votos já existentes no RE 627106/PR ainda não tenham sido publicados, colaboram para o entendimento da inconstitucionalidade da execução extrajudicial princípios como o direito à moradia, o devido processo legal e a necessidade do duplo grau de jurisdição. Não nos parece, entretanto, que a discussão relativa ao direito à moradia seja própria à matéria de execução de garantias. O sopesamento deve ocorrer em outro momento temporal, na disposição do bem por aquele que oferece a garantia, pois é por meio desse ato que coloca em risco sua moradia. A execução extrajudicial torna a garantia mais eficaz, mas a alternativa judicial, ainda que mais lenta, não exime o devedor de pagar a dívida, eventualmente em prejuízo de sua moradia.

Essa questão, a bem da verdade, já encontra solução na lei nº 8.009/1991, que traz exceções à impenhorabilidade do bem de família, afastando, nesses casos, a proteção à moradia. Exemplificativamente, não pode ser oposta a impenhorabilidade contra os créditos decorrentes do financiamento destinado à construção ou à aquisição do próprio imóvel, e aqueles garantidos por hipoteca sobre o imóvel, oferecida como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar.

Portanto, a outorga de hipoteca para garantia de dívida, ainda que de terceiro, desde que oferecida voluntariamente pela entidade familiar, afasta a proteção à moradia,

Recurso extraordinário não conhecido. (RE 287453 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 18/09/2001, DJ 26-10-2001 PP-00063)

<sup>&</sup>lt;sup>448</sup> EMENTA: 1. Execução extrajudicial: firme o entendimento do Tribunal no sentido de que o Decretolei 70/66 é compatível com a atual Constituição. (cf. RE 287453, Moreira, DJ 26.10.2001; RE 223075, Galvão, DJ 23.06.98). 2. Agravo regimental: inovação de fundamento: inadmissibilidade. (RE 408224 AgR / SE, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 03.08.2007, DJ 31-08-2007 PP-00033)

tornando o bem penhorável em vista do crédito garantido. Caso contrário, estar-se-ia tolhendo a autonomia da vontade e tornando o bem inalienável. A impenhorabilidade é uma garantia do proprietário contra terceiros, e por isso pode ser por ele afastada, enquanto a inalienabilidade é uma garantia contra si próprio, não merecendo ser confundidas. O raciocínio é ainda mais sensato no âmbito do Decreto-Lei nº70/1966, cuja finalidade é preponderantemente o financiamento para aquisição do próprio imóvel, espécie de crédito também excetuada da proteção do bem de família.

As formas extrajudiciais de realização de garantias, conforme já demonstrado neste trabalho, são admitidas não apenas no Brasil<sup>449</sup>, mas em diversos países, sem que se considere uma afronta ao princípio do devido processo legal<sup>450, 451, 452</sup>.

Nos EUA e no Reino Unido, a venda extrajudicial representa a maior parte das realizações de garantia hipotecária<sup>453</sup>. No Reino-Unido, é autorizada por lei, conforme as seções 101(1) e 103 da *Law of Property Act*, de 1925, sendo realizada diretamente pelo credor, por iniciativa particular, desde que observadas as seguintes condições: (i) nas hipotecas em que a data de repagamento seja incerta, o devedor tenha sido notificado para repagar a dívida há mais de três meses; (ii) o repagamento, quando houver data certa, esteja com atraso acumulado de dois meses; ou (iii) tenha ocorrido o inadimplemento de qualquer outra obrigação<sup>454</sup>. O credor é responsável perante o devedor por agir diligentemente de forma a vender o imóvel em preço compatível com a sua avaliação de mercado. Ao devedor é assegurada proteção contra o abuso de direito do credor no exercício de sua faculdade de vender o imóvel, por meio da responsabilidade civil.

Cabe também destacar a *Ley Hipotecaria* espanhola, que permite expressamente a execução extrajudicial da hipoteca, trazendo em seu art. 129<sup>455</sup> interessante

<sup>449</sup> OLIVIA SILVA TELLES, *Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Brésilien...*, cit., pp. 108-9.

<sup>&</sup>lt;sup>450</sup> ROGER SMITH, *Property Law...*, cit., p. 557.

<sup>&</sup>lt;sup>451</sup> MARIA ISABEL H. M. CAMPOS, *Da Hipoteca...*, cit., p. 197.

<sup>&</sup>lt;sup>452</sup> JACQUES AUGER, *Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Général...*, cit., pp. 60-1 :

<sup>&</sup>lt;sup>453</sup> FRANCESCA FIORENTINI, Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari..., cit., pp. 182-3.

<sup>&</sup>lt;sup>454</sup> ROGER SMITH, *Property Law...*, cit., p. 594.

<sup>&</sup>lt;sup>455</sup> Na Espanha, o art. 129 da Ley Hipotecaria autoriza a venda extrajudicial perante notário: "Artículo 129. 1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse: a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V; b) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada. 2. La venta extrajudicial se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes: a) El valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de

regulamentação do tema. Por outro lado, a restrição às modalidades de execução judicial em outros países de tradição romano-germânica é um dos fatores apontados para o desprestígio da hipoteca nesses sistemas e o fortalecimento de meios alternativas, típicos e atípicos, de garantia imobiliária, que frequentemente representam desvantagem ao devedor<sup>456, 457</sup>.

As formas extrajudiciais de execução não ferem o princípio do devido processo legal, uma vez que não impedem qualquer das partes de defender seu direito pela via judicial. Consequentemente, não vislumbramos também afronta ao duplo grau de jurisdição<sup>458</sup>. A inteligência dos sistemas alternativos, em que se preveem as modalidades judicial e extrajudicial de realização de garantias, é fazer com que a tutela jurisdicional seja provocada apenas no interesse expresso de alguma das partes. Em suma, o devedor que tiver justo motivo para obstar a execução deverá provocar o judiciário, por exemplo, por meio de cautelar preparatória, seguida da ação apropriada para tutelar seu direito (a declaração de nulidade do título da dívida ou da garantia, a desconstituição da garantia pelo adimplemento da obrigação, etc.). Caso contrário,

ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación (...); b) La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura (....); c) La venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título (...). En el caso de que la cantidad prestada esté inicialmente determinada pero el contrato de préstamo garantizado prevea el reembolso progresivo del capital, a la solicitud de venta extrajudicial deberá acompañarse un documento en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, y el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca. (...) d) La venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico (...); e) (....); f) (...) En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, (...) el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales. (...) Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor. (...)."

<sup>&</sup>lt;sup>456</sup> Francesca Fiorentini, Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari..., cit., pp. 184-7.

<sup>&</sup>lt;sup>457</sup> JACQUES AUGER, Problèmes actuels des sûretés réelles - Rapport Géneral..., cit., p. 60 : « Sur le chemin de l'efficacité, les principales embûches sont donc les procédures lourdes, c'est-à-dire complexes, longues, aléatoires et par conséquent coûteuses, mais aussi les différentes dispositions législatives qui interdisent au créancier d'obtenir conventionnellement les moyens d'atteindre l'efficacité recherchée ».

<sup>&</sup>lt;sup>458</sup> CÂNDIDO R. DINAMARCO, Alienação fiduciária de bens imóveis..., cit., pp. 240-1: "Mas a compatibilidade constitucional está preservada, a partir do momento em que a lei manda oferecer idônea oportunidade para purgar a mora, veda a definitiva integração do imóvel ao patrimônio credor, exige a venda em leilão e manda entregar-lhe eventual sobra (...). O recurso ao controle jurisdicional é admissível, em dois momentos e com duas finalidades fundamentais. Logo ao início, quando da notificação para purgar a mora (...) é lícito ao devedor-fiduciante impugnar em juízo as exigência do credor (por exemplo, negando a mora) ou mesmo a regularidade do procedimento. Depois (...) poderá ele discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão (...). Por isso, (...) o sistema legal de garantia aos créditos mediante a alienação fiduciária de bens imóveis não se choca com a garantia constitucional do due process of law nem afronta a inafastável promessa de tutela jurisdicional e acesso á Justiça (Constituição, art. 5°, LIV e LV)."

talvez lhe seja menos oneroso renegociar a dívida ou mesmo permitir o prosseguimento da execução.

A execução judicial obrigatória, por outro lado, é um incentivo quase coercitivo ao devedor para que nomeie advogado e ingresse no contraditório. Existindo o ônus de litigar judicialmente, inclusive quanto ao pagamento de honorários advocatícios e de sucumbência, é consequência natural que o devedor embargue a execução, havendo ou não justo motivo. No processo judicial de execução contra o devedor, sua estratégia será quase sempre de obstá-la, às vezes com o justo direito de combater execução abusiva, mas tantas outras com a simples finalidade de adiar a expropriação do bem e obter acordo mais vantajoso que o pagamento integral da dívida. É, portanto, um convite para a ineficácia das garantias e a sobrecarga do judiciário.

A reversão do entendimento consagrado pelo STF nesse tema representa enorme retrocesso e verdadeiro risco, não apenas para os contratos habitacionais garantidos por hipoteca, como principalmente para todas as obrigações garantidas por alienação fiduciária, cujo fundamento para a execução extrajudicial é precisamente o mesmo que motivou a sua introdução no Decreto-Lei nº 70/1966.

Entendemos que a constitucionalidade da execução extrajudicial deve ser reconhecida, embora os modelos de execução extrajudicial atualmente existentes mereçam ser aperfeiçoados. Vislumbramos para a hipoteca um modelo de execução misto, mediante o qual o credor tenha a faculdade de realizar a execução judicial do devedor por quantia certa, seguindo-se a penhora do bem, ou requerer a execução hipotecária por procedimento extrajudicial conduzido pelo Oficial de Registro de Imóveis da circunscrição do bem.

A faculdade dada ao credor de optar pela execução judicial se justifica sob dois aspectos. O primeiro, geral, de não se obstar a tutela jurisdicional, seja ao credor ou ao devedor, podendo o primeiro ingressar com sua execução diretamente no juízo adequado, e sendo garantido ao segundo recorrer ao judiciário quando sofrer execução extrajudicial injusta. O segundo aspecto é casuístico. Por diversas razões de ordem prática, o credor pode preferir ingressar com sua execução em juízo, por exemplo: quando sua execução recair sobre diversos bens, além do bem hipotecado; quando o juízo da comarca de localização do bem for sabidamente célere; ou, ainda, quando o credor tiver maior familiaridade com o rito judicial. Nas demais hipóteses, espera-se que o credor dê preferência à modalidade extrajudicial.

Somente seriam admitidas na via extrajudicial hipotecas em garantia de dívidas líquidas e certas, que permitissem ao Oficial de Registro aferir o *quantum* devido mediante simples conferência do título e do demonstrativo de cálculo de encargos apresentados pelo credor. Havendo dificuldade do Oficial para apurar o montante da dívida, com base na prova apresentada, seria suscitada a dúvida registral, cabendo ao juiz corregedor de registros públicos determinar a admissibilidade do referido título na via extrajudicial, ou o necessário prosseguimento do feito mediante execução judicial contra o devedor. A realização da hipoteca pelo Registro de Imóveis, em substituição à venda realizada diretamente pelo agente fiduciário, tem como objetivo garantir ao devedor a tutela jurisdicional, ainda que pela via administrativa, no juízo de admissibilidade a ser feito primeiramente pelo registrador e, em segundo lugar, pelo Tribunal de Justiça.

Na execução extrajudicial, após o teste de admissibilidade, o Oficial de Registro de Imóveis, nos moldes aplicados à alienação fiduciária, intimaria o devedor a pagar e, findo o prazo, determinaria a conversão da hipoteca em penhora. Facultar-se-ia ao credor e ao devedor, mediante requerimento fundamentado, solicitar a revisão do valor de avaliação do bem anteriormente à realização de leilão, ficando a avaliação a cargo de perito previamente habilitado perante o Tribunal de Justiça. Na sua ausência, o Oficial requereria ao juiz corregedor de registros públicos a nomeação de perito.

Ao menos dois leilões públicos seriam realizados, sendo admitido, no primeiro leilão, lance igual ou maior que o valor de avaliação, e no segundo leilão, qualquer lance que não seja considerado vil. O devedor, seguido do credor, teria direito de preferência na aquisição do imóvel, pelo mesmo valor do lance vencedor. Sendo desertos os leilões, facultar-se-ia ao credor, nos cento e oitenta dias subsequentes, requerer nova tentativa de leilão, adjudicar o imóvel para si pelo valor da avaliação, ou interromper a execução extrajudicial, hipótese em que lhe seria dado prazo para prosseguir à execução pela via judicial, mantida a penhora previamente realizada.

Concluída a venda, o Oficial de Registro de Imóveis efetuaria o depósito do montante obtido em conta-corrente própria. Havendo concurso de credores, o Oficial faria a distribuição dos recursos conforme a ordem legal de preferência, devolvendo ao devedor a quantia que sobejasse. Somente seriam admitidos no rateio dos recursos os credores cujos títulos tenham ingressado no Registro de Imóveis anteriormente à venda do Imóvel. Os credores dotados de privilégios legais, que não possuíssem título hábil, poderiam requerer a averbação do privilégio, para fins de habilitação no concurso,

mediante requerimento fundamentado ao Oficial de Registro de Imóveis, e sujeito a procedimento de dúvida.

A habilitação de credor privilegiado cujo crédito não seja líquido e certo não obstaria o prosseguimento da execução extrajudicial. Após a venda do imóvel, seria realizado o pagamento dos credores com maior privilégio e o montante restante seria transferido pelo Oficial para conta de depósito judicial, devendo prosseguir o feito pela via judicial. Seria facultado aos credores hipotecários, prestando caução idônea ao juízo, sacar desde logo o montante correspondente ao seu crédito, assim como seria permitido ao devedor, também mediante caução, recobrar desde logo a quantia que provisoriamente sobejasse.

O procedimento descrito sumariamente neste capítulo representaria, em nossa visão, evolução notável na execução hipotecária, que permitiria ao instituto recobrar o prestígio que vem gradativamente perdendo, em especial com o advento da alienação fiduciária de imóvel, que já comporta forma de execução extrajudicial.

Ademais, mediante a inclusão de critério de admissibilidade na via extrajudicial, e atribuindo-a ao Oficial de Registro de Imóveis, que está diretamente subordinado ao controle do respectivo Tribunal de Justiça, entendemos que o procedimento proposto evitaria os abusos frequentemente relatados nas realizações de garantia a cargo dos agentes fiduciários nomeados nos termos do Decreto-Lei nº 70/1966. Com isso, afastase a discussão relacionada à conveniência dessa forma de execução, que frequentemente leva à confrontação de sua constitucionalidade, de modo a permitir a sua utilização em caráter amplo, como forma adequada de realização de garantias constituídas para toda espécie de obrigações, o que certamente não é alcançado pelas formas existentes, tanto no Decreto-Lei nº70/1966, quanto na Lei nº9.514/1997, que regulamentou a alienação fiduciária de imóvel.

## **CONCLUSÃO**

Os direitos reais de garantia são, classicamente, o penhor, a hipoteca e a anticrese. Os sistemas de origem romano-germânica, de maneira geral, possuem ou possuíram em seus ordenamentos a previsão expressa dos três institutos. Estes se opõem às garantias pessoais por implicarem constrição específica sobre determinado bem, na forma de um direito sobre coisa alheia, enquanto as garantias pessoais constituem direito sobre o total de um patrimônio.

São, na realidade, complementares à obrigação pessoal do devedor, pois o princípio da acessoriedade tem como um de seus efeitos que a garantia (acessória) não altere a obrigação garantida (principal). Isso confere ao credor um duplo caráter: de credor com garantia real, até o limite do valor da coisa, e de credor quirografário, ilimitadamente.

Daí decorrem os efeitos modernos das garantias reais: a sequela e a preferência. As primeiras garantias sobre coisas eram pautadas na transmissão da propriedade, que permanecia com o credor em pagamento da dívida, se inadimplida. Já no final do Império Romano se inicia um movimento com dois efeitos: em primeiro lugar, as garantias deixam de exigir a transmissão da propriedade, assumindo a forma atual de direito sobre a coisa alheia, oponível contra o instituidor e terceiros, como eventuais adquirentes; em segundo lugar, a coisa deixa de garantir diretamente a dívida, conferindo ao credor a faculdade de, mediante o inadimplemento, em vez de lhe adquirir a propriedade, forçar-lhe a venda, utilizando-se do montante proveniente para saldar a dívida. Deixa de existir a garantia sobre a coisa, que é substituída pela garantia sobre o seu valor de venda forçada.

Esses dois efeitos são ligados, precisamente, à sequela e à preferência. A sequela é consequência direta da eficácia real da garantia, que a torna oponível contra o instituidor e contra terceiros. Já a preferência consiste na posição privilegiada conferida ao credor para satisfazer-se do valor da coisa em pagamento do seu crédito, a despeito de existirem outros credores, quando menos privilegiados.

Essa configuração das garantias reais aparece ao final do Império Romano, cai em esquecimento durante grande parte da Idade Média e ressurge com vigor nas codificações oitocentistas, quando adquire as características da especialidade, da indivisibilidade e, principalmente, da publicidade, que configuram sua forma atual. O

modelo vantajoso dos direitos reais de garantia, conforme regulados nas codificações da Europa continental, foi posteriormente absorvido pelos sistemas da *Common Law*, que ainda conservavam modalidades de garantia real pautadas na transferência da propriedade e de garantias imobiliárias desprovidas de publicidade.

O cenário que delineamos demonstra a preponderância da concepção de direitos reais de garantia sobre bem de terceiro em relação àquela da propriedade em garantia na evolução dos sistemas jurídicos de origem romano-germânica e da *Common Law*, que conferiu à hipoteca, garantia imobiliária por excelência, a alcunha de "rainha das garantias".

A partir de meados do século XX, no entanto, surge um movimento de desprestígio da hipoteca, que se explica pela conjunção de dois fatores: a complexidade na sua constituição e a incerteza na sua excussão. Para analisar esse fenômeno, introduzimos o conceito de garantia ideal de AYNÈS e CROCQ<sup>459</sup>, que por nós sumarizado em uma única frase significa que a garantia ideal deve ser de constituição simples, adequada, material e processualmente eficaz.

A natureza jurídica da hipoteca, fruto de sua evolução durante séculos, permitiu assumir forma bastante adequada às dívidas em geral, por consistir constrição sobre o valor do bem, e não sobre a sua integralidade, permitindo que o mesmo imóvel garanta diversas dívidas. Por outro lado, autores estrangeiros e nacionais apontam, com diferentes ênfases, conforme o caso, a problemática da hipoteca em vista (i) de custos e formalismo excessivos em sua constituição; (ii) da incerteza quanto ao efetivo pagamento, quando há complexos regimes de privilégios legais e especiais, e regras aplicáveis ao concursos de credores que corroem a segurança da garantia hipotecária; e (iii) da excessiva lentidão nas formas judiciais de execução hipotecária.

Com o advento da Lei nº 11.101/2005, que se aplica à falência e à recuperação judicial e extrajudicial, entendemos que a problemática relativa à ineficácia da hipoteca frente aos créditos mais privilegiados passou a ser menos relevante aos olhos do direito brasileiro. Não obstante, o excesso de formalismo, os altos emolumentos notariais e de registro, além da lentidão processual, têm causado à hipoteca enorme desprestígio.

O declínio da hipoteca tem como resultado o (re)surgimento da propriedadegarantia. A alienação fiduciária tem, em sua natureza de transmissão da propriedade, remédio jurídico infalível contra as agruras do concurso de credores. Sua

-

<sup>&</sup>lt;sup>459</sup> *Les sûretés...*, cit., p. 7.

regulamentação no direito brasileiro, por outro lado, remediou, de uma só vez, os problemas principais da hipoteca em nosso sistema: dispensou os atos notariais, barateando e simplificando a sua instituição, e estabeleceu forma extrajudicial de excussão, extremamente célere. O legislador coroou esse movimento, permitindo que a alienação fiduciária de imóveis, regulada pela Lei nº 9.514/1997, fosse utilizada para garantir qualquer espécie de obrigação.

Além disso, o emprego de técnicas próprias do *trust* anglo-americano na regulamentação da alienação fiduciária, como o patrimônio de afetação, permitiu à doutrina brasileira explorar construções alternativas daquelas de origem romanogermânica. Um exemplo é a figura do agente de garantias, que, mesmo sem regulamentação expressa, tem sido cada vez mais utilizada na prática empresarial. A influência do *trust* tem, da mesma forma, motivado reformas do regime das garantias reais na Europa continental, a exemplo das recentes reformas francesas.

Conforme demonstramos, entretanto, a alienação fiduciária de imóveis emana dois feixes de problemas, sendo alguns de difícil solução. De um lado, há os efeitos de se utilizar a propriedade imóvel, ainda que modificada, como garantia de um crédito, que consistem (i) no excesso de garantia, por obstar a utilização do imóvel para garantir outras dívidas; (ii) na vulnerabilidade do credor às obrigações e aos ônus reais, além da responsabilidade civil pelos danos oriundos ou relativos à propriedade; e (iii) na sujeição do credor a restrições aplicáveis à aquisição da propriedade, que não tenham sido expressamente dispensadas pela regulamentação da garantia fiduciária, como o georreferencimento de imóveis rurais e a sua aquisição por estrangeiros. De outro lado, há os efeitos decorrentes da regulamentação inadequada do instituto que, pensada para aplicação nos sistemas de financiamento habitacional, acabou permitindo a utilização da garantia para qualquer espécie de obrigação. São, principalmente, (i) a quitação recíproca estabelecida na excussão da alienação fiduciária, que confunde e inverte as posições entre o contrato acessório e o principal, de modo que a excussão da garantia implica quitação total da dívida; e (ii) a ausência de previsão legal para que a alienação fiduciária garanta dívida futura ou condicionada.

Finalmente, estabelecemos uma relação entre a posição privilegiada do credor fiduciário, cuja garantia responde exclusivamente ao seu crédito, frente aos privilégios creditícios previstos em nosso sistema. Concluímos que a alienação fiduciária, quando permitida para garantir qualquer modalidade de obrigação, facultando ao credor optar livremente por esta garantia ou pela hipoteca, acaba por criar uma modalidade

superprivilegiada de credores que, ao contrário dos demais privilégios previstos em nosso sistema, não tem sua justificativa na relação pessoal com o devedor ou na natureza do crédito, mas apenas na natureza da garantia. O superprivilégio decorrente da alienação fiduciária, portanto, configura um regime totalmente distinto e anacrônico à concepção de privilégios creditórios.

Não vislumbramos necessidade ou mesmo conveniência de extinguir a alienação fiduciária de nosso sistema. Ao contrário, reconhecemos que sua implementação no SFI teve importante fim social, ao permitir a inclusão no mercado consumidor imobiliário de adquirentes até então desprovidos de capacidade de crédito. Não obstante, a expansão da alienação fiduciária de imóveis para garantia de outras obrigações acabou criando problemas e inconsistências sistêmicas que necessitam ser corrigidos.

Pretendemos, neste trabalho, acusar a necessidade de uma reforma das garantias reais no direito brasileiro, por um lado, corrigindo as falhas existentes na regulamentação da alienação fiduciária; por outro, aplicando os acertos da alienação fiduciária de imóveis, passados mais de quinze anos de sua introdução, ao esquecido instituto da hipoteca.

Sem pretender encerrar, de forma taxativa, a proposta de reforma que por este trabalho acabamos por iniciar, estabelecemos algumas diretrizes que, em nossa opinião, permitiriam o ressurgimento da hipoteca como uma garantia simples, eficaz e adequada em nosso ordenamento. Essas incluem (i) a simplificação e desoneração de sua constituição, mediante a dispensa do ato notarial e a vinculação do cálculo de emolumentos ao número de negócios jurídicos compreendidos pela garantia, ao invés do número de imóveis, como hoje ocorre; (ii) a regulamentação da figura de agente de garantias e a reforma da hipoteca cedular, facilitando a circulação dos créditos hipotecários; e (iii) a instituição de modalidade de execução extrajudicial aplicável às hipotecas em geral.

Especificamente quanto à execução extrajudicial, cientes da polêmica existente quanto à sua constitucionalidade, pretendemos demonstrar que é aceita em diversos países e vem sendo aceita também no Brasil, no âmbito do SFH e da alienação fiduciária de imóveis, sem que haja prejuízo ao devido processo legal ou ao direito à moradia. A celeridade na excussão da garantia é, talvez, o principal aspecto que determinou o sucesso da hipoteca em poucos países de tradição romano-germânica, enquanto os demais assistiam à sua decadência, conforme pontuaram alguns autores.

Pretendemos assim contribuir para o início de uma discussão, que sabemos longa e difícil, mas que é extremamente necessária para o re-equilíbrio do sistema brasileiro de garantias, cuja reforma tornou-se inevitável.

\* \* \* \* \*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILA, Ramon Dominguez, *Problèmes actuels des sûretés réelles Rapport Chilien*, in *Les garanties de financement Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Portugaises*, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 133.
- ALBERTS, Robert J., Real Estate Law, 8th Ed., Mason (OH), Cengage Learning, 2011.
- ALPA, Guido, *Diritto Privato Comparato: Istituti e Problemi, Roma* Bari, Laterza, 2a Ed., 2008.
- ANDENAS, Mads., ALPA, Guido, Fondamenti Del Diritto Privato Europeo, Giuffre, Milano, 2005.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil Reais*, 5<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- AUGER, Jacques, Problèmes actuels des sûretés réelles Rapport Général, in Les garanties de financement Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Portugaises, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 41.
- AYNÈS, Laurent, CROCQ, Pierre, *Les sûretés La publicité foncière*, 3e édition. Paris, Defrénois lextenso éditions, 2008.
- AZEVEDO, Álvaro Vilaça, *Alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel*, in Revista da Faculdade de Direito Fundação Armando Álvares Penteado São Paulo, v. 1, n. 1, p. 61-81, 2002.
- AZEVEDO, Luiz Carlos, Da Penhora, São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1994.
- BARROS MONTEIRO, Washington, DABUS MALUF, Carlos Alberto, *Curso de Direito Civil vol. 3 Direito das Coisas*, 39 ed., São Paulo, Saraiva, 2009.
- BITTAR, Carlos Alberto, *Propriedade e Os Direitos Reais Na Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1991.

- BRANDÃO, Tom A., *Contribuição ao estudo das obrigações propter rem e institutos correlatos*, São Paulo, FDUSP, 2009, dissertação de mestrado orientada pela prof. Teresa Ancona Lopez.
- BUSSANI, Mauro, *L'intégration juridique et le droit des sûretés réelles*, in *Vers l'harmonisation en Europe du droit de l'insolvabilité et des garanties*, vol. 24/2 de la Revue de la Faculté Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 111-36.
- Il diritto europeo dei contratti di finanziamento e delle garanzie reali. Itinerario per une ricerca, in M. BUSSANI, F. FIORENTINI (org.), I contratti di finanziamento e le garanzie reali nella prospettiva europea (Financial contracts and secured transactions in the european perspective), Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche vol. 7, Trieste, Ed. Università di Trieste, 2003, p. 11.
- \_\_\_\_\_\_, Rapport général La propriété sûreté, in: La Propriété Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Vietnamiennes, Tome LIII / 2003, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 305.
- \_\_\_\_\_\_, Problèmes actuels des sûretés réelles Rapport Italien, in Les garanties de financement Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Portugaises, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 213.
- \_\_\_\_\_\_, MATTEI, Ugo, *The Common Core Approach to the European Private Law*, in The Columbia Journal of European Law, n°. 3(3), Fall/Winter 1997/1998, p.339 s..
- BUZAID, Alfredo, *Do Concurso de Credores no Processo de Execução*, Saraiva, São Paulo, 1952.
- CABRILLAC, Michel; MOULY, Christian.; CABRILLAC, Severine; PÉTEL, Philippe, Droit des sûretés – Manuel, 8e édition, Paris, Litec, 2007.
- CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres, *Da Hipoteca*, 1ª ed, Coimbra, Almedina, 2003.
- CARVALHO, Maria Serina Areias de, *Propriedade fiduciária: bens móveis e imóveis*, São Paulo, FDUSP, 2009, dissertação de mestrado orientada pelo prof. Carlos Alberto Dabus Maluf.

- CHALHUB, Melhim Namem, Negócio Fiduciário Alienação Fiduciária, 4 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009. , DANTZGER, Afranio Carlos Camargo, Alienação Fiduciária de Bens Imóveis em segundo grau?, in BE IRIB nº 3731 - ANO IX - São Paulo, 24 de Agosto de 2009 - ISSN 1677-4388. , A fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro, in: Revista de Direito Bancário nº 2, p. 113 COUTO E SILVA, Clóvis do, Hipoteca no Direito Comparado, in FRADERA, V. M. J. (Org.), O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, pp 137-176. CROTTY, James, Structural causes of the global financial crisis: a critical assessment of the 'new financial architecture', in Cambridge Journal of Economics, Vol. 33, No 4, 2009, pp. 563-580. DABUS MALUF, Carlos Alberto, Art. 1.419 a 1.510 in FIUZA, R., SILVA, R. B. T.. (coord.), Código civil comentado, São Paulo, Saraiva, 2008, pp. 1527-1631. , A propriedade no Código Civil de 2002: principais limitações e renúncia in M. L. DELGADO, J. F. ALVES (org.), Novo Código Civil: Questões Controvertidas vol. 7 - Direito das Coisas, 1º ed., São Paulo, Método, 2008. \_, Carlos Alberto, Limitações ao Direito de Propriedade, 2ª. ed., São Paulo, RT, 2005.
- DAMSTE, W. A. Sinninghe, *Problèmes actuels des sûretés réelles Rapport Néerlandais*, in *Les garanties de financement Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Portugaises*, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 273.
- DECORPS, Jean-Paul, La Propriété Rapport de Synthèse in La Propriété Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Vietnamiennes, Tome LIII / 2003, Paris, Société de législation comparée, 2006, pp. 1 ss.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, Alienação fiduciária de bens imóveis, in: Revista de Direito Imobiliário nº 51, p. 235.

- \_\_\_\_\_, A reforma da reforma, São Paulo: Malheiros, 2002.
- DURFEE, Edgar. N. *The Lien or Equitable Theory of the Mortgage: Some Generalizations*, in Michigan Law Review, Vol. X (June 1912), No. 8, The Michigan Law Review Association, pp. 587-607.
- ESPINOLA, Eduardo, *Os Direitos Reais no Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Conquista, 1958.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 2ª. ed. São Paulo, Saraiva, v. 1, 1997.
- FIGUEIRA, Domingos de Andrade, discurso na 6<sup>a</sup> reunião extraordinária de discussão do Projeto de Código Civil Brasileiro na Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 03.12.1901, transcrito em T. FULGÊNCIO, Direito Real de Hipoteca, 2<sup>a</sup> ed. (atualizada por José de Aguiar Dias), Rio de Janeiro, Forense, 1960, Vol. II, pp. 536-376.
- FIORENTINI, Francesca, Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari, in: M. BUSSANI, F. FIORENTINI (org.), I contratti di finanziamento e le garanzie reali nella prospettiva europea (Financial contracts and secured transactions in the european perspective), Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche vol. 7, Trieste, Ed. Università di Trieste, 2003, p. 149 ss.
- FOËX, Bénédict, Rapport Suisse Les nouvelles fonctions de la propriété in La Propriété Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Vietnamiennes, Tome LIII / 2003, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 461 ss.
- FRAGA, Affonso, *Direitos Reaes de Garantia. Penhor, Antichrese e Hypoteca*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva & Comp., 1933.
- FULGÊNCIO, Tito, *Direito Real de Hipoteca*, 2ª ed. (atualizada por José de Aguiar Dias), Rio de Janeiro, Forense, 1960, 2 vols.
- GAMBARO, Antonio, Contractual Security Rights in Immoveables (Mortgage) and Contract Law, in VON BAR, Christian, DROBNIG, Ulrich, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe A comparative Study, 1 Ed., München, Sellier, 2004, pp. 349-363.

- GREGOIRE, Michèle, Les Nouvelles Fonctions de la Propriété Rapport Belge, in La Propriété Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Vietnamiennes, Tome LIII / 2003, Paris, Société de législation comparée, 2006, pp. 331 ss.
- GRIMALDI, Michel, Problèmes actuels des sûretés réelles Rapport Français, in Les garanties de financement Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Portugaises, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 155.
- JENNINGS, Marianne M., Real Estate Law, 9th Ed., Cengage Learning, 2010.
- LAGO, Ivan Jacopetti do, *História da publicidade imobiliária no Brasil*, São Paulo, FDUSP, 2008, dissertação de mestrado orientada pelo prof. Ignacio Maria Poveda Velasco.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *O conceito de "security" no direito norte-americano e o conceito análogo no direito brasileiro*, in Revista de Direito Mercantil nº 14/41.
- LEGEAIS, Dominique, Rapport Français in Les nouvelles fonctions de la propriété Rapport Français, in La Propriété Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Vietnamiennes, Tome LIII / 2003, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 420 ss.

- LEGEAIS, Raymond, *Grands systèmes de droit contemporains Approche comparative*, 2e édition. Paris, Litec, 2008.
- LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário, São Paulo, RT, 2008
- LEVY, Jean-Philippe, CASTALDO, André, *Histoire du Droit Civil*, 2eme. ed., Paris, Dalloz, 2010.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo, ACCA, Thiago dos Santos, *Curso de História do Direito*, São Paulo, Método, 2006.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Tratado dos Registros Públicos*, 6ª Ed. atualizada por JOSÉ SERPA DE SANTA MARIA, Ed. Brasília Jurídica, Brasília, 1997.
- LOPEZ, Teresa Ancona, *Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo*, in A. JUNQUEIRA de AZEVEDO; H. TÔRRES; P. CARBONE (coord.), *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 661-705.
- \_\_\_\_\_\_, Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil, São Paulo, Quartier Latin, 2010.
- \_\_\_\_\_\_, Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito, in RT nº 885, p. 49.
- LOSANO, Mario G., *Os grandes sistemas jurídicos*, Trad. Marcela Varejão, 1ª Ed. Brasileira, São Paulo, Martins Fontes, 2007.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo, *A Propriedade como Relação Jurídica Complexa*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- MARGRÈVE, Irma Moreau, *Problèmes actuels des sûretés réelles Rapport Belge*, in Les garanties de financement Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Portugaises, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 73.
- MARTINS, Raphael Manhães, *Análise da "aclimatação" do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária*, in: Revista de Direito Privado nº 42, p. 244.

- MESTRE, Jacques, PUTMAN, Emmanuel, BILLIAU, Marc, *Droit Commun des Sûretés Réelles* (JACQUES GHESTIN *Traité de Droit Civil*), Paris, LGDJ, 1996.
- \_\_\_\_\_\_\_, Droit Spécial des Sûretés Réelles (JACQUES GHESTIN Traité de Droit Civil), Paris, LGDJ, 1996.
- MERZ, Sandro, SGUOTTI, Paolo, Manuale pratico dei privilegi, delle prelazioni e delle garanzie Ipoteca Pegno Fideiussione Teoria e pratica Del credito privilegiato nelle procedure concorsuali, nelle esecuzioni collettive e nelle liquidazioni, III Ed. Aggiornata e Ampliata, Padova, Cedam, 2005.
- MOCCIA, Luigi, *Il modello inglese di proprietà*, in G. ALPA et al., *Diritto Privato Comparato: Istituti e Problemi*, Roma Bari, Laterza, 2a Ed., 2008, pp. 43-163.
- MONTEIRO, Washington de Barros; DABUS MALUF, Carlos Alberto, *Curso de Direito Civil, vol 3 Direito das Coisas*, 39ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.
- MORAIS, Ezequiel, BERNARDINO, Diogo, Constituição de garantia real no mútuo bancário: excesso e abuso do direito, in M. DELGADO, J. F. ALVES (org.), Novo Código Civil: Questões Controvertidas vol. 7 Direito das Coisas, 1º ed., São Paulo, Método, 2008.
- MONTEIRO DE BARROS, T. M., *Execução hipotecária*, FDUSP, 2002, 136 pp, dissertação de mestrado orientada pelo prof. A. C. Marcato.
- MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, 10 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do, *Hipoteca*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Aide Editora, 1996.
- NORONHA, Fernando, *A alienação fiduciária em garantia e o leasing financeiro como supergarantias das obrigações*, in RT nº 845, p. 37, Março de 2006.
- PENTEADO, Luciano de Camargo, Direito das Coisas, São Paulo, RT, 2008.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil vol. IV Direitos Reais*, 20 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- PEREIRA, Régis Fichtner, *Direitos reais de garantia sobre bens imóveis no Brasil e na Alemanha* in Ajuris nº. 63, Porto Alegre, mar. 1995.
- PETTARIN, G, Esperienze di finanziamento all'acquisto e pubblicità immobiliare transfrontaliera, in M. BUSSANI, F. FIORENTINI (org.), I contratti di finanziamento e le garanzie reali nella prospettiva europea (Financial contracts and secured transactions in the european perspective), Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche vol. 7, Trieste, Ed. Università di Trieste, 2003, p. 93 ss.
- PRATTE, Denise, Problèmes actuels des sûretés réelles Rapport Québécois, in Les garanties de financement Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Portugaises, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 111.
- REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, 27ª edição revista e atualizada por Rubens Edmundo Requião, São Paulo, Saraiva, 2007.
- RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil vol. 5 Direito das coisas*, 27. ed, São Paulo, Saraiva, 2002.
- SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida, *Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia (penhor, hipoteca, anticrese)*, Vol. 5 da coleção Biblioteca de Direito Civil Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale (coord. de Miguel Reale e Judith Martins-Costa), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006
- \_\_\_\_\_\_, A regulamentação da alienação fiduciária de imóveis em garantia, in: Revista de Direito Bancário nº 4, p. 28.
- SCHAPP, Jan, *Direito das Coisas (Sachenrecht)* Tradução da 3ª ed. alemã de Klaus-Peter Rurack e Maria da Glória Lacerda Rurack, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.
- SILVA, Nuno Espinosa Gomas da, *Historia do Direito Português*, 4ª Ed. Revista e Atualizada, Lisboa, Fundação Callouste Gulbekian, 2006.

- SIMLER, Philippe, Rapport de Synthèse, in Les garanties de financement Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Portugaises, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 23.
- \_\_\_\_\_\_, DELEBECQUE, Philippe, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 5e édition, Paris, Dalloz, 2009.
- SLAPPER, Gary, KELLY, David, *The English Legal System*, 13th Ed., London New York, Routledge, 2012.
- SMITH, Roger, Property Law, 7th Ed., London, Longman, 2011.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro, Aspectos jurídicos da reparação de áreas contaminadas por resíduos industriais, in Revista de Direito Ambiental nº 29, p.127
- STRYCKEN, Teun, *Problèmes actuels des sûretés réelles Rapport Néerlandais*, in *Les garanties de financement Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Portugaises*, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 253.
- TARCHA, Jorge, *Execução extrajudicial da hipoteca*, in Boletim do Direito Imobiliário, 2ª quinzena de janeiro/2010, Diário das Leis Imobiliário, p. 9.
- TELLES, Olivia Silva, Problèmes actuels des sûretés réelles Rapport Brésilien, in Les garanties de financement Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Portugaises, Tome XLVII / 1996, Paris, LGDJ, 1998, p. 99.
- TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 45a ed, Milano, Cedam, 2012.
- TREVELIM, Ivandro Ristum, *A alienação fiduciária em garantia e sua aplicação no mercado financeiro imobiliário*, FDUSP, São Paulo, 2008 (dissertação de mestrado orientada pelo prof. Álvaro Vilaça Azevedo).
- TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e, *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*, FDUSP, São Paulo, 2004 (tese de doutorado orientada pelo Prof. Antonio Junqueira de Azevedo).

- TUCCI, José Rogério Cruz, AZEVEDO, Luiz Carlos, *Lições de História do Processo Civil Lusitano*, São Paulo, RT, 2009.
- VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo, *Numerus clausus dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição*, FDUSP, São Paulo, 2009 (tese de doutorado orientada pelo prof. Alcides Tomasetti Junior)
- VIANA, Rui Geraldo Camargo, Os direitos reais no novo Código Civil, in A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, H. T. TÔRRES, P. CARBONE (coord.), Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 601-618.
- VIDIGAL, Geraldo Camargo, VIDIGAL, Geraldo F., VIDIGAL NETO, Geraldo Camargo, *Panorama Jurídico-econômico dos Investimentos Transnacionais: Análise Crítica*, in: P. B. CASELLA, U. CELLI JUNIOR, E. A. MEIRELLES, F. B. P. POLIDO, (Org.), *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando Silva Soares*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 599 ss.
- VON BAR, Christian, DROBNIG, Ulrich, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe A comparative Study*, 1 Ed., München, Sellier, 2004
- WALD, Arnoldo, Da alienação fiduciária, in: RT, vol. 400, fev-1969, p. 25-30.
- \_\_\_\_\_\_, Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de banco de desenvolvimento, in: Revista de Direito Imobiliário nº 51, p. 253.
- \_\_\_\_\_\_, Les Nouvelles Fonctions de la Propriété Rapport Brésilien, in La Propriété Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Vietnamiennes, Tome LIII / 2003, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 371 ss.
- \_\_\_\_\_, Direito Civil vol. 4 Direito das Coisas, 12 ed., São Paulo, Saraiva, 2009.
- WEHRENS, Hans, Real Security Regarding Immovable Objects Reflections on a Euro-Mortgage, in: A. HARTKAMP et alli, Towards a European Civil Code, 3<sup>rd</sup> ed, Kluwer Law International, London-Boston, 2004, p. 769 ss.

- WILMARTH JR, Arthur E., *The Dark Side of Universal Banking: Financial Conglomerates and the Origins of the Subprime Financial Crisis*, in Connecticut Law Review, Vol. 41, No. 4, May 2009, pp. 963-1050.
- WINTGEN, Robert, L'Opposabilité des Contrats aux Tiers et par les Tiers in C. VON BAR, U. DROBNIG, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe A comparative Study, 1 Ed., München, Sellier, 2004, pp. 406-429.

\* \* \* \* \*