

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARÍLIA COUTINHO PEREIRA SOUSA

MAXIMIZAÇÃO DAS GARANTIAS IMOBILIÁRIAS
Direito real de aquisição do fiduciante e seus desdobramentos

VOLTA REDONDA – RJ

2020

MARÍLIA COUTINHO PEREIRA SOUSA

MAXIMIZAÇÃO DAS GARANTIAS IMOBILIÁRIAS

Direito real de aquisição do fiduciante e seus desdobramentos

Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ciências Humanas e Sociais de Volta Redonda, pertencente à Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador (a): PATRÍCIA SILVA CARDOSO

VOLTA REDONDA – RJ

2020

Ficha catalográfica automática - SDC/BAVR
Gerada com informações fornecidas pelo autor

S725m Sousa, Marília Coutinho Pereira
MAXIMIZAÇÃO DAS GARANTIAS IMOBILIÁRIAS ; Direito real de
aquisição do fiduciante e seus desdobramentos / Marília
Coutinho Pereira Sousa ; Patricia Silva Cardoso, orientador.
Volta Redonda, 2020.
70 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)-
Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências
Humanas e Sociais, Volta Redonda, 2020.

1. Direitos Reais. 2. Direito Real de Aquisição. 3.
Alienação Fiduciária. 4. Hipoteca. 5. Produção
intelectual. I. Cardoso, Patricia Silva, orientador. II.
Universidade Federal Fluminense. Instituto de Ciências
Humanas e Sociais. III. Título.

CDD -

MARÍLIA COUTINHO PEREIRA SOUSA

MAXIMIZAÇÃO DAS GARANTIAS IMOBILIÁRIAS

Direito real de aquisição do fiduciante e seus desdobramentos

Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ciências Humanas e Sociais de Volta Redonda, pertencente à Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso – III.

Aprovada em 08 de dezembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Dr.^a Patrícia Cardoso Silva – UFF/VR

Orientador (a)

Prof. Dr. Matheus Vidal Gomes Monteiro – UFF/VR

Prof. Dr. Marcus Wagner de Seixas – UFF/VR

VOLTA REDONDA - RJ

2020

Dedico à minha avó Letícia, que carrega a alegria em seu nome e que sempre regou nossas vidas deste sentimento. Obrigada por quebrar padrões e estar à frente de seu tempo. Você é e sempre será meu maior exemplo de coragem.

AGRADECIMENTOS

Aos amores da minha vida, meus pais, Flávia e Sérgio, que sempre guiaram todos os meus passos com carinho e dedicação incondicionais. Obrigada por compartilharem do meu sonho de estudar em uma universidade pública e ofertarem tudo o que tinham de melhor para que, juntos, tornássemos este sonho uma realidade. Aos dois, também dedico e atribuo esta conquista com todo meu amor e gratidão. Obrigada pelas asas e raízes.

Ao meu irmão, Henrique, pela amizade, conselhos, risadas e momentos de crescimento compartilhados, especialmente nos últimos anos, em que vivenciamos juntos a distância de casa em busca do sonho da graduação. Obrigada por todo cuidado e carinho.

À minha melhor amiga, parceira de vida, Nicole, que me deu forças para nunca desistir, que fez de mim uma pessoa melhor e me mostrou a importância da reciprocidade. Obrigada por dividir tudo comigo, inclusive sua família, da qual já me sinto parte. Sem você certamente a caminhada teria sido infinitamente mais árdua.

Aos meus queridos familiares, avós, tios, tias, primas, padrinho e madrinha, verdadeiros exemplos de amor que, sem dúvidas, tem importância incontestável na minha formação educacional e pessoal. Obrigada por toda ajuda e incentivo.

Aos meus amigos, em especial Larissa e Guilherme, com quem vivi momentos únicos e eternos na memória. Agradeço por me acolherem nos momentos difíceis e nunca terem me abandonado. Ao longo da jornada, os verdadeiros permaneceram mesmo diante das divergências de pensamento e, hoje, me sinto absolutamente privilegiada por tê-los comigo.

À minha família canina, Fulô, Sol e Tito, que me contemplaram com uma companhia amorosa e descontraída durante este processo.

Aos meus mestres da UFF e demais funcionários, principalmente as professoras e professores de Direito Civil, com quem sempre tive uma afinidade especial e uma admiração particular. Obrigada por me abrirem portas e me ensinarem tanto sobre esta disciplina extraordinária. Por fim, agradeço nomeadamente à minha orientadora e amiga, Patrícia Cardoso, pelos ensinamentos e por despertar em mim o amor pela docência.

Sou o resultado de muitos esforços, por isso, agradeço a todos que contribuíram, mesmo que minimamente, para que chegasse até aqui. Sinto-me amada e vencedora. Que venham os próximos desafios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. AS GARANTIAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	14
1.1. CONCEITO.....	14
1.2. CLASSIFICAÇÕES DAS GARANTIAS.....	15
1.2.1. Garantias pessoais.....	17
1.2.2. Garantias reais.....	19
1.2.3. Da divergência acerca da natureza jurídica da alienação fiduciária.....	23
2. DA HIPOTECA E A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.....	26
2.1. DA HIPOTECA.....	26
2.1.1. Conceito e natureza jurídica.....	26
2.1.2. Princípios que regem o instituto da hipoteca.....	27
2.1.3. Características da garantia hipotecária e de seu registro.....	32
2.1.4. Aspectos relacionados a extinção e a excussão da Hipoteca.....	35
2.1.5. Análise da hipoteca dentro da perspectiva da garantia ideal.....	38
2.2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.....	39
2.2.1. Fatores determinantes para o desuso das garantias tradicionais e a ascensão da alienação fiduciária.....	39
2.2.2. Conceito e natureza jurídica.....	40
2.2.3. Requisitos e constituição.....	44
2.2.4. Extinção da propriedade fiduciária.....	46
2.2.5. Do direito real de aquisição do devedor fiduciante.....	48
3. MAXIMIZAÇÃO DAS GARANTIAS IMOBILIÁRIAS.....	50
3.1. A EXPANSÃO DO POTENCIAL DE UTILIZAÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	50
3.2. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E O CONCEITO DE GARANTIA IDEAL.....	52
3.3. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E O ATO EXECUTIVO DA PENHORA.....	54

3.3.1. Impenhorabilidade do bem objeto de alienação fiduciária	54
3.3.2. Penhora do direito real de aquisição conferido ao fiduciante	56
3.4. INSTITUIÇÃO DE OUTRAS GARANTIAS REAIS SOBRE O DIREITO REAL DE AQUISIÇÃO DO FIDUCIANTE	58
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

RESUMO

O trabalho analisa, em primeiro lugar, o conceito mais básico de garantia e as diferentes perspectivas que podem ser adotadas para um estudo sistêmico e integrado desta seara do direito. Apesar da grande importância deste instituto, o ordenamento pátrio não estruturou as garantias em um ramo próprio, o que justifica as muitas inconsistências conceituais e dificuldades práticas existentes dentro da temática. Estabelece-se as diferenças entre as garantias legais, contratuais e processuais, além das características próprias de cada modalidade de garantia pessoal ou real. Em seguida, são examinados de forma específica os traços das garantias hipotecária e fiduciária, sua constituição, adequação e excussão, utilizando-se como parâmetro o conceito de garantia ideal proposto por Aynès e Crocq. Ademais, propõe-se a reflexão acerca da necessidade de modernização das garantias tradicionais às demandas contemporâneas, retomando-se o conceito de direito real de aquisição, ressaltando seu enorme potencial mercadológico, principalmente no ramo imobiliário. Por fim, analisa-se a possibilidade de penhora e constituição de demais direitos reais, inclusive de garantia, sobre o direito real de aquisição concedido ao fiduciante como mais uma forma de maximizar a garantia fiduciária.

Palavras-chave: Direito Civil; Alienação Fiduciária; Hipoteca; Maximização das garantias; Direito Real de Aquisição;

ABSTRACT

The work analyzes, in the first place, the most basic concept of guarantee and the different perspectives that can be adopted for a systemic and integrated study of this area of law. Despite the great importance of this institute, the homeland planning has not structured the guarantees in a branch of its own, which justifies the many conceptual inconsistencies and practical difficulties that exist within the theme. The differences between legal, contractual and procedural guarantees are established, as well as the characteristics of each type of personal or real guarantee. The traits of the mortgage and fiduciary guarantees, their constitution, adequacy and excussion are then examined in a specific way, using as a parameter the ideal guarantee concept proposed by Aynès and Crocq. In addition, it is proposed to reflect on the need to modernize traditional guarantees to contemporary demands, taking up the concept of the right in rem, highlighting its enormous marketing potential, especially in the real estate sector. Finally, the possibility of pledge and constitution of other rights in rem, including guarantees, over the right in rem granted to the fiduciary as one more way to maximize the fiduciary guarantee is analyzed.

Keywords: Civil Law; Fiduciary Alienation; Mortgage; Maximization of guarantees; Real Right of Acquisition;

INTRODUÇÃO

As garantias representam um importante aparato jurídico no que diz respeito ao adimplemento das obrigações. Ademais, estas auxiliam a circulação de crédito e consecução satisfativa dos negócios jurídicos.

Utilizando-se como metodologia de pesquisa a consulta bibliográfica à doutrina e à legislação, pretende-se, inicialmente, analisar os aspectos básicos do instituto, seu conceito, as diferentes classificações e qual o impacto da ausência de um ramo próprio de estudo para as garantias.

Classicamente, a doutrina nacional divide as garantias em pessoas e reais. As primeiras possuem caráter obrigacional e incidem sobre a generalidade do patrimônio de um sujeito, enquanto as segundas consistem em um gravame específico sobre um bem determinado, que pode ser móvel, imóvel, corpóreo e, também, incorpóreo.

No direito brasileiro, as garantias pessoais são o aval e a fiança. Estas modalidades de garantia não ostentam oponibilidade *erga omnes*, de modo que vinculam, apenas, o sujeito ativo e passivo. Ademais, sabe-se que os credores quirografários, como são chamados os que detêm uma garantia pessoal, estão em posição pouco privilegiada no concurso de credores e falência.

No que tange as garantias reais, quais sejam o penhor, a anticrese, a hipoteca e a propriedade fiduciária, pode-se dizer que estas oferecem muito mais segurança ao negócio, já que incidem sobre um bem específico do garantidor. Por isso, este tipo de garantia é sempre preferido como mecanismo de proteção ao adimplemento das obrigações contratuais dentro do âmbito empresarial, industrial e de instituições financeiras, onde adimplemento assume importância particular.

As novas formas de negócio impactam diretamente na necessidade de modernização dos aparatos auxiliares ao crédito que atendem simultaneamente ao credor e ao devedor já que estes contribuem para a facilitação e perpetuação do tráfego negocial, em especial nos momentos de crise.

A medida em que a sociedade e os negócios jurídicos foram evoluindo, as garantias tradicionais já não correspondiam à demanda e as expectativas do mercado. O trabalho partirá desta ótica para justificar o surgimento e a rápida ascensão das garantias pautadas na propriedade, a exemplo da alienação fiduciária.

Sequencialmente, considerando o recorte proposto, analisa-se de maneira específica as duas modalidades de garantia imobiliárias, que representam o verdadeiro foco da pesquisa, quais sejam a hipoteca e a alienação fiduciária.

A hipoteca é uma garantia real constituída sobre bem imóvel, outorgada pelo devedor ou por um terceiro, em favor de um credor para a garantia do pagamento de uma dívida. Em caso de inadimplemento o credor pode utilizar-se do produto da venda, decorrente de processo de execução para satisfazer a dívida inadimplida.

Já alienação fiduciária consiste em uma garantia onde efetua-se a transferência formal da propriedade de determinado bem ou direito para esfera patrimonial do devedor para a do credor, restando pactuado que, quando ocorrer o pagamento da obrigação garantida, esta será devolvida ao devedor.

Já no segundo capítulo propõe-se constantemente um paralelo entre os referidos direitos reais, a fim de identificar suas vantagens e desvantagens, bem como suas similaridades e diferenças. Para tanto, toma-se como parâmetro de estudo o conceito de garantia ideal elaborado pelos civilistas franceses Pierre Crocq e Laurent Aynès. Outrossim serão abordados requisitos formais, subjetivos e objetivos, além da divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da alienação fiduciária e do contexto responsável pelo desuso da garantia hipotecária.

Examinadas as bases teóricas dos institutos, no terceiro capítulo, elucida-se a importância de reconhecer a função promocional das garantias, tendo em vista que ao aumentar a probabilidade de adimplemento da obrigação, a garantia estimula o credor a disponibilizar capital em condições menos onerosas ao devedor, facilitando o acesso ao crédito por parte deste último. Ademais, o direito real de aquisição que é conferido ao titular originário do bem ofertado em garantia fiduciária. Trata-se de direito real pouco explorado pela doutrina, positivado no Código Civil no ano de 2014.

Através da análise de sua penhorabilidade, que restou inequívoca quando da inclusão do direito real de aquisição no rol dos bens penhoráveis do artigo 835 do Código de Processo Civil, e conseqüente aferição de valor econômico, sustenta-se a possibilidade potencialização do instituto da alienação fiduciária, através da concretização de negócios acessórios que tenham por objeto o direito expectativo do fiduciante. Conforme se verá, a possibilidade de instituição de um direito real sobre um direito real não se trata de possibilidade distante, mas sim realidade já vivenciada.

No ano de 2007, através da promulgação da Lei 11.481, positivou-se nos incisos, VIII e IX do artigo 1.473 do Código Civil, a possibilidade de hipoteca do direito real de uso especial para fins de moradia e do direito real de uso.

Entende-se que o debate do referido tema pode trazer impactos positivos para ambas as partes envolvidas no negócio jurídico, tendo em vista que as garantias não atendem somente

aos interesses do credor, mas sim de toda à ordem jurídica, servindo de estímulo ao financiamento das atividades econômicas, enquanto verdadeiro mecanismo de promoção do crédito.

1. AS GARANTIAS NO DIREITO BRASILEIRO

1.1. CONCEITO

As garantias são indispensáveis para possibilitar o acesso ao crédito e viabilizar a realização de negócios. Tão grande é a importância desta seara, que em diversos países¹, as garantias são estudadas em ramos próprios do Direito Civil. Ao contrário, no Direito Civil brasileiro, optou-se por seguir a influência do Código Civil Alemão (BGB), e dispôs as garantias pessoais no Direito das Obrigações, enquanto as garantias reais estão reguladas no Direito das Coisas.²

A sistematização pouco coesa do ordenamento pátrio, a falta de uma estruturação única ou, em outras palavras, a ausência de um ramo próprio para o Direito das Garantias, propicia o surgimento de vários problemas teóricos e conceituais. Muitos autores se dedicaram ao estudo típico das obrigações e dos direitos reais, mas poucos se propuseram a um estudo aprofundado e específico sobre as garantias.

O termo garantia comporta diversos significados e admite variadas aplicações em nosso ordenamento jurídico. Isso dificulta, consideravelmente, a elaboração de um conceito mínimo comum e que seja capaz de abarcar todas as noções existentes de garantia. Por esta razão, a doutrina nacional diverge acerca da melhor definição. Para uma parcela dos autores, garantia é função; para outros, obrigação. Entretanto, aproveitando a enorme contribuição do Dr. Fábio Rocha Pinto e Silva³, o presente trabalho será inteiramente baseado no seguinte conceito de garantia:

O termo garantia, em seu sentido mais amplo, tem caráter proteiforme e multifuncional, mas sua definição funcional corresponde à tutela de um risco. Adquire função de garantia o conjunto de mecanismos destinados a mitigar as consequências de um risco, em Direito Privado, pela sua atribuição ao garantidor. Enfim, trata-se da atribuição, a um sujeito, do ônus de suportar as consequências decorrentes de um evento incerto sobre o beneficiário, conferindo-lhe segurança. Toda garantia, embora possa encaixar-se em tipologias próprias, tem em sua essência a cobertura de um risco.

1 A título de exemplo pode-se citar o ordenamento francês, que dedicou um livro inteiro do seu código civil ao *Droit de Sûretés*, ou Direito das Garantias.

2 SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo*. Orientador: Teresa Ancona Lopez. 2013. 173 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>. Acesso: 7 de maio 2020, p. 8

3 Id. *Garantias das obrigações: uma análise sistemática do direito das garantias e uma proposta abrangente para a sua reforma*. 1º. ed. São Paulo: IASP, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35509245/Garantias_das_Obriga%C3%A7%C3%B5es. Acesso em: 29 maio 2020, p. 56-57

Com base na definição anterior, pode-se concluir que independentemente da existência de tipologias diversas, em ramos distintos do direito brasileiro, não se altera a natureza comum das garantias, que está essencialmente ligada à existência e a tutela de um risco.⁴

1.2. CLASSIFICAÇÕES DAS GARANTIAS

A título de contextualização e sem o intuito de discorrer especificamente sobre cada uma delas, válido pontuar que as garantias podem ter diferentes gêneros e classificações, de acordo com o prisma que são observadas. Levando-se em conta, por exemplo, somente o aspecto funcional, a grande maioria delas, se adequa ao papel mais comum e difundido de uma garantia, qual seja, o reforço de um crédito. Contudo, seguindo o conceito criado por Fábio Rocha Pinto e Silva, torna-se possível o reconhecimento de outros tipos de garantias com funções diversas à citada anteriormente, tal como os mecanismos de proteção à fruição - a evicção e a garantia contra vícios da coisa ou dos serviços - e as outras garantias que não se relacionam com uma obrigação preexistente, mas que se impõe sobre um risco-fato, como os seguros.⁵

Ademais, também é possível que se proponha o estudo das garantias, partindo-se de suas fontes, já que estas podem advir do processo, da lei ou do consenso entre as partes, na forma de um contrato.

As garantias processuais são aquelas constituídas por uma decisão judicial, no curso de um processo, a exemplo da penhora. É corrente na praxe forense, a afirmação de que a penhora garante o juízo. O significado de garantir o juízo é dar ao exequente a segurança de que a execução será útil e eficaz, criando condições materiais necessárias para que, ao final do processo, o exequente obtenha a satisfação do seu direito.⁶

No que tange as garantias legais, como a própria denominação sugere, estas caracterizam-se por sua constituição decorrente da lei. Em outros termos, algumas garantias são advindas do texto normativo e, por mais que tenham seu suporte fático num ato humano, sua instituição desconsidera o desejo do garantidor. Pode-se citar como exemplo desta modalidade,

4 É comum referir-se ao Direito sob os prismas objetivo (norma agendi) e subjetivo (facultas agendi). Há duas tipologias fundamentais de direitos subjetivos: o direito de propriedade e o direito de crédito. A incerteza quanto à eficácia do direito subjetivo exige a existência de garantias. Estas têm como consequência a constituição de espécies de direitos e obrigações, que adquirem caráter acessório sobre outros direitos de crédito principais. *Ibid.*, p. 4-5

5 *Ibid.*, p. 26

6 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. Volume único. p. 1.250

a hipoteca legal, prevista nos artigos 1.489 a 1.491 do Código Civil brasileiro. Nos dispositivos mencionados, há um sentido ético de maior proteção para o ressarcimento de eventuais prejuízos, causados por quem administra bens alheios ou é devedor sob condições definidas, como ocorre em relação aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior⁷. Sobre o tema, vale citar o ensinamento de Silvio Venosa⁸:

A lei protege certas pessoas com o favor da hipoteca decorrente de lei. Nessas situações, não há título constitutivo. Surge por força da lei. Na hipoteca legal, existem dois momentos bem definidos. Em primeiro lugar, há um fato jurígeno do vínculo. No entanto, o simples fato típico não instrumentaliza a hipoteca. Há necessidade de um segundo momento, quando então são individualizados, especializados os bens garantidores, culminando com sua inscrição como objeto da hipoteca e tomando-se efetivamente garantia real.

Por fim, mostra-se essencial ressaltar as garantias que tenham por fonte o negócio jurídico, tendo em vista que objeto principal desta pesquisa é uma segmentação desta modalidade. O conceito de negócio jurídico é bastante controvertido na doutrina. A maioria dos autores prefere definir o instituto a partir de sua formação, designando-o como ato de vontade que visa produzir efeitos ou ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico. Para esta corrente, intitulada voluntarista, a vontade dá origem ao negócio. Contudo, outra parcela da doutrina, designada corrente objetivista, toma por base a sua função e o define como um preceito que tira a sua validade da norma abstrata imediatamente superior.⁹ Antônio Junqueira de Azevedo¹⁰, debruçou-se sobre esta e outras questões, numa obra inteira dedicada ao negócio jurídico e brilhantemente terminou por conceituá-lo da seguinte forma:

In concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.

A partir do conceito de Azevedo, é possível verificar que o instituto ora abordado, pertence à classe dos fatos jurídicos cujo o resultado final é conhecido e desejado pelas partes e que, além disso, o seu principal objetivo é a satisfação dos interesses privados. Resta patente

7 Art. 1.489 do CC: “Art. 1.489. A lei confere hipoteca: II - aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passara outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior.”

8 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 5. p. 589-590.

9 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1

10 *Ibid.*, p. 16

que não existe negócio jurídico sem uma manifestação de vontade e que esta é a característica que mais avulta neste instituto, sendo, para tanto, sua força propulsora.¹¹

Por consequência lógica, as garantias com fonte nos negócios jurídicos visam, de pronto, abrigar o risco do inadimplemento negocial, assegurando a satisfação plena dos interesses acordados e das vontades declaradas no negócio jurídico principal. Como exemplo desta modalidade, pode-se citar a alienação fiduciária e a hipoteca convencional, que representam duas garantias imobiliárias amplamente utilizadas em nosso ordenamento.

Importante mencionar que todas estas formas de analisar as estruturas das garantias são, apenas, aspectos funcionais e estruturais que pertencem ao plano da eficácia. Os negócios jurídicos, as obrigações e os direitos que possuem função de garantia podem ser chamados contratos, obrigações ou direitos de garantia, e são às vezes referidos apenas como garantias, em um exercício de metonímia.¹²

1.2.1. Garantias pessoais

Outro aspecto classicamente observado no estudo das garantias, diz respeito ao objeto destas, que pode ter caráter pessoal, quando recair sobre a totalidade do patrimônio do garantidor; ou caráter real, gravar uma determinada coisa ou bem. Esta diferenciação entre a natureza real ou pessoal é, segundo Fábio Rocha Pinto e Silva¹³, a *summa divisio* das garantias.

Nas garantias pessoais entre as quais estão a fiança e o aval, uma terceira parte se compromete, perante o credor, a pagar a obrigação se não fizer o devedor, conforme explica Sylvio Capanema de Souza¹⁴. Com a constituição desta modalidade de garantia, também denominada fidejussória, existem dois patrimônios diferentes assegurando o adimplemento da obrigação.

A fiança é a mais comum das garantias pessoais. De acordo com a definição contida no artigo 818 do Código Civil, “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor

11 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e lincdb*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1 v. p. 502.

12 SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das obrigações: uma análise sistemática do direito das garantias e uma proposta abrangente para a sua reforma*. 1º. ed. São Paulo: IASP, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35509245/Garantias_das_Obriga%C3%A7%C3%B5es. Acesso: 29 maio 2020, p. 54
13 Ibid., p. 7

14 SOUZA, Sylvio Capanema de. *Considerações sobre a cumulação das garantias pessoais e reais, na alienação fiduciária*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 5, n. 17, p. 53-58, 2002. Disponível em: https://www.emerj.tj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17.pdf. Acesso: 24 junho 2020. p. 53

uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”. Caio Mário da Silva Pereira¹⁵, caracterizou o contrato de fiança da seguinte forma:

É um contrato unilateral, porque gera obrigações somente para o fiador; gratuito porque só gera vantagens para uma das partes; *intuitu personae* ou personalíssimo, porque é ajustado em função da confiança de que desfruta o fiador; e acessório, como todos os contratos de garantia que pressupõe a existência de uma dívida principal:

Esta acessoriedade, inerente ao contrato de garantia, implica na subordinação do da fiança ao princípio da gravitação jurídica e à regra *accessorium sequitur principale*. Em outros termos, se a dívida deixa de existir, extingue-se também a fiança, bem como se o titular do crédito deixa prescrever a dívida principal, porque não tomou as medidas necessárias contra o devedor, tem fim também o direito de reclamar o pagamento do fiador. Tão grande a relevância dessa acessoriedade que não se admite que o conteúdo da obrigação contida na fiança seja superior ao da obrigação principal. Logo, não pode o fiador ter uma situação mais onerosa do que a do devedor principal.¹⁶

Não restam dúvidas que a fiança é instrumentalizada através de um contrato. Diversamente, no aval não existe relação contratual. Nesta segunda modalidade de garantia pessoal, o avalista garante um título de crédito. De acordo com o prescrito no artigo 898 do Código Civil, o aval deve ser lançado no verso ou no anverso do próprio título¹⁷, pois assim exige o princípio clássico da cartularidade.

Conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira¹⁸:

Não há confundir fiança e aval. Ambos são tipos de garantia pessoal, mas, enquanto a fiança é uma garantia fidejussória ampla, e hábil a aceder a qualquer espécie de obrigação, convencional, legal ou judicial, o aval é restrito aos débitos submetidos aos princípios cambiários.

Pode-se concluir que, enquanto a fiança é uma garantia pessoal de natureza contratual, o aval possui natureza cambial. A constituição do aval resulta na responsabilização solidária

15 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. 21. ed. rev. e atual por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3. p. 358

16 NEVES, José Roberto de Castro. *As Garantias do Cumprimento da Obrigação*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 44, p. 174-214, 2008. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/revista44_sumario.htm. Acesso em: 26 jun. 2020. p. 192

17 Art. 898 do CC: “Art. 898. O aval deve ser dado no verso ou no anverso do próprio título. § 1º Para a validade do aval, dado no anverso do título, é suficiente a simples assinatura do avalista.”

18 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. 21. ed. rev. e atual por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3. p. 359

entre o avalista e o avalizado, diferentemente do que ocorre na fiança, onde a responsabilidade somente será solidária se for prestada em comum por dois ou mais fiadores ou se decorrer de expressa estipulação contratual.¹⁹

1.2.2. Garantias reais

Enfrentados os pontos essenciais acerca das garantias pessoais, discorre-se a partir deste ponto, acerca das garantias de caráter real. O penhor é o direito real de garantia que apresenta maior número de variações e categorias. Nessa perspectiva leciona Orlando Gomes²⁰:

A conceituação do penhor apresenta-se sem firmeza, dada a variedade de formas que reveste. Assim é que a tradição real, exigida no penhor comum, como condição básica, se dispensa no penhor rural, em que os objetos continuam em poder do devedor, por efeito da *clausula constituti*. Outrossim, devendo recair, normalmente, em coisas móveis, pode gravar bens imóveis por acessão, como se verifica no penhor agrícola e no penhor de máquinas. Falta-lhe, assim, traço característico, comum a todas as modalidades, que o distinga, invariavelmente, dos outros direitos reais de garantia.

O penhor encontra-se positivado no Código Civil brasileiro entre os artigos 1.431 a 1.472, onde estão regulados, além do penhor comum, as modalidades de penhor especial, que se subdividem em penhor agrícola e pecuário; penhor industrial e mercantil; penhor de direitos e títulos de crédito; penhor de veículos e penhor legal.

Na definição de Maria Helena Diniz²¹, “o penhor é um direito real que consiste na transferência efetiva de uma coisa móvel ou mobilizável, suscetível de alienação, realizada pelo devedor ou por terceiro, a fim de garantir o pagamento do débito.”

Ordinariamente, o penhor tem por objeto bens móveis, entretanto, existem algumas modalidades de penhor, designados penhores especiais, que incidem sobre bens imóveis por acessão intelectual ou física, como ocorre, por exemplo, com o penhor sobre direitos, penhor rural e o penhor industrial.

O penhor comum é aquele que acumula os traços clássicos do instituto. Sempre tem por objeto bens móveis e reputa-se perfeito no momento em que se opera a tradição real e

19 SEGALLA, Alessandro Schirrmester. *A funcionalização do contrato de fiança: Proposta de revalorização do instituto*. Orientador: Professor Dr. Álvaro Villaça Azevedo. 2010. 297 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. DOI 10.11606/D.2.2010.tde-31012011-163139. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-163139/pt-br.php>. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 60-61

20 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21ª ed. ver. e atual por: Luiz Edson Fachin (coord. Edvaldo Brito). Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/27774759/Orlando_Gomes_-_Direitos_Reais. Acesso em 26/06/2020. p. 363

21 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4. p. 540

efetiva da coisa, com o deslocamento da posse. Os penhores especiais divergem do modelo anterior por não permitirem a aplicação de todas as regras inerentes ao penhor comum. Cada tipo de penhor especial detém uma particularidade que demanda uma análise específica.

O penhor rural compreende o penhor agrícola e o pecuário. Quando a garantia real grava uma cultura ou uma plantação, diz-se que o penhor é agrícola. Neste sentido, denomina-se pecuário, o penhor que tenha por objeto os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios.²²

Pode-se concluir que o penhor pecuário tem por objeto semoventes, enquanto o penhor agrícola é constituído sobre bens móveis e imóveis por acessão. A diferença mais marcante da modalidade ora analisada para o penhor comum, é que no penhor rural dispensa-se o requisito da tradição.²³ Desta forma, o credor recebe a posse indireta, enquanto o devedor conserva a posse direta, na qualidade de depositário da cultura ou dos animais que deu como garantia do pagamento de seu débito.²⁴

Já o penhor industrial recai sobre máquinas, aparelhos industriais e demais instrumentos utilizados neste meio. Esta modalidade de penhor é muito utilizada pelas indústrias de base e encontra-se previsto no artigo 1.447 do Código Civil²⁵. Guarda muita correspondência com o penhor rural, tendo em vista que deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis e também dispensa a tradição real da coisa onerada.

O penhor mercantil, bem como o penhor industrial, destina-se a garantir obrigações oriundas de negócios jurídicos empresariais. Estas duas modalidades guardam tantas semelhanças que estão previstas conjuntamente entre os artigos 1.447 a 1.450 do Código Civil. As duas principais correspondências estão relacionadas ao registro, tendo em vista que o penhor mercantil também deve ser levado ao Registro Imobiliário da situação do bem empenhado; e à dispensa da tradição efetiva do bem para constituição do direito real. Entretanto, mister ressaltar que o penhor mercantil e o penhor industrial não se confundem, na medida em que tem objetos diferentes. Sobre o tema, esclarece Orlando Gomes²⁶ que “as mais importantes aplicações do

22 Ibid., p. 553

23 Artigo 1.431 do CC: “Art. 1.431. Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação.”

24 DINIZ, Maria Helena. Op. Cit., p. 554

25 Art. 1.447 do Código Civil - Podem ser objeto de penhor máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos, instalados e em funcionamento, com os acessórios ou sem eles; animais, utilizados na indústria; sal e bens destinados à exploração das salinas; produtos de suinocultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivados; matérias-primas e produtos industrializados.

26 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21ª ed. ver. e atual por: Luiz Edson Fachin (coord. Edvaldo Brito). Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/27774759/Orlando_Gomes_-_Direitos_Reais. Acesso em 26/06/2020. p. 371

penhor mercantil verificam-se em relação a mercadorias depositadas em armazéns gerais, joias, pedras preciosas e metais.”

Depreende-se da leitura do artigo 1.451 em diante, que além de bens móveis e imóveis por acessão, também podem ser objeto de penhor os bens suscetíveis de cessão, sobre coisas móveis e os títulos de crédito. Isso significa que o penhor é um direito real de garantia que alcança não só os bens corpóreos, como também os incorpóreos.²⁷ Este pode ser constituído por instrumento público ou particular e deve ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, conforme aduz o artigo 1.452 do Código Civil.²⁸ O mesmo dispositivo ainda estipula que o titular de direito empenhado deverá entregar ao credor pignoratício os documentos comprobatórios desse direito, excetuados os casos em que houver um interesse legítimo e manifesto em conservá-los.

Sobre o penhor de direitos, vale reproduzir o comentário feito por Orlando Gomes²⁹:

A doutrina de que há direitos sobre direitos recebe, na matéria, uma de suas aplicações mais fecundas, pois a extensão do penhor a tais bens (incorpóreos) empresta à sua função econômica específica notável importância. O penhor comum deixara de ser um instrumento usual de garantia, tomando-se escasso o seu emprego. Especializou-se em formas que lhe restituíram a utilidade como estimulante do crédito, modificando-se em sua estrutura clássica. A mais interessante dessas modalidades especiais é, sem dúvida, o penhor de direitos.

Pode-se observar que o instituto clássico do penhor absorveu novos parâmetros e se modificou ao longo do tempo. Estas alterações foram materializadas em variações e novas modalidades desse direito real de garantia visando, principalmente, atender de forma mais satisfatória as novas demandas do mercado e das relações contemporâneas.

Conforme elucidado anteriormente, as garantias não possuem apenas uma fonte. O direito real de penhor pode ser constituído a partir de um acordo entre as partes, mediante a elaboração de um instrumento público ou particular, devidamente registrado no Cartório competente e, também, pode advir de uma determinação legal. Este último recebe a denominação de penhor legal e foi regulado pelo Código Civil entre os artigos 1.467 a 1.472.

Neste último, buscou o legislador proteger credores específicos, dando-lhes a possibilidade de tomar certos bens como garantia até conseguirem receber a importância

27 Art. 1.451 do Código Civil - Podem ser objeto de penhor direitos, suscetíveis de cessão, sobre coisas móveis.

28 Art. 1.452 do Código Civil - Constitui-se o penhor de direito mediante instrumento público ou particular, registrado no Registro de Títulos e Documentos.

29 Ibid., p. 371-372

devida.³⁰ De acordo com os ensinamentos de Paulo Lobo³¹, o penhor legal deveria ser abolido, levando-se em conta a sua escassa utilização. Ainda sobre o penhor legal, esclarece Lobo³²:

É conferido aos hoteleiros, hospedeiros, ou fornecedores de pousadas ou alimentos e aos locadores de imóveis. Desses casos, apenas um tem raro exercício, o dos hoteleiros sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro dos seus hóspedes. O penhor legal do locador sobre as coisas do locatário jamais teve qualquer aceitação: alvo de descrédito, a fiança atendeu sempre suas finalidades.

Ainda que pese exígua utilização do instituto nos dias atuais, entendeu por bem o legislador, em repetir a previsão desta modalidade no Código Civil de 2002. Assim, os credores estipulados no referido diploma legal podem tomar em garantia um ou mais bens, respeitando sempre o limite previsto em lei, qual seja o valor da dívida.³³ Ademais, em ato subsequente à retenção dos bens para fins de constituição do penhor legal, os credores devem requerer judicialmente sua homologação.³⁴

A segunda modalidade de direito real de garantia a ser analisada é a anticrese. Ainda prevista legalmente, entre os artigos 1.506 a 1.510 do Código Civil, a anticrese caiu em desuso e encontra-se praticamente extinta nos dias atuais. A estrutura básica deste direito real de garantia está definida no artigo 1.506 do Código Civil, segundo o qual pode o devedor ou outrem por ele, com a entrega do imóvel ao credor, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos.

Em síntese, o devedor anticrético, aquele que dá o imóvel em garantia, transfere a posse do bem ao credor anticrético, que satisfaz seu crédito através da percepção dos frutos advindos do bem, incorporando-os ao seu patrimônio. Levando em conta que seu objeto é necessariamente um imóvel, a anticrese depende do registro do título gerador no Cartório de Registro de Imóveis para restar plenamente constituída.

Como aludido anteriormente, esta é uma garantia praticamente extinta em nosso ordenamento. Uma das justificativas para a pouca utilização desta modalidade, reside no fato da mesma apresentar muitas dificuldades de ordem prática. A exemplo disso, pode-se citar o

30 Vide artigo 1.467 do CC: Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção: I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito; II - o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas.

31 Lôbo, Paulo. *Direito civil: coisas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 4 v. p. 391

32 *Ibidem*,

33 Artigo 1.469 do CC: “Art. 1.469. Em cada um dos casos do art. 1.467, o credor poderá tomar em garantia um ou mais objetos até o valor da dívida.”.

34 Artigo 1.471 do CC: “Art. 1.471. Tomado o penhor, requererá o credor, ato contínuo, a sua homologação judicial.”.

disposto no artigo 1.507 do Código Civil, que condiciona a administração do imóvel e a percepção de seus frutos e utilidades, à apresentação de um balanço anual, exato e fiel da administração, pelo credor anticrético. Se o devedor anticrético não concordar com o que se contém no balanço, por ser inexato, ou ruínoza a administração, poderá impugná-lo, e, se o quiser, requerer a transformação em arrendamento, fixando o juiz o valor mensal do aluguel, o qual poderá ser corrigido anualmente.³⁵

No mesmo sentido, pode-se novamente aferir a dificuldade prática, após a leitura do artigo 1.508 do Código Civil, que prevê a responsabilização do credor anticrético pelas deteriorações que, por culpa sua, o imóvel vier a sofrer, e pelos frutos e rendimentos que, por sua negligência, deixar de perceber. Ocorre que a relação entre as partes envolvidas, já não é favorável em sua origem, pois são credor e devedor, podendo a norma servir para atos de emulação entre elas.³⁶

Propositamente, as últimas garantias reais a serem analisadas são a hipoteca e a alienação fiduciária. A hipoteca não tem seu conceito definido legalmente, limitando-se o legislador, a elencar no artigo 1.473 do Código Civil, os bens que podem ser objeto deste direito real. Nesta esteira, cabe a outras fontes do direito, a delimitação das características essenciais do instituto. Maria Helena Diniz conceitua a hipoteca como direito real de garantia de natureza civil, que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende por hipotecável, pertencente ao devedor ou a terceiro, sem transmissão da posse ao credor.³⁷

1.2.3. Da divergência acerca da natureza jurídica da alienação fiduciária

No que concerne a alienação fiduciária, em sentido amplo, pode-se afirmar que é o negócio jurídico através do qual a titularidade de determinado bem ou direito é transmitida ao credor, podendo ser posteriormente devolvida ao devedor, mediante o adimplemento da obrigação garantida.³⁸ O instituto em questão é objeto de diversas controvérsias na doutrina, que é dissonante em precisar sua classificação dentro do estudo do Direito das coisas e,

35 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito das Coisas*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 4. p. 350

36 Ibidem.

37 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4. p. 588

38 SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo*. Orientador: Teresa Ancona Lopez. 2013. 173 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>. Acesso em: 18 de agosto 2020, p. 29

principalmente em definir sua natureza jurídica. Por constituir um dos objetos principais da presente pesquisa, frisa-se que as controvérsias relativas à alienação fiduciária e à hipoteca serão examinadas de forma pormenorizada em capítulo subsequente.

Salienta-se que a maioria dos autores, sobretudo os autores clássicos, entendem que, no sistema jurídico pátrio, a designação de garantias reais compreende apenas o penhor, a anticrese e a hipoteca. A exemplo disto, pode-se citar o entendimento de Orlando Gomes³⁹:

Embora cada qual tenha configuração inconfundível, os três direitos reais de garantia (penhor, hipoteca e anticrese) são conceitualmente idênticos, e tendem ao mesmo fim. Subordinam-se, conseqüentemente, a princípios comuns. Mas, como não atuam do mesmo modo, regem-se também por normas específicas.

Entretanto, mister ressaltar que o presente estudo, com base nas justificativas tão logo aduzidas, considerará, para além do penhor, anticrese e hipoteca, a alienação fiduciária também como uma garantia real própria.

Luciano de Camargo Penteado⁴⁰ afirma que a alienação fiduciária não constitui um novo direito real, mas sim a propriedade funcionalizada ao cumprimento de obrigações, o que a tornaria uma garantia atípica ou imprópria. Justifica, ainda, que esta definição tem importância por não se aplicar à propriedade fiduciária o regime dos direitos reais de garantia em geral, por conta da atipicidade.

Entende-se este ponto em consonância com o que defende Fábio Rocha Pinto e Silva⁴¹:

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 seqüela.

39 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21ª ed. ver. e atual por: Luiz Edson Fachin (coord. Edvaldo Brito). Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/27774759/Orlando_Gomes_-_Direitos_Reais. Acesso em 26/06/2020. p. 349

40 PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 554

41 SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo*. Orientador: Teresa Ancona Lopez. 2013. 173 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>. Acesso em: 18 de agosto 2020, p. 3

Outrossim, este trabalho caminha no sentido de reconhecer a alienação fiduciária e a cessão fiduciária como formas de garantias próprias, reguladas pelo direito brasileiro como negócios jurídicos especificamente instituídos com finalidade de garantia real. Assim, em detrimento de uma acepção estrita que abarca somente os direitos de garantia sobre coisa alheia, adota-se uma concepção mais abrangente e didática de garantia real. Entende-se a alienação e a cessão fiduciárias como garantias reais sobre coisa própria ou *ius in re própria*.⁴²

Mesmo ciente da divergência teórica acerca do tema, o presente estudo considera ser mais acertada a escolha de privilegiar uma classificação funcional das garantias. Isto porque acredita-se que o reconhecimento do caráter real desse direito e a sua autonomia em relação ao direito de propriedade tradicional representariam benefícios de ordem teórica e prática, conforme se demonstrará ao longo deste trabalho.

42 Ibid., p. 30

2. DA HIPOTECA E A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

2.1. DA HIPOTECA

2.1.1. Conceito e natureza jurídica

Asseveram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que a hipoteca é um sistema de garantia real disciplinado de forma bifronte. Em seus aspectos substanciais, é regida pelo Código Civil de 2002, entre os artigos 1.473 a 1.505; já no que tange a parte procedimental, subordina-se à Lei no 6.015/73, denominada Lei de Registros Públicos.⁴³

Como já elucidado anteriormente, a hipoteca não foi conceituada explicitamente pela legislação brasileira. Neste sentido, necessário mencionar alguns conceitos encontrados na doutrina. Clóvis Bevilacqua define a hipoteca como “o direito real que recai sobre imóvel, navio ou aeronave, alheio, para garantir qualquer obrigação de ordem econômica, sem transferência da posse do bem gravado para o credor”.⁴⁴

Em designação semelhante, aponta Orlando Gomes⁴⁵:

A hipoteca é o direito real de garantia em virtude do qual um bem imóvel, que continua em poder do devedor, assegura ao credor, precipuamente, o pagamento de uma dívida. Para o credor é direito provido de seqüela e preferência. Para o devedor, ônus real. Destinado a garantir o pagamento de uma dívida, o direito real de hipoteca, em nosso sistema jurídico, tem sua existência condicionada e sua sorte ligada a um direito de crédito.

Em apertada síntese, pode-se verificar, através dos conceitos expostos, que a hipoteca é um direito de garantia que permite ao credor assegurar a satisfação de uma obrigação, através da constituição de um gravame real sobre um bem imóvel, de propriedade do devedor. Frisa-se desde logo que, em caso de inadimplemento, o devedor suportará a perda seu bem em razão da excussão judicial, própria do instituto da hipoteca.

O direito real de hipoteca garante ao credor não a possibilidade de imissão na posse da coisa gravada de forma direta, mas, apenas, a faculdade de levar o bem à hasta pública, mediante

43 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. 5 v. p. 881

44 BEVILACQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 5. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 2 v. (Coleção história do direito brasileiro. Direito Civil 3). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496210>. Acesso em: 15 out. 2020. p. 129

45 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21ª ed. ver. e atual por: Luiz Edson Fachin (coord. Edvaldo Brito). Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/27774759/Orlando_Gomes_-_Direitos_Reais. Acesso em: 26 jun. 2020. p. 129

a instauração de um processo judicial. Desta forma, assegura-se ao credor hipotecário o direito de preferência sobre o produto obtido com a venda do bem.

Nesta senda, alguns autores entendiam que a aludida particularidade seria suficiente para afastar a caracterização da hipoteca como direito real em sua feição normal. Essa vertente da doutrina clássica, capitaneada por Luiz da Cunha Gonçalves, sustenta sua tese basicamente na premissa de que o credor hipotecário não exerce direito algum sobre a coisa específica, tendo em vista que seu direito está vinculado ao valor do bem gravado. Entende o referido autor, que a preferência atribuída ao titular de direito hipotecário, representa tão somente uma característica de sua realidade, visto que a hipoteca só concretiza seu fim, qual seja a de garantir uma obrigação, após o fim do processo de excussão.⁴⁶

Entretanto, Orlando Gomes⁴⁷ refutou tal hipótese e concluiu brilhantemente:

O direito do credor de promover a venda judicial da coisa dada em garantia não depende, para seu exercício, de intermediário. Por outras palavras, não está subordinado ao consentimento do devedor. O credor atua, por conseguinte, de modo imediato sobre a coisa, e é isso, precisamente, que caracteriza o direito real. A realidade da hipoteca consiste em conferir ao credor, sobre a coisa, um poder particular e dependente, em virtude do qual o titular pode apreendê-lo, se estiver em poder de qualquer terceiro para fazer valer aquela razão creditória e aqueles direitos de preferência a qualquer outro credor.

Em que pese já ter havido uma discordância longínqua em relação à natureza jurídica da hipoteca, cuidou o legislador de esvaziar o debate, praticamente encerrando a controvérsia, com a promulgação do Código Civil de 2002. Isto porque, seguindo a lógica da codificação anterior, a hipoteca foi mantida no rol de direitos reais do artigo 1.225 do Código Civil vigente, mais especificamente no inciso IX.

2.1.2. Princípios que regem o instituto da hipoteca

Os princípios servem à ordem jurídica e exercem função primordial no ordenamento enquanto conjunto integrado de normas. Eles direcionam o entendimento do intérprete e traçam limites à atuação deste dentro do sistema.

46 BUFULIN, Augusto Passamani. *Uma análise da hipoteca convencional sobre bens imóveis no Código Civil de 2002*. 390 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8471/1/Augusto%20Passamani%20Bufulin.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020. p. 24-25

47 GOMES, Orlando. op. cit., p. 351

No que concerne os direitos reais de garantia, pode-se afirmar que estes subordinam-se classicamente à três princípios que serão analisados individualmente: publicidade, especialidade e indivisibilidade.

O princípio da publicidade talvez seja o mais importante dos listados acima. Isto porque não tem sua aplicabilidade limitada aos direitos reais de garantia, já que consiste em um princípio próprio dos direitos reais enquanto gênero. Conforme explica Arruda Alvim⁴⁸, “a adoção deste princípio é condição de operatividade do princípio do absolutismo: os direitos reais só se podem exercer contra todos se forem ostentados publicamente.”.

A função mais elementar do princípio da publicidade é revestir a garantia de oponibilidade *erga omnes*, especialmente àqueles que venham a possuir um interesse no bem gravado, a exemplo de credores do devedor comum e futuros adquirentes da coisa.

Nesta esteira, válido destacar o artigo 1.217 do Código Civil Brasileiro que expressamente prevê a obrigatoriedade do registro do título de constituição ou transferência de direitos reais sobre imóveis no Cartório de Registro de Imóveis. Ainda no diploma legal predito, outro dispositivo que consagra o princípio da publicidade dos direitos reais é o artigo 108. Este estabelece que a lavratura de escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, excetuados os casos em que a lei dispuser contrariamente.

O princípio ora analisado proporciona, na realidade, segurança em dupla escala, pois confere eficácia ao credor e ao mesmo tempo possibilita o conhecimento de terceiros acerca da existência de gravames sobre o imóvel. Sobre o assunto explica Augusto Passamani⁴⁹:

A publicidade afasta que eventuais terceiros adquirentes ou credores sub-hipotecários aleguem o desconhecimento do direito real que grava e vincula o imóvel ao cumprimento de determinada obrigação. Com a publicidade decorrente do registro imobiliário, há presunção de que todos saibam que o bem está ligado a uma hipoteca anterior, assegurando, pela preferência, ao credor hipotecário o direito ao produto da venda do imóvel em caso de inadimplemento.

Mister ressaltar que, além precisar a gênese do direito real e alicerçar sua publicidade, o registro também concede, àquele que anotar previamente seu título, o direito de prioridade

48 ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais*. In BUFULIN, Augusto Passamani. *Uma análise da hipoteca convencional sobre bens imóveis no Código Civil de 2002*. 390 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8471/1/Augusto%20Passamani%20Bufulin.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020. p. 57

49 Ibid., p. 58

em relação a outros credores que vierem a registrar seu título em momento posterior. A referida regra está consagrada no artigo 1.493 do Código Civil.

Conforme pode-se observar, a necessidade do registro imobiliário é traço marcante da hipoteca. Isto posto, ressalta-se que a ausência do referido ato implica na deturpação do instituto, o que acarreta a alteração da natureza do acordo entre as partes, que as vinculará com força de direito pessoal.

Neste mesmo sentido, reconheceu o egrégio Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, do ano de 2019:

RECURSO ESPECIAL. HIPOTECA. REGISTRO DO TÍTULO TRANSLATIVO NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS. NECESSIDADE. HIPOTECA. SEQUELA. (...). Enquanto a relação obrigacional tem por objeto comportamento consistente na entrega da prestação, o direito real de propriedade que recai sobre bem imóvel formar-se pelo registro do título translativo no cartório de imóveis, tendo como objeto a própria coisa. A doutrina especializada realça que a publicidade do registro cartorário visa dar efetividade à confiança e à segurança jurídica, induzindo a circulação de riqueza, fluidez ao crédito e ao comércio, por meio da informação que fornece aos terceiros de boa-fé a respeito dos direitos relacionados com o bem que se registra, em especial quando não possuem manifestação possessória, a exemplo das hipotecas e dos ônus relativos aos imóveis. A hipoteca é direito real de garantia por meio do qual o devedor permanece com o domínio e a posse. Mas, em caso de inadimplência ou perecimento da coisa, o credor tem a faculdade de promover a venda judicial do bem, recebendo o produto até o valor total do crédito, com preferência. Com efeito, o art. 1.419 do CC estabelece que, nas dívidas garantidas por hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação. Pela característica de sequela, assegura-se ao titular do direito real perseguir a coisa em poder de quem esteja sendo indiferente qualquer ato translativo da propriedade. A proibição de alienação do imóvel hipotecado é nula, conforme o art. 1.475 do CC, justamente porque o credor hipotecário, titular da garantia real, possui a faculdade de perseguir o bem, penhorá-lo, aliená-lo judicialmente, sem que o novo titular da propriedade oponha óbice algum a sua pretensão. A doação efetuada, em partilha decorrente de separação judicial, pelos genitores dos autores antes mesmo de o imóvel ser hipotecado, por não ter sido registrada no cartório de registro de imóveis, gera efeitos obrigacionais apenas para os alienantes (doadores) e para os donatários, de modo que não torna ineficaz nem inválida a hipoteca dada a terceiro de boa-fé pelos efetivos proprietários.⁵⁰

O segundo princípio que rege o instituto da hipoteca e os demais direitos de garantia, é o da especialidade. Consagrado no artigo 1.414 do Código Civil Brasileiro⁵¹, consiste na obrigatoriedade de identificação expressa e detalhada do bem ofertado e da dívida garantida. A lei estipula como requisito de eficácia que os contratos de hipoteca detenham informações

50 STJ - REsp: 1358062 DF 2012/0262069-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 15/08/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/09/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202620698&dt_publicacao=03/09/2019 Acesso em: 18 out. 2020.

51 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.

estruturais do negócio jurídico, a exemplo do valor do crédito, sua estimação ou valor máximo, descrição minuciosa da coisa gravada, bem como o prazo para pagamento e incidência de juros e taxas, caso existam.

A hipoteca deve obrigatoriamente ser instituída sobre bens imóveis determinados e certos. Não se admite, em nenhuma modalidade, a incidência indiscriminada sobre todos os bens do devedor, de forma a resguardar os interesses deste e também de terceiros, conforme explica Orlando Gomes⁵².

Impõe-se este requisito de especificação, em razão do registro da garantia e, também, em virtude da necessidade de uma excussão correta e eficaz. De acordo com os ensinamentos de Washington de Barros Monteiro e Carlos A. Dabus Maluf⁵³, o preceito do artigo 1.424 do Código Civil, tem por finalidade estabelecer que todos quantos desejem transigir com o devedor fiquem sabendo ou conhecendo suficientemente sua situação financeira.

Todavia, importante assinalar que a inobservância do princípio da especialidade não enseja a nulidade da hipoteca, mas, tão somente, induz a ineficácia do direito real perante terceiros. Nesta linha, aduz Carlos Roberto Gonçalves⁵⁴:

A ausência desses requisitos não acarreta, porém, a nulidade do contrato, mas apenas a sua ineficácia, pois não produz os efeitos próprios de um direito real. Valerá apenas como direito pessoal, vinculando somente as partes que intervieram na convenção. Em consequência, fica o credor privado da sequência, da preferência e da ação real, restando-lhe apenas o direito de participar do concurso de credores, na condição de quirografário.

Não restará prejudicada a eficácia da garantia se a omissão puder ser sanada 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.⁵⁵

52 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21ª ed. ver. e atual por: Luiz Edson Fachin (coord. Edvaldo Brito). Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/27774759/Orlando_Gomes_-_Direitos_Reais. Acesso em: 26 jun. 2020. p. 382-383

53 MONTEIRO, Washington de Barros; DABUS MALUF, Carlos Alberto, Curso de Direito Civil: *direito das coisas*. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v. p. 403

54 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito das coisas*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 5 v. p. 537

55 SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo*. Orientador: Teresa Ancona Lopez. 2013. 173 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>. Acesso em: 18 de agosto 2020. p. 52

Conclui-se que a especialização deve ser analisada em sentido amplo, eis que compreende a necessidade de individualização tanto do crédito garantido pela hipoteca, quanto do bem considerado em si mesmo.

O último princípio a ser abordado, o da indivisibilidade, é o único que possui ressalvas e exceções típicas à sua aplicação. Quando fisicamente possível e não vedada pelo contrato, a obrigação principal acordada entre partes pode ser perfeitamente amortizada ou dividida antes de seu vencimento.⁵⁶ Entretanto, o pagamento parcial da dívida não enseja a diminuição equivalente da hipoteca. É o que estatui o artigo 1.421 do Código Civil: “O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação.”.

O dispositivo transcrito consagra o princípio da indivisibilidade. Este define que o pagamento parcial do crédito garantido não promove o fracionamento da garantia, ainda que a mesma atinja diversos bens ou que os bens afetados sejam divisíveis. Desta forma, como regra geral, o direito real de hipoteca permanece integralmente eficaz até a quitação total da dívida.

Sobre o tema, Washington de Barros Monteiro⁵⁷ aduz que “ainda que a execução hipotecária verse tão somente sobre saldo da dívida originária, amortizada na sua maior parte, incide a penhora sobre todo o imóvel, ou todos os imóveis dados em garantia”.

Contudo, não se pode esquecer de mencionar que, o princípio ora estudado, não é uma norma cogente ou de ordem pública, podendo ser mitigado pela autonomia privada, conforme explica Clóvis Bevilacqua⁵⁸:

Não sendo a indivisibilidade da essência da garantia real, pode o credor (em benefício de quem a lei a estabelece) renunciá-la, seja no ato constitutivo da garantia, seja em ato posterior, celebrado com a mesma solenidade exigida para a constituição da garantia. Nada obsta a que o credor, solicitado pelo devedor, lhe permita alienar uma parte da coisa, sem que o vínculo real acompanhe essa porção alienada.

A própria legislação excetua a indivisibilidade das garantias reais, a exemplo do artigo 1.488 do Código Civil Brasileiro, que permite a divisão do ônus hipotecário no caso de o imóvel

56 BUFULIN, Augusto Passamani. *Uma análise da hipoteca convencional sobre bens imóveis no Código Civil de 2002*. 390 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8471/1/Augusto%20Passamani%20Bufulin.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020. p. 103

57 MONTEIRO, Washington de Barros; DABUS MALUF, Carlos Alberto, *Curso de Direito Civil: direito das coisas*. 39. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v. p. 348

58 BEVILACQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 5. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 2 v. (Coleção história do direito brasileiro. Direito Civil 3). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496210>. Acesso em: 20 out. 2020. p. 29

gravado vir a ser loteado, ou nele se constituir condomínio edilício.⁵⁹ Neste caso, a hipoteca existente sobre o terreno restará fragmentada, incidindo sobre cada um dos lotes ou unidades autônomas apartadamente. Esta exceção à indivisibilidade das garantias é muito utilizada nas operações de incorporação imobiliária e nos contratos de financiamento imobiliário. Desta forma, garante-se ao adquirente de lote ou unidade autônoma do empreendimento, a possibilidade de obter a quitação da sua parcela da dívida para que promova o cancelamento do gravame em relação ao imóvel que adquiriu.

Desta forma, pode-se notar que o princípio da indivisibilidade, classicamente observado no estudo dos Direitos Reais de Garantia, encontra limitações no que tange a hipoteca, eis que a indivisibilidade da garantia hipotecária não é uma característica inerente ao instituto. O preceito da indivisibilidade foi instituído pelo ordenamento com o intuito de propiciar ao crédito, como já mencionado anteriormente, uma base mais segura e sólida, uma vez que a divisão do vínculo hipotecário, com a consequente divisão do bem gravado, poderia diminuir seu valor, comprometendo a satisfação do credor, caso o devedor viesse a ficar inadimplente com as prestações vincendas.⁶⁰

Conclui-se no sentido de que, ao contrário do que ocorre no princípio da publicidade, norma cogente, que pune sua inobservância com a invalidade da garantia real, a violação da regra de indivisibilidade não desnatura a garantia e, menos ainda, tem condão de retirar desta sua natureza de direito real.

2.1.3. Características da garantia hipotecária e de seu registro

As garantias pessoais, já analisadas em capítulo anterior, caracterizam-se essencialmente por garantir o adimplemento de obrigação mediante a vinculação de todo o patrimônio do devedor. Mesmo com uma universalidade de bens tutelando o risco do contrato, a modalidade pessoal de garantia não é a preferível no tráfego jurídico. Isto porque, como já amplamente evidenciado, as garantias reais vinculam de forma específica um bem do garantidor e não todo seu patrimônio.

59 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.

60 BUFULIN, Augusto Passamani. *Uma análise da hipoteca convencional sobre bens imóveis no Código Civil de 2002*. 390 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8471/1/Augusto%20Passamani%20Bufulin.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020. p. 104

Sobre o favoritismo das garantias reais em detrimento das pessoais, Fábio Ulhoa Coelho⁶¹, discorre:

A garantia real, em função da vinculação entre o bem do devedor ou de terceiro e a satisfação da obrigação, é mais eficaz que a pessoal. Em primeiro porque a vinculação dificulta muito a alienação do bem. O proprietário de imóvel hipotecado não em contra comprador interessado em adquiri-lo sem a prévia liberação do gravame. Além disso, sendo decretada a insolvência do garante, o credor com garantia real goza da mais elevada preferência na ordem de classificação dos créditos. Quer dizer, graças à vinculação de seu direito a bem específico do patrimônio do insolvente, o pagamento será feito antes dos demais. O titular de garantia pessoal simples (desprovida de privilégio geral ou especial) não goza de nenhuma preferência no concurso de credores.

Sem o intuito de desabonar as garantias pessoais, fato é que as garantias de natureza real trazem em seu bojo uma maior segurança, típica dos direitos reais. Justifica-se tal afirmação a partir das três principais características dos direitos reais garantia: sequela, preferência e acessoriedade. Tanto o direito de sequela como o de preferência, na realidade, não são atributos exclusivos dos direitos reais de garantia, mas sim de todos os direitos reais. Todavia, nos primeiros, estes traços notabilizam-se e assumem papel de evidente importância para sua manutenção e finalidade, conforme se demonstrará.

De acordo com Orlando Gomes, a sequela e a preferência atestam a natureza substantiva e real da garantia. O *Jus Persequendi*, ou direito de sequela, diz respeito ao direito de demandar, isto é, de perseguir e reclamar a coisa do poder de quem quer que a possua, visto que o vínculo não se descola do bem cujo valor está afetado ao pagamento da dívida.⁶²

Desta forma, a constituição de garantia hipotecária não impede que o devedor transmita o bem a outrem, visto que este continua onerado, transferindo-se com ele, o gravame hipotecário. Observados os requisitos formais de constituição do referido direito real, não haverá prejuízo ao credor hipotecário caso ocorra modificação posterior na titularidade da coisa. Por conseguinte, dispõe o Código Civil, em seu artigo 1.475, que é nula a cláusula que proibir o proprietário de alienar o imóvel hipotecado⁶³.

Ademais, como já mencionado no capítulo anterior, o credor de garantia real tem direito a pagamento preferencial, obtendo a satisfação do seu crédito antes de outros credores

61 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3. p. 247

62 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21ª ed. ver. e atual por: Luiz Edson Fachin (coord. Edvaldo Brito). Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/27774759/Orlando_Gomes_-_Direitos_Reais. Acesso em: 26 jun. 2020. p. 350

63 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.

que possuam somente garantia de natureza pessoal e, também, antes de credores que tenham número de ordem posterior, conforme se analisará adiante.

A depender do valor do imóvel, o proprietário pode constituir mais de uma hipoteca sobre o bem, seja em garantias de obrigações sobre o mesmo credor ou credores distintos, nos termos do artigo 1.476 do Código Civil⁶⁴. Neste caso, havendo múltiplas hipotecas constantes da matrícula do imóvel, a lei concede o direito de preferência dos credores anteriores em relação aos credores posteriores, organizando os gravames em graus crescentes: o primeiro credor possui hipoteca de 1º grau, o segundo em 2º grau e, assim, sucessivamente, limitando-se o número de graus à capacidade de garantia do imóvel.⁶⁵ Válido mencionar que a hipoteca de imóvel já hipotecado denomina-se sub-hipoteca.

Cabe ao Oficial do Registro de Imóveis do lugar do imóvel⁶⁶, verificar e controlar o registro e a prenotação dos gravames hipotecários nas matrículas dos imóveis, assegurando o bom funcionamento do sistema de preferências. A lei de registros públicos, que regulamenta a parte procedimental do instituto da hipoteca, designa em seu artigo 182, que todos os títulos tomarão, no Protocolo, o número de ordem que lhes competir em razão da sequência rigorosa de sua apresentação. Complementa o mesmo diploma legal, no artigo 186, que o número de ordem determinará a prioridade do título e a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados pela mesma pessoa mais de um título simultaneamente.

Válido ainda mencionar o disposto no artigo 189 da Lei 6.015/73:

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.

Mesmo que não seja concedido ao credor a possibilidade de vedar a alienação do bem hipotecado, a lei confere às partes a alternativa de convencionarem, na escritura de constituição,

64 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.

65 SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo*. Orientador: Teresa Ancona Lopez. 2013. 173 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>. Acesso em: 18 de agosto 2020. p. 57-58

66 Art. 1.492. As hipotecas serão registradas no cartório do lugar do imóvel, ou no de cada um deles, se o título se referir a mais de um.

que o estabelecimento de garantia em grau posterior dependerá de anuência do credor, sob pena de vencimento antecipado da dívida garantida.⁶⁷

O instrumento para constituição da hipoteca e os requisitos legais para sua instituição, variam de acordo com a modalidade de garantia real. Já se viu que a hipoteca pode ter natureza convencional, judicial ou legal. A hipoteca convencional, categoria que pressupõe um concurso de vontades, resulta sempre de um contrato, não se constituindo jamais por ato unilateral. De acordo com os ensinamentos de Orlando Gomes, o contrato de hipoteca exige observância de formalidades que o incluem na categoria dos contratos solenes. Há de ser celebrado, com efeito, mediante a lavratura de escritura pública. É este instrumento o título constitutivo da hipoteca convencional. Contudo, somente ele não basta para constituição plena do direito real de hipoteca. O contrato é simples *titulus*. A hipoteca só se reveste da realidade própria de sua natureza quando o título é inscrito no Registro Imobiliário. Por conseguinte, a inscrição é o *modus acquirendi* do direito real da hipoteca.⁶⁸

Esta posição não é uníssona na doutrina. Alguns autores entendem que o registro é exigido, tão somente, para fazer valer o acordado em relação à terceiros, considerando-se que, entre as partes, a hipoteca estaria plenamente constituída por efeito exclusivo do contrato. Em que pese a existência do referido entendimento, a presente pesquisa filia-se a corrente anteriormente citada, uma vez que não se pode conceber um direito real que não seja oponível a terceiros.

No que tange a hipoteca judicial, o título constitutivo é a sentença que, do mesmo modo, deve ser inscrita no Registro de Imóveis pelo credor, para que se possa promover a excussão da garantia.

2.1.4. Aspectos relacionados a extinção e a excussão da Hipoteca

O Código Civil, em seu artigo 1.499, prevê as modalidades de extinção de hipoteca, quais sejam: I - pela extinção da obrigação principal; II - pelo perecimento da coisa; III - pela resolução da propriedade; IV - pela renúncia do credor; V - pela remição; VI - pela arrematação ou adjudicação. Mister ressaltar que apesar de a lei ter enumerado as formas de extinção da

67 SILVA, Fábio Rocha Pinto. op. cit. p. 59

68 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21ª ed. ver. e atual por: Luiz Edson Fachin (coord. Edvaldo Brito). Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/27774759/Orlando_Gomes_-_Direitos_Reais. Acesso em: 26 jun. 2020. p. 389

hipoteca, o referido rol não é taxativo, admitindo-se outras formas não tipificadas na lei que também acarretam a sua extinção.⁶⁹

Orlando Gomes explica que a hipoteca pode ser extinta por via de consequência ou via principal. A primeira relaciona-se com a natureza acessória da garantia. Neste sentido, considera-se extinta a hipoteca, por via de consequência, quando a obrigação principal garantida desaparecer. Já a extinção por via principal ocorre quando a hipoteca deixar de existir por uma causa peculiar. Nesta hipótese a obrigação principal subsiste, mas o crédito passa a ser quirografário.⁷⁰

Abordando especificamente as causas previstas no artigo de extinção da hipoteca, pode-se notar que o inciso I do artigo 1.499 do Código Civil, materializa o princípio da gravitação jurídica. Desta feita, ante a natureza acessória da garantia hipotecária, quando extinta a obrigação principal, extingue-se também o gravame real.

A segunda forma de extinção da hipoteca diz respeito à destruição do bem onerado. Há de se mencionar que, ao contrário do inciso antecessor, a extinção da garantia não implica no desaparecimento do direito crédito. Nesta esteira, imperioso destacar a previsão do §1º do artigo 1.425 do Código Civil que determina, em caso de perecimento da coisa dada em garantia, que esta se sub-rogará na indenização do seguro ou no ressarcimento do dano, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até seu completo reembolso.

O terceiro inciso do dispositivo analisado refere-se à forma de extinção da hipoteca por resolução do domínio. O melhor exemplo desta hipótese é o devedor que goza de propriedade resolúvel sobre o imóvel. O implemento da condição resolutiva acarreta a perda do domínio e, conseqüentemente, a extinção dos direitos reais que foram constituídos durante sua pendência. Esta assemelha-se à perda da coisa, uma vez que o direito de hipoteca perde seu objeto, extinguindo-se por consequência.⁷¹ É o caso daquele que compra uma casa com cláusula de retrovenda e constitui uma hipoteca. Caso o vendedor exerça a opção de recobrar o bem, extingue-se o gravame hipotecário.

O inciso quarto abarca a possibilidade de extinção da hipoteca mediante renúncia do credor. Maria Helena Diniz destaca a necessidade de que o renunciante disponha de capacidade jurídica para promover tal ato, sobretudo porque reverterá à condição de mero credor

69 BUFULIN, Augusto Passamani. *Uma análise da hipoteca convencional sobre bens imóveis no Código Civil de 2002*. 390 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8471/1/Augusto%20Passamani%20Bufulin.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020. p. 287

70 GOMES, Orlando. op. cit. p. 394

71 Ibid. p. 395

quirográfario, abdicando do seu direito à seqüela e a preferência. Ressalta, ainda, que a renúncia deve ser inequívoca e só se aplica à hipoteca convencional, considerando que a hipoteca legal, inspirada em interesse de ordem pública é, tão logo, irrenunciável.⁷²

A quinta forma de extinção da hipoteca é a remição. De acordo com Luciano de Camargo Penteado, o direito de remição consiste na possibilidade conferida ao o credor de hipoteca sucessiva, ao adquirente de imóvel hipotecado e ao próprio devedor, de desonerar o bem do vínculo real.⁷³ A exemplo do credor de hipoteca sucessiva, também alcunhado credor sub-hipotecário, pode ser de grande valia utilizar-se do instituto da remição quando o retardo na iniciativa ou condução da execução de hipoteca, por parte do credor preferencial, represente um risco de insatisfação do seu crédito de segunda.

O inciso sexto do artigo 1.499 do Código Civil, conforme explica Carlos Roberto Gonçalves, designa a possibilidade de a hipoteca ser extinta pela arrematação ou adjudicação, no mesmo processo ou em outro, desde que o credor hipotecário, notificado judicialmente da venda, não compareça para defender o seu direito, nos termos dos artigos 1.501 do Código Civil.

Por fim, como já afirmado anteriormente, o rol do artigo 1.499 do Código Civil não é exaustivo, razão pela qual conclui-se pela existência de outras formas de extinção da hipoteca a exemplo da perempção legal e a prescrição da dívida.

Ademais, ultrapassados os pontos acerca da extinção da hipoteca, importante contextualizar também alguns pontos acerca do processo de execução desta garantia. No ordenamento pátrio veda-se que às partes, tentando evitar a excussão judicial da hipoteca, pactuem contratualmente uma cláusula que permita ao credor ficar com o bem em pagamento da obrigação garantida. Esta prática, denominada pacto comissório, é considerada nula pelo Código Civil, nos termos do seu artigo 1.428. De igual modo, de acordo com Fábio Rocha Pinto e Silva, não se admite a venda do imóvel por iniciativa particular, através de mandato previamente outorgado pelo devedor, na hipótese de inadimplemento da dívida garantida.⁷⁴

72 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4. p. 627

73 PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 574

74 SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo*. Orientador: Teresa Ancona Lopez. 2013. 173 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>. Acesso em: 23 out 2020. p. 58

No Brasil, somente se admite a execução extrajudicial da hipoteca no âmbito dos contratos com instituições financeiras e aqueles para aquisição de imóvel residencial celebrados no Sistema Financeiro de Habitação e, também, no Sistema de Financiamento Imobiliário.

Ainda de acordo com Fábio Rocha, seguindo o modelo proposto pelo ordenamento, a execução da garantia hipotecária poderia ser concluída de forma razoável, na primeira instância judicial, em prazo inferior a cento e oitenta dias. No entanto, o grande número de recursos concedidos ao devedor, o excesso de atos administrativos necessários para o andamento processual e a sobrecarga do judiciário brasileiro, tornam a realidade muito diferente. A excussão judicial da hipoteca é substancialmente morosa, o que, sem dúvidas, contribui para o desprestígio da garantia hipotecária.

2.1.5. Análise da hipoteca dentro da perspectiva da garantia ideal

Laurent Aynès e Pierre Crocq, elaboraram um conceito muito significativo acerca da garantia ideal. Segundo os autores, a garantia ideal deve reunir quatro atributos: o primeiro diz respeito a sua constituição que deve ser simples e pouco onerosa, para não aumentar o custo do crédito; ademais, a garantia ideal também deve ser adequada à dívida garantida – nem em excesso, nem insuficiente, a fim de que se evite o abuso de garantias, que desperdiçam a capacidade negocial do bem; o terceiro atributo relaciona-se com a eficácia da garantia, ou em outros termos, com a capacidade desta de conferir ao credor a certeza de que será pago na hipótese do devedor inadimplir a obrigação garantida; Por fim, a última qualidade que a garantia ideal deve possuir diz respeito à sua execução, que tem de ser simples e célere, com intuito de evitar demoras e custos inúteis.⁷⁵

Em síntese, pode-se concluir que a garantia deve ser de constituição simples, adequada e eficaz tanto material quanto processualmente. Como se viu, as garantias pessoais normalmente são de constituição fácil e pouco onerosas, bem como devidamente adequadas às dívidas garantidas por incidirem abstratamente sobre todo o patrimônio do devedor. Todavia, estas tendem a ser pouco eficazes já que não há como prever as oscilações patrimoniais do devedor. Outro aspecto pouco correspondido pelas garantias pessoais, diz respeito à execução que, via de regra, se dá através de um processo judicial, que pode ser lento e oneroso.

De modo diverso, as garantias reais aproximam-se mais do conceito criado por Aynès e Crocq, no tocante à eficácia, levando-se em conta que o gravame é constituído sobre um bem

⁷⁵ Ibid. p. 10 Apud (França) L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés – La Publicité foncière*, 3^a ed. Paris, *Defrénois lexteson éditions*, 2008. p. 7

específico do garantidor, que o acompanha, graças a característica de ambulatoriedade dos direitos reais. Neste aspecto torna-se irrelevante a análise sobre as oscilações patrimoniais do devedor, vez que a coisa continuará onerada. Contudo, as garantias reais tradicionais, especialmente a hipoteca, não correspondem às expectativas no tocante à sua excussão, que é extensa e custosa, nem à sua constituição que, via de regra, depende da realização de ato jurídico complexo e solene.

Conclui-se que os aspectos negativos relacionados à garantia hipotecária se resumem aos custos e formalidades excessivas para sua constituição, bem como ao tempo dispendido para sua execução. As referidas questões, aliadas às novas necessidades do mercado e ao desejo por maior proteção contra insolvência do devedor, foram determinantes para o desuso gradual da garantia e a consequente ascensão da alienação fiduciária, que será abordada em tópico subsequente.

2.2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

2.2.1. Fatores determinantes para o desuso das garantias tradicionais e a ascensão da alienação fiduciária

Os direitos reais de garantia tradicionais já não atendem, de forma ágil e satisfatória, à enorme demanda de negócios implementados nas últimas décadas. A ciência jurídica não deve permanecer à margem das transformações sociais, do cenário macroeconômico e das novas necessidades advindas das relações negociais.

Observadas as regras gerais do ordenamento e, principalmente, os preceitos constitucionais, cabe ao Estado encarar a ordem jurídica como elemento organizador, promovendo a regulamentação de novos institutos e direitos, garantindo também seu pleno exercício.

Sobre o tema, aduz Alexandre Braga Massela:

A entrada em cena do direito e, com isso, de uma certa concepção de direito, depende deste postulado: a vida social, onde quer que exista de maneira durável, tende inevitavelmente a assumir uma forma definida e a se organizar. O direito não é outra coisa que esta organização no que ela tem de mais estável e preciso. O vínculo entre a dimensão estrutural das relações frequentes e próximas e a dimensão normativa das regras, fundamenta a estreita relação entre o direito e a vida social.⁷⁶

76 MASSELLA, Alexandre Braga. *A realidade social e moral do direito: uma perspectiva Durkheimiana*. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 26, nº 2, p. 267-296, 2014. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452014000300010> > Acesso em: 24 out. 2020. p. 270

A sociedade contemporânea busca, a todo tempo, novas formas de empreender. Os novos negócios jurídicos, especialmente no ramo empresarial imobiliário, pretendem aumentar as possibilidades de consumo, o incremento da atividade industrial, sem abdicar da segurança ao credor; exigindo, para tanto, rapidez na liberação e recuperação do crédito.⁷⁷

Gustavo Scudeler Negrato elucida alguns dos fatores elencados pela doutrina para o desuso da garantia hipotecária, quais sejam, a lentidão dos atos preparatórios para sua constituição, alto custo e problemas existentes na fase de execução, tais como baixo valor de arrematação, o que muitas vezes leva o credor a exigir em garantia um bem de valor bastante superior ao do débito.⁷⁸

Neste contexto, através da promulgação da Lei nº 9.514 de 1997, também conhecida como a Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, emerge a alienação fiduciária de bens imóveis, como alternativa de garantia mais segura e eficaz, além de menos custosa e burocrática.

2.2.2. Conceito e natureza jurídica

A Lei 9.514/07 tratou de conceituar a alienação fiduciária em seu artigo 22, caput, como 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. Da própria definição legal pode-se depreender a natureza acessória deste negócio jurídico típico.

Não obstante a definição legal do instituto, importante destacar alguns conceitos encontrados na doutrina. Na concepção de Eduardo Andrade F. de Azevedo, alienação fiduciária, em sentido amplo, é “o negócio jurídico através do qual se adquire a propriedade de um bem confiança. A devolução da propriedade fiduciária do bem, ocorre sempre que se verifique o evento a que se tenha submetido a obrigação.”⁷⁹

77 NEGRATO, Gustavo Scudeler. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8967>>. Acesso em: 17 set. 2020. p. 37-38

78 Ibid., p. 38

79 AZEVEDO, Eduardo Andrade Flor de. *Direitos reais de garantia*. Revista de Ciência Política, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 91-134, jan. 1985. ISSN 0034-8023. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/view/60221>>. Acesso em: 24 out. 2020. p. 131

Em linha semelhante, Sylvio Capanema de Souza defende que, no “sistema atual do direito positivo brasileiro, são garantias reais o penhor, a anticrese, a hipoteca e a alienação fiduciária.”⁸⁰

Como brevemente abordado em capítulo anterior, a presente pesquisa coaduna-se à tese que sustenta que a alienação e a cessão fiduciárias são formas de garantias reais típicas, reguladas pelo direito brasileiro como negócios jurídicos especificamente constituídos com finalidade de instituição de garantia real.

Neste sentido, importante observar a contribuição feita por Maria Helena Diniz:

A alienação fiduciária é um negócio jurídico uno, composto de duas relações jurídicas: uma obrigacional, que se expressa no débito contraído, e outra real, representada pela garantia, que é um ato de alienação temporária ou transitória, uma vez que o fiduciário recebe o bem não para tê-lo como próprio, mas com o fim de restituí-lo com o pagamento da dívida. A alienação fiduciária em garantia consiste na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível ou fungível, ou, ainda, de um bem imóvel, como garantia do seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação.⁸¹

Ainda acerca da natureza jurídica da alienação fiduciária, mister ressaltar a brilhante exposição de Flávio Tartuce:

A existência de um direito real de garantia – não sobre coisa alheia, mas sobre coisa própria – justifica o tratamento da categoria nesta obra, no seu último capítulo. É notório que a alienação fiduciária em garantia é tratada por muitos como contrato, notadamente como um contrato empresarial. Porém, conforme se retira do pensamento dos civilistas, em sua maioria, a alienação fiduciária em garantia não constitui um *contrato*, no sentido categórico e jurídico do termo, eis que o instituto se situa dentro do Direito das Coisas. É verdade que, no geral, a alienação fiduciária é instituída por contrato, no sentido de negócio ou instrumento negocial, mas não se pode enquadrá-la como um direito pessoal de caráter patrimonial.⁸²

Conclui-se que, de fato, a garantia fiduciária agrega em seu bojo duas facetas. A primeira delas refere-se à uma relação jurídica de natureza pessoal, eis que o instituto das garantias, como já deveras mencionado, possui uma característica intrínseca acessória, e, conseqüentemente, pressupõe a existência de um negócio jurídico principal, normalmente

80 SOUZA, Sylvio Capanema de. *Considerações sobre a cumulação das garantias pessoais e reais, na alienação fiduciária*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 5, n. 17, p. 53-58, 2002. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17_sumario.htm> Acesso em: 24 jun. 2020. p. 54

81 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4. p. 637-638

82 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito das Coisas*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 4. p. 358

ligada à concessão de um crédito. Apesar da relação jurídica garantida ter natureza pessoal, na mesma linha do conceito de Maria Helena Diniz, não se pode negar que a segunda relação jurídica inerente ao negócio fiduciário, qual seja a efetiva transferência de titularidade do bem onerado, escancara uma natureza típica de direito real.

Ainda que inicialmente, mostre-se um pouco confuso diferenciar alienação fiduciária e propriedade fiduciária, mister esclarecer que estes são conceitos diferentes. O direito real de garantia constituído é a propriedade fiduciária. Este materializa-se através do contrato ou escritura de alienação ou cessão fiduciária, a depender da natureza do bem gravado.

Nesta esteira, cabe fazer um pequeno resumo da evolução legislativa da matéria, uma vez que a confusão conceitual é gerada inicialmente no texto legal. Até a década de 1990, a alienação fiduciária estava restrita aos bens móveis, conforme a redação do *caput* do artigo 66-A, inserido na Lei 4.728/1965, pela Medida Provisória 2.160-50/2001. No ano de 1997, surge a lei 9.514 para cuidar exclusivamente da alienação fiduciária de bens imóveis.

Assim, o instituto ganhou um novo campo de atuação, mormente por vantagens trazidas pela nova norma, destacando-se que a execução através de leilão extrajudicial foi inovação trazida pelo referido diploma.⁸³

Ainda, com a promulgação do Código Civil de 2002, a alienação fiduciária foi indiretamente abordada e incluída na normativa geral privada, através das regras tipificadas nos novos artigos 1.361 à 1.368. Contudo, o *caput* do artigo 1.361 do Código Civil⁸⁴, gerou grande debate, pois limitava a propriedade fiduciária somente aos bens de natureza móvel. Ante tal fato, muitos autores alegavam que a alienação fiduciária de bens imóveis não constituía autêntico direito real, mas tão somente, funcionalizava a propriedade imobiliária à realização de negócio condicional resolutivo. Entretanto, entende-se que a discussão perdeu utilidade quando da promulgação da Lei 10.931/2004, que incluiu na codificação analisada o artigo 1.368-A, e a Lei 13.043/2014, que incluiu o artigo 1.368-B e alterou a redação do artigo 1.367. As aludidas alterações tiveram importância ímpar no assunto, razão pela qual merecem constar *in verbis*:

Art. 1.367 do Código Civil: A propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial deste Código e, no que for específico, à legislação especial pertinente, não se equiparando, para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

⁸³ Ibid. p. 359

⁸⁴ Art. 1.361 do Código Civil. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

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

Art. 1.368-B. A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014).

Note-se que os aludidos dispositivos ratificaram a existência de propriedade fiduciária sobre bens imóveis e positivaram a tese de que o fiduciante é titular de direito real de aquisição em relação ao bem alienado fiduciariamente, o que corrobora a linha de pensamento que defende que a alienação e cessão fiduciárias são os negócios jurídicos constitutivos do direito real à propriedade fiduciária imobiliária em garantia e, também, do direito real de aquisição do devedor fiduciante, que se assemelha, mas não se confunde com o direito real de aquisição do promitente comprador, conforme se analisará mais adiante.

Nesta esteira, elucida Marta Borsoi:

A alienação fiduciária pressupõe a transferência da propriedade com escopo de garantia por meio de um negócio jurídico obrigacional – um contrato que instrumentaliza o negócio pretendido – que apenas produz efeitos entre as partes contratantes. Como consequência desta alienação e quando atendidos os requisitos formais exigidos, especialmente o registro, surge a propriedade fiduciária, direito que configura uma garantia real constituída em favor do credor para o cumprimento de uma obrigação principal, que produz efeitos *erga omnes*. O Código Civil Brasileiro introduziu a propriedade fiduciária no Capítulo IX, do Título III, que trata da propriedade. Antes do referido diploma legal, a propriedade fiduciária era tratada como alienação fiduciária. Atualmente, em razão da distinção dos conceitos, a alienação fiduciária é utilizada como expressão contratual, mas não do direito real que se constitui pelo contrato.⁸⁵

Por fim, válido ainda trazer novamente à tona, reflexão⁸⁶ feita no primeiro capítulo deste trabalho, no sentido de que os negócios jurídicos, as obrigações e os direitos que possuem função de garantia possam ser chamados contratos, obrigações ou direitos de garantia, sendo por vezes referidos, apenas, como garantias, em um exercício de metonímia. Em outras palavras, considerando a ausência de uma normatização sistêmica em relação aos direitos de garantia, não parece absurdo a utilização da palavra “direito real de garantia” fora do seu contexto semântico normal. Isto porque o termo possui uma relação objetiva, de contiguidade, material e conceitual, com o negócio fiduciário e a alienação fiduciária, que verdadeiramente

85 BORSOI, Marta. *A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro*. Revista Jurídica Unicuitiba, [S.l.], v. 3, n. 32, p. 40-62, dez. 2013. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuitiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/678/504>>. Acesso em: 10 out. 2020. p. 46

86 Ver argumentação da página 7.

operacionalizam o nascimento do direito real de garantia, qual seja a propriedade fiduciária imobiliária.⁸⁷

Conclui-se no sentido de que a confusão entre os conceitos exatos de alienação fiduciária e propriedade fiduciária poderia ter sido solucionada se o legislador tivesse explicitado que o primeiro é o instrumento do segundo, tal qual fez em relação à procuração e o mandato, no artigo 653 do Código Civil. Em que pese a infeliz opção legislativa em não explicitar esta diferença, a problemática pode ser facilmente resolvida através de uma interpretação funcional da codificação.

2.2.3. Requisitos e constituição

Um dos grandes diferenciais desta modalidade de garantia refere-se à possibilidade de sua instituição não só por escritura pública como, também, por contrato particular, nos termos do artigo 38 da Lei 9.514/97.⁸⁸ Aliás, embora a referida legislação estabeleça no §1º do seu artigo 22, que a contratação de alienação fiduciária possa ser feito por qualquer pessoa, presume-se que essa modalidade de negócio será largamente utilizada por instituições financeiras, incorporadoras e construtoras, além das indústrias de base⁸⁹. O que não impede não impede a contratação desta como modalidade de garantia para contratos de menor escala

Outrossim, o artigo 24 da Lei 9.514/97 dispõe sobre os requisitos formais do título constitutivo do negócio:

- 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;

87 SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das obrigações: uma análise sistemática do direito das garantias e uma proposta abrangente para a sua reforma*. 1º. ed. São Paulo: IASP, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35509245/Garantias_das_Obriga%C3%A7%C3%B5es. Acesso: 29 maio 2020, p. 54

89 NEGATO, Gustavo Scudeler. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. 156 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8967>>. Acesso em: 17 set. 2020. p. 54

- VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
- VII - a cláusula dispendo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

Pode-se notar que os quatro primeiros incisos realizam o princípio da especialização, característico dos direitos reais de garantia. Os três primeiros incisos estipulam a necessidade de especificação da dívida garantia, enquanto o inciso quarto refere-se à individualização do bem ofertado em garantia.

O inciso seguinte estipula a necessidade de previsão expressa de cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária. O inciso quinto tem por objetivo tornar público e, conseqüentemente, zelar pelo direito do devedor à conservação da posse do bem e a sua livre utilização. Entende-se que a previsão do dispositivo analisado, concretiza verdadeiro constituto possessório na alienação fiduciária. Sobre o instituto, explica Orlando Gomes:

No *constitutum possessorium*, o possuidor de uma coisa em nome próprio passa a possuí-la em nome alheio. Na posse anterior, o *animus* era *domini* o qual se substitui pelo *animus nomine alieno*. É o que se verifica quando alguém, possuindo um bem, na qualidade de proprietário, o aliena, mas continua a possuí-lo, seja, por exemplo, como arrendatário ou como comodatário, seja como depositário, enfim, com a intenção de ter a coisa não mais em nome próprio. *Quod meo nomine possideo, possuam alieno nomine possidere*.⁹⁰

A posse é direito inerente à propriedade,⁹¹ razão pela qual a transmissão desta com reserva de posse ao transmitente constitui exceção à regra, devendo constar especificamente no contrato ou escritura pública de instituição da alienação fiduciária.

O inciso sexto do artigo 24 da L.9.514/97 prevê a necessidade de constar do título de constituição da garantia a indicação do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão. O legislador buscou contribuir com a celeridade no processo de execução da alienação fiduciária. Exige-se uma pré-avaliação do imóvel, tendo em vista que não ocorrerá penhora, mas tão somente consolidação da propriedade em caso de inadimplemento do devedor, e,

90 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21ª ed. ver. e atual por: Luiz Edson Fachin (coord. Edvaldo Brito). Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/27774759/Orlando_Gomes_-_Direitos_Reais>. Acesso em: 26 jun. 2020. p. 64

91 A posse é, enfim, a visibilidade da propriedade. Quem de fora divisa o possuidor, não o distingue do proprietário. A exterioridade revela a posse, embora no íntimo o possuidor possa ser também proprietário. Nessa mesma ideia, a detenção seria nada mais nada menos do que espécie de posse à qual o ordenamento não concede proteção, ou uma modalidade de posse degradada ou diminuída. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 5. p. 47

consequentemente, não poderá ser realizada avaliação do imóvel no momento da venda extrajudicial.

Por fim, o último inciso do artigo 24 da Lei 9.514/97 estipula que deve constar expressamente no instrumento de constituição, cláusula que explicita o procedimento de venda em leilão público que deve ocorrer no prazo de trinta dias, contados da consolidação da propriedade pelo fiduciário, nos termos do artigo 27 do diploma legal analisado.⁹²

Ademais, a alienação fiduciária pressupõe verdadeira transferência de propriedade, razão pela qual não pode ser instituída sobre bens inalienáveis. Por certo, em decorrência do princípio da publicidade⁹³ atinente à todos os direitos reais, um dos requisitos constitutivos mais importantes da alienação fiduciária é o registro de seu título constitutivo.

O Código Civil regula entre os artigos 1.245 e 1.247 o referido modo de aquisição da propriedade imóvel. Determina-se no artigo 1.245 que “a propriedade imobiliária se transfere *inter vivos* mediante o registro do título translativo e que, enquanto pendente este, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.”

Sobre o efeito do registro do instrumento de constituição da alienação fiduciária discorre Sílvio de Salvo Venosa:

O efeito real é obtido mediante o registro do contrato, que serve de título, no Cartório Imobiliário. Portanto, oportuno lembrar que eventual registro em Cartório de Títulos e Documentos não dá origem ao direito real. O contrato não registrado mantém apenas o vínculo obrigacional entre as partes.⁹⁴

2.2.4. Extinção da propriedade fiduciária

Muito semelhante ao que ocorre na hipoteca, a principal forma de extinção da propriedade fiduciária é o adimplemento da obrigação pelo fiduciante. Neste caso, imprescindível que se cancele o registro da alienação mediante a apresentação ao Oficial de Registro de Imóveis do termo de quitação e autorização de cancelamento, concedidos pelo fiduciário, nos termos do artigo 25 da Lei 9.514/97, mais especificamente em seus §1º e §2º.

92 Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel. § 1º Se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único do art. 24 desta Lei, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes.

93 Ver análise do princípio da publicidade feita a partir da página 26.

94 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 5. p. 418.

Caso o devedor não veja a adimplir a obrigação, no todo ou em parte, este deve ser constituído em mora para possibilitar que a propriedade do bem ofertado em garantia seja consolidada em nome do fiduciário.

A legislação pertinente procurou simplificar o procedimento de consolidação da propriedade, visando minimizar, tanto quanto possível, a intervenção estatal. Para isso, regulou-se entre os artigos 26 e 27 da Legislação em comento, todo o procedimento de excussão extrajudicial da alienação fiduciária.

Vencida a dívida e não paga, no todo ou em parte, a requerimento do fiduciário, o Oficial do competente Registro de Imóveis deve notificar o fiduciante para satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

Aponta o § 3º do artigo 26, que essa intimação será feita pessoalmente, podendo ser efetuada também pelo correio, com aviso de recebimento ou, mediante solicitação do oficial do registro imobiliário, por Oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la. Esta previsão vem para beneficiar aquelas comarcas, especialmente do interior, que não haja Registro Imobiliário devidamente estruturado para efetuar intimações. Passados os quinze dias e não purgada a mora, procede-se na matrícula do imóvel a consolidação da propriedade em nome do fiduciário. Importante mencionar que constituído em mora o devedor e não desocupado o imóvel, sua posse é convertida em ilegítima, respondendo o fiduciante pela deterioração do bem até reintegração do fiduciário na posse.

Em observância à vedação ao pacto comissório, explica Gustavo Scudeler explica que o procedimento disposto na Lei 9.514/97 assemelha-se mais ao pacto marciano, onde se permite ao credor ficar com o bem dado em garantia somente se houver proporcionalidade, obrigando-se aquele a restituir ao devedor eventual diferença apurada após o leilão público.⁹⁵

No primeiro leilão, que deve ser realizado no prazo de 30 dias a contar do registro da consolidação da propriedade na pessoa do credor, o bem será vendido por valor igual ou superior àquele estabelecido na avaliação prévia, disposta no contrato. Não se atingindo este valor, realiza-se, no prazo de 15 dias, um segundo leilão em que o preço mínimo para venda do

95 NEGRATO, Gustavo Scudeler. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. 156 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8967>>. Acesso em: 17 set. 2020. p. 66

imóvel será o valor da dívida, acrescido das despesas descritas em lei, como despesas cartorárias e tributárias.

Caso o bem seja arrematado por valor superior ao da dívida, independentemente se no primeiro ou segundo leilão, o fiduciário deve entregar ao fiduciante o valor excedente, no prazo máximo de cinco dias após a efetivação da arrematação. Entretanto, caso o bem não seja arrematado, a propriedade do fiduciário torna-se plena, mediante a apresentação ao Oficial de Registro de Imóveis de carta do leiloeiro declarando que os leilões foram infrutíferos. Seguidos tais passos, o bem incorpora-se definitivamente ao patrimônio do credor, que pode usar, gozar, reaver e, finalmente, dispor da coisa livremente.⁹⁶

2.2.5. Do direito real de aquisição do devedor fiduciante

Diferentemente do que ocorre com a natureza jurídica da propriedade fiduciária imobiliária, o direito daquele que oferta o bem em garantia dentro de um negócio fiduciário não enfrenta o mesmo debate, visto que dispôs expressamente o Código Civil, em seu artigo 1.368-B, que este constitui “direito real de aquisição”.⁹⁷

Sobre o tema, explica Gisela Guedes e Carla Wainer:

O devedor fiduciante tem um direito expectativo de voltar a ser proprietário do bem, que tem natureza de direito real, com todas as características e consequências daí decorrentes, enquadrando-se na categoria de direito real à aquisição, dispensada qualquer outra manifestação de vontade do atual proprietário, o credor (fiduciário). Não se trata de simples expectativa de direito, mas antes de “um efetivo direito expectativo de caráter real, com efeito aquisitivo”.⁹⁸

A questão torna-se ainda mais interessante quando levantada a possibilidade de utilização negocial deste direito real, fato que já se concretiza em nosso ordenamento. Não por acaso o rol dos direitos penhoráveis estabelecido pelo artigo 835 do Código de Processo Civil, prevê em seu inciso XII, o direito real de aquisição, que evidentemente possui um importante

96 Ibid., p. 67-68.

97 Art. 1.368-B do Código Civil: A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014).

98 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalréo. *Maximização das garantias sobre imóveis: hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante*. Revista Brasileira de Direito Civil, [S.L.], p. 243-263, 2019. Trimestral. Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.33242/rbdc.2019.04.011>>. Acesso em: 17 de jun. 2020. p. 254

valor econômico. Em que pese o tema perpassar por diversas controvérsias, sendo uma delas objeto principal desta pesquisa, a questão será analisada mais detidamente no capítulo seguinte.

3. MAXIMIZAÇÃO DAS GARANTIAS IMOBILIÁRIAS

3.1. A EXPANSÃO DO POTENCIAL DE UTILIZAÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Não obstante a natureza acessória das garantias, imperioso reafirmar que estas desempenham papel de expressiva importância no desenvolvimento das atividades econômicas e no tráfego jurídico como um todo.⁹⁹ Ao longo dos capítulos anteriores, a presente pesquisa cuidou de analisar as categorias e espécies de garantias, sobretudo com o intuito de conhecer as diferenças mais marcantes entre as modalidades e as vantagens de cada uma dentro de suas características.

Como já aludido anteriormente, ainda que cada tipo de garantia guarde sua particularidade, todas dirigem-se à um objetivo comum, qual seja tutelar o risco das situações jurídicas, conduzir à extinção satisfativa das obrigações e atender, simultaneamente, aos interesses do credor e do devedor.

Pouco se fala sobre a função promocional das garantias, visto que, de fato, chama atenção a forma como as garantias servem precipuamente aos credores. Todavia, ao aumentar a probabilidade de adimplemento da obrigação, a garantia estimula o credor a disponibilizar capital em condições menos onerosas ao devedor, conforme explicam Gisela Guedes e Carla Wainer:

Não é verdade, assim, que as garantias servem apenas aos interesses do credor, porque elas facilitam o acesso do devedor ao crédito. A comunidade jurídica costuma destacar a vocação repressiva que as garantias inegavelmente ostentam, mas é preciso reconhecer também a sua função promocional. Do contrário, estar-se-ia reduzindo os seus efeitos ao momento patológico da obrigação, quando se configura o inadimplemento. Os efeitos das garantias são revelados desde o início da relação, ainda que o devedor, espontaneamente, venha a realizar a prestação à qual se vinculou, quer dizer, ainda que o credor não precise acioná-las, porque já no princípio da relação as garantias proporcionam ao credor a tão desejada segurança.

As garantias possuem este traço marcante como característica. São negócios acessórios constituídos não para atender o interesse individual de um dos envolvidos, mas sim para servir à toda ordem jurídica simultaneamente, possibilitando a circulação de crédito e facilitando o tráfego negocial.

99 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalhó. *Maximização das garantias sobre imóveis: hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante*. Revista Brasileira de Direito Civil, [S.L.], p. 243-263, 2019. Trimestral. Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.33242/rbdc.2019.04.011>>. Acesso em: 17 de jun. 2020. p. 244

O mercado e a sociedade estão em constante evolução, reivindicando do Direito que atualize seus institutos e regulamente as novas formas de transação. Em decorrência disto, necessário, também, o exercício paralelo de modernização dos aparatos jurídicos que dão segurança ao adimplemento das obrigações e garantem a concretização dessas novas demandas.

Salienta-se, entretanto, que este exercício de adaptação do ordenamento não deve ocorrer desarvoradamente. Essencial que, durante todo este processo, sejam observadas as regras gerais do Direito e, principalmente, preservadas as características fundamentais dos institutos.

Pode-se citar como exemplo, a mudança havida na alienação fiduciária. Inicialmente, esta modalidade de garantia só era admitida para bens móveis, nos termos do artigo 66¹⁰⁰ da Lei nº 4.728 de 1965. Ainda que não tenha demorado para parte da doutrina, assim como alguns precedentes jurisprudenciais, admitirem a contratação de alienação fiduciária sobre bens imóveis, a utilização do instituto com esta finalidade era incomum e bastante limitada, em especial por conta da exígua regulamentação legal.¹⁰¹

Somente no final da década de 1990, mais precisamente no ano de 1997, com a publicação da Lei nº 9.514, instituiu-se no ordenamento brasileiro a modalidade de alienação fiduciária sobre bens imóveis. Note-se que a referida alteração não foi fruto de uma despreziosa inovação legislativa. Ao contrário, admitiu-se a ampliação do objeto do instituto com a pretensão específica de adaptá-lo às necessidades fáticas advindas do ramo do financiamento imobiliário habitacional.¹⁰²

Sobre o tema, aduz Gustavo Scudeler Negrato:

A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis surgiu para solucionar os problemas anteriormente descritos dos direitos reais de garantia tradicionais, dotando nosso ordenamento jurídico, de instrumento que permite a recomposição do capital

100 Art. 66 da Lei 4.728 de 1965 - A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

101 Antes mesmo da publicação da Lei nº 9.514/97, parte da doutrina e da jurisprudência já admitia a possibilidade da propriedade resolúvel de bem imóvel em garantia de uma obrigação principal, não sob a roupagem de alienação fiduciária, que a legislação então vigente somente previa para móveis, mas sob a forma de negócio fiduciário atípico, que seria válido por inexistir vedação legal, nos termos do artigo 82 do Código Civil de 1916. NEGRATO, Gustavo Scudeler. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. 156 p. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8967>>. Acesso em: 17 set. 2020. p. 46

102 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. 173 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. DOI 10.11606/D.2.2016.tde-13102016-163040. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>> Acesso em: 15 jun. 2020. p. 43

investido em financiamentos imobiliários, nas hipóteses de mora do devedor, em prazos e custos compatíveis com as necessidades da economia moderna, seguindo o bem-sucedido exemplo da alienação fiduciária de bens móveis.¹⁰³

A propriedade fiduciária imobiliária veio abarcar uma gama de interesses diferenciados, especialmente no que tange o fomento do mercado imobiliário destinado à classe média, que passou a ter boas perspectivas de aumento de crédito e diminuição das taxas de juros em razão da segurança advinda da nova garantia.¹⁰⁴

Neste ponto, destaca-se novamente, a importância de reconhecer a função promocional das garantias. Como demonstrado, o instituto da alienação fiduciária não foi sempre o mesmo. Observando-se as transformações havidas desde a sua instituição e os resultados obtidos a partir delas, pode-se afirmar que a garantia em questão foi maximizada, através da extensão de seu objeto. A reforma de alguns dos seus parâmetros, serviu como um impulso à economia, que foi impactada positivamente com o aumento do número de empreendimentos e financiamentos imobiliários, geração de novos empregos e, sobretudo, na disponibilização de crédito à classe média.

Assim, considerando o importante papel desempenhado pelas garantias e sua essencialidade na sociedade contemporânea, entende-se que o contínuo aperfeiçoamento desta seara do Direito e seus institutos, consiste um trâmite tão necessário quanto inevitável.

3.2. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E O CONCEITO DE GARANTIA IDEAL

Conforme abordado anteriormente, a garantia ideal precisa reunir as seguintes características: constituição simples e pouco custosa; excussão célere e eficaz; adequação material à dívida.¹⁰⁵ Ainda que inexista, no ordenamento brasileiro, garantia que acumule todos estes predicados, mostra-se bastante válido tomá-los como parâmetro objetivo de estudo. Através desta análise, pode-se avaliar os riscos e os benefícios oferecidos por cada modalidade, além de se aferir qual dos tipos existentes no ordenamento brasileiro mais se aproxima do arquétipo ideal de garantia.

Tradicionalmente, a hipoteca era o direito real mais utilizado para garantir créditos com um vulto considerável, o que não corresponde mais à realidade. Hodiernamente, o modelo vigente de hipoteca não confere aos negócios imobiliários uma rápida solução para a

103 NEGRATO, Gustavo Scudeler. op. cit. p. 47

104 Ibidem.

105 Ver análise proposta a partir da página 36.

recuperação do crédito em caso de inadimplemento do devedor. Como destaca Frederico Henrique Viegas de Lima, este foi um dos principais motivos para o surgimento da propriedade fiduciária sobre bens imóveis:

Neste sentido, muitas vezes as tradicionais garantias revelam-se insuficientes tornando a relação jurídica desequilibrada e pouco atraente para quem deseja investir seu capital. Para confirmar tal assertiva basta tomar como exemplo a execução da garantia hipotecária. Trata-se de um procedimento extremamente demorado e oneroso, o que inviabiliza a própria concessão de crédito, podendo ser apontado como um dos fatores que vem contribuindo para impedir a política habitacional. Com a finalidade de revitalizar o sistema habitacional, notadamente para a população de baixa renda, o Governo Federal cria alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.¹⁰⁶

Em aferição específica da alienação fiduciária imobiliária, pode-se afirmar, em consonância com Fábio Rocha Pinto e Silva, que, no momento atual, esta é a modalidade que mais se aproxima da noção ideal de garantia.¹⁰⁷ Justifica-se tal afirmativa elucidando-se duas das características mais marcantes da alienação fiduciária de bens imóveis, quais sejam, a dispensa do ato notarial, o que simplifica muito sua constituição; e a excussão extrajudicial, que garante a celeridade e a eficácia na recuperação do capital investido.

Por conseguinte, pode-se dizer que a alienação fiduciária de bens imóveis instituí um direito real de garantia muito mais atrativo aos contratantes, em razão da segurança que proporciona, da possibilidade de constituição por instrumento particular, além de outros aspectos positivos que serão abordados ao longo deste capítulo.

Na mesma linha, válido ressaltar o posicionamento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Se pensarmos em termos de trânsito jurídico em uma economia de mercado, na qualidade de direito real de garantia em coisa própria, a propriedade fiduciária propicia toda a segurança jurídica ao credor para ampliar o financiamento de bens de consumo duráveis, sem se olvidar do benefício em prol da coletividade de consumidores que terão acesso à propriedade democratizado pela incidência de taxas de juros mais baixas e prazos de pagamento maiores do que em outras operações

106 LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis*. Revista de Direito Imobiliário. IRIB - Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, São Paulo, v. 44, p. 7-14, ago. 1998. Quadrimestral. Disponível em: <https://www.irib.org.br/publicacoes/RDI044/pdf.PDF>. Acesso em: 10 nov. 2020. p. 8

107 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. 173 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. DOI 10.11606/D.2.2016.tde-13102016-163040. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>> Acesso em: 15 jun. 2020. p. 124

financeiras em que os credores tenham maiores dificuldades de reagir ao inadimplemento.¹⁰⁸

Ademais, válido mencionar a vantagem também conferida ao credor fiduciário que goza de imunidade à falência do devedor e ao concurso de credores, nos termos do artigo 32¹⁰⁹ da lei 9.514/97. Esta prerrogativa coloca novamente a alienação fiduciária à frente da hipoteca, visto que nesta última, o credor hipotecário terá preferência somente em relação aos credores quirografários, mas não à créditos com privilégio legal, como os tributários e trabalhistas.¹¹⁰

3.3. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E O ATO EXECUTIVO DA PENHORA

3.3.1. Impenhorabilidade do bem objeto de alienação fiduciária

Como amplamente explicitado ao longo do presente trabalho, a transferência da propriedade representa a diferença mais basilar entre a alienação fiduciária e os demais tipos de garantias reais como a hipoteca, o penhor e a anticrese. Nestas últimas os credores são titulares de direito real sobre coisa alheia, enquanto que na primeira constitui-se direito real sobre coisa própria, tendo em vista que, no momento da instituição da garantia fiduciária, ocorre a alternância da propriedade entre as partes. A garantia fiduciária, principalmente a imobiliária, emergiu como uma alternativa mais segura, eficaz e vantajosa às formas de garantias tradicionais, uma vez que foi potencializada às necessidades da sociedade moderna, impulsionando as práticas comerciais e a circulação de crédito. Neste sentido, entende Gisela Guedes:

O desenvolvimento do mercado de crédito está diretamente ligado, dentre outros fatores, ao aprimoramento das garantias de cumprimento. A oferta do crédito depende da concessão, ao credor, de garantias que proporcionem a máxima efetividade de seu direito com o menor ônus possível ao devedor. Assistiu-se, na segunda metade do século XX, à importante evolução no direito das garantias, com a ruptura da tradicional preponderância atribuída às garantias reais e o consequente desenvolvimento de novas espécies de garantias pessoais, como a fiança *omnibus*¹¹¹,

108 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. 5 v. p. 545

109 Artigo 32 da Lei 9.514/97 - Na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente.

110 OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fiducia*. 2013. 223 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<https://oatd.org/oatd/record?record=oai%5C%3Awww.btd.uerj.br%5C%3A4109>>. Acesso em: 10 nov. 2020. p. 152

111 Tipo de fiança bancária em que o fiador garante todas as obrigações já assumidas, ou que futuramente venham a ser assumidas pelo devedor principal.

as cartas de conforto¹¹², a garantia autônoma, dentre outras. Contemporaneamente, todavia, novas tendências já se delineiam diante da insuficiência daquelas figuras, e passam a ser desenvolvidas garantias incidentes sobre massa de bens e sobre bens futuros, garantias que não importem no desapossamento do bem para o devedor, bem como garantias constituídas sobre a transferência da propriedade, a exemplo do que se passa na alienação fiduciária em garantia. A transferência da propriedade a título de garantia encerra o que tem sido designado de *supergarantia*, uma vez que oferece ao credor vantagens consideravelmente superiores àquelas proporcionadas ao credor pignoratício, hipotecário e anticrético, daí a ampla preferência na sua utilização em detrimento das demais modalidades de garantia.¹¹³

Observa-se que a alternativa de recorrer à transmissão da propriedade resolúvel ao credor, representa um impacto direto no regime jurídico da garantia. Esta característica, peculiar dos negócios fiduciários, gera consequências importantes nos âmbitos teórico e prático. A exemplo disto, pode-se citar a configuração de venda a *non domino* quando ocorrer a alienação a terceiro do bem ofertado em garantia pelo devedor fiduciante.¹¹⁴

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald definem a venda a *non domino* como aquela em que o transmitente não é dono da coisa, mas o adquirente está na convicção de que está tratando com o proprietário, pois o título é instrumentalmente perfeito e seria capaz de iludir qualquer pessoa que estivesse em situação semelhante.¹¹⁵

Outrossim, é essa mesma característica, – a transferência da propriedade resolúvel ao credor –, que impossibilita a penhora do bem ofertado em garantia para satisfazer demais credores do devedor fiduciante. A transferência de titularidade implica a retirada do bem da esfera patrimonial disponível do alienante. Desta forma, não se admite que o bem sofra uma constrição judicial por um outro credor, visto que, enquanto não adimplida a dívida principal, o fiduciante conserva a posse, mas não a propriedade.

Instituída a propriedade fiduciária, não obstante a coisa gravada integre formalmente o patrimônio do credor fiduciário, constitui-se sobre ela um verdadeiro patrimônio de afetação. Em outros termos, o bem é reservado à satisfação do crédito garantido, resguardando os interesses simultâneos do credor e do devedor. Para tanto, enfatiza-se novamente, a necessidade

112 Documento utilizado como garantia que a companhia ou seus acionistas serão responsáveis pelo pagamento de eventuais despesas com disputas judiciais ou indenizações contra executivos, ainda que este já não trabalhe mais na empresa.

113 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-fiduciaria-em-garantia-de-bens-imoveis/>>. Acesso em: 08 nov. 2020. p. 2

114 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalréo. *Maximização das garantias sobre imóveis: hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante*. Revista Brasileira de Direito Civil, [S.L.], p. 243-263, 2019. Trimestral. Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.33242/rbdc.2019.04.011>>. Acesso em: 17 de jun. 2020. p. 249

115 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. 5 v. p. 419-420

de que a alienação fiduciária seja constituída de forma regular, além de posteriormente levada à registro junto à matrícula do imóvel, sabendo-se que a publicidade constitui requisito essencial de validade dos direitos reais de garantia.¹¹⁶

3.3.2. Penhora do direito real de aquisição conferido ao fiduciante

Embora a doutrina e a jurisprudência¹¹⁷ sejam uníssonas em inadmitir a penhora do imóvel alienado fiduciariamente, por credores do devedor fiduciante, não parece haver empecilho à constrição dos direitos expectativos do fiduciante, que integram o seu patrimônio enquanto pendente o adimplemento da obrigação principal.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a propriedade fiduciária é um direito real *suis generis* e bifronte, porquanto atua como direito de garantia para o credor e também é funcionalizada ao interesse do devedor, através da concessão de direito real de aquisição.¹¹⁸ Já houve dissenso em relação à natureza jurídica do direito conservado pelo fiduciante, contudo o artigo 1.368-B do Código Civil encerrou a questão, eis que prevê expressamente que “a alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor”.

Um dos aspectos que a alienação fiduciária não corresponde satisfatoriamente ao conceito de garantia ideal, diz respeito à adequação da garantia ao crédito, que não deve ser excessivamente gravosa e nem insuficiente. Na modalidade de garantia ora analisada, institui-se uma constrição específica sobre um bem determinado, que restará inteiramente afetado ao interesse do cumprimento da obrigação. Sobre o tema, Fábio Rocha Pinto e Silva tece interessante comentário:

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 da aquisição, dificilmente o devedor dará em garantia um bem que corresponda exatamente ao montante garantido. Sempre será insuficiente ou,

116 Ver considerações feitas na página 26.

117 A Terceira Turma do STJ entendeu que não se pode autorizar a penhora de unidade condominial sobre o qual o executado possui apenas direito aquisitivo e, portanto, não ostenta a condição de proprietário. Admitir entendimento contrário equivaleria a aceitar que bem de terceiro (proprietário) responda por dívida em processo no qual ele não figurou como parte. Desse modo, não sendo a recorrida titular do domínio do imóvel que gerou o débito exequendo, afigura-se inviável a sua constrição. Todavia, tratando-se de mera detentora de direitos sobre o imóvel, é perfeitamente possível a incidência da penhora sobre eles, até porque possuem valor econômico, não havendo nenhum óbice à sua alienação judicial. STJ - REsp: 1819183 SP 2019/0162630-8, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Publicação: DJ 02/08/2019.

118 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. 5 v. p. 541

principalmente, em excesso, desperdiçando a capacidade de endividamento do credor e prejudicando os demais credores do devedor comum.¹¹⁹

Entretanto, em posição divergente, Milena Donato Oliva comenta sobre a essencialidade da transmissão da titularidade para se atingir o fim perseguido pelas partes:

A transmissão do direito é o meio de que se vale o alienante para atingir fins que não seriam obtidos da mesma forma outros institutos. A alienação é essencial para a realização da finalidade pretendida; ela não é excessiva, mas absolutamente necessária. Não há que se confundir, assim, o caráter fiduciário da transferência, que pautará a conduta do titular, com ela ser excessiva.

Nesta esteira, ainda que a deva ser considerada a proposição feita por Fábio Rocha Pinto e Silva, compreende-se este ponto em conformidade com a segunda autora, por entender que seu posicionamento se alinha mais à função promocional das garantias, que está intrinsicamente ligada maximização do instituto.¹²⁰ Assim, apesar da alienação fiduciária recair sobre a totalidade de um determinado bem, o que pode ser interpretado como excessividade ou inadequação, esta não encerra o potencial econômico da coisa, principalmente em razão da existência do direito real de aquisição.¹²¹

Celebrada a alienação fiduciária, o fiduciante passa a ter em seu patrimônio um direito expectativo de voltar a ser proprietário do bem ofertado em garantia, assim que a obrigação principal for cumprida. Como explicam Gisela Guedes e Carla Wainer, não se trata de uma simples expectativa de direito, mas sim um efetivo direito expectativo de caráter real, com efeito aquisitivo.¹²²

119 SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo*. Orientador: Teresa Ancona Lopez. 2013. 173 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>. Acesso em: 18 de agosto 2020. p. 126

120 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalréo. *Maximização das garantias sobre imóveis: hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante*. Revista Brasileira de Direito Civil, [S.L.], p. 243-263, 2019. Trimestral. Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.33242/rbdc.2019.04.011>>. Acesso em: 17 de jun. 2020 p. 244

121 A técnica da titularidade fiduciária, precisamente pela potencialidade funcional que encerra, destina-se a tutelar interesses vários, inclusive os do sujeito. Embora possa haver coincidência entre os interesses do titular e o fim perseguido, tal não esmorece a profunda mudança proporcionada com a técnica da titularidade fiduciária, qual seja, a funcionalização da titularidade a serviço do escopo a ser atingido. OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fiducia*. 2013. 223 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<https://oatd.org/oatd/record?record=oai%5C%3Awww.bdt.uerj.br%5C%3A4109>>. Acesso em: 10 nov. 2020. p. 29

122 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalréo. op. cit. p. 254

Imperioso elucidar que o artigo 29 da Lei 9.514/97 determina que o direito real de aquisição é passível de transmissão por vontade do devedor, desde que obtida expressa anuência do credor¹²³. Outrossim, além transmissível *inter vivos*, estes também pode ser objeto de sucessão *mortis causa*, vez que não se vinculam à pessoa do devedor.¹²⁴

Nesta esteira, não restam dúvidas que o direito real de aquisição é dotado de valor comercial, vez que consta no rol de bens penhoráveis do artigo 835 do Código de Processo Civil, mais especificamente no inciso XII¹²⁵, e que a jurisprudência pária vem admitindo sua penhora em julgados recentes.¹²⁶

Conclui-se que, o bem alienado fiduciariamente torna-se impenhorável em razão da transferência de titularidade, o que, inicialmente, pode dar margem a interpretações equivocadas em relação a inadequação ou excessividade da garantia. Isto posto, não se pode olvidar que, concomitantemente, à constrição da totalidade do bem ofertado, surge o direito real de aquisição; instituto dotado de valor econômico que reinaugura a possibilidade de circulação de crédito e de constituição de novos negócios jurídicos para o fiduciante.

3.4. INSTITUIÇÃO DE OUTRAS GARANTIAS REAIS SOBRE O DIREITO REAL DE AQUISIÇÃO DO FIDUCIANTE

Como aferido, o direito real de aquisição é passível de transmissão *inter vivos* e *mortis causa*. Isto somado ao fato deste estar elencado tipicamente entre os bens penhoráveis do Código de Processo Civil, evidencia que o ordenamento pário lhe conferiu valor econômico. Desta forma, não há motivos para crer que este direito não poderia ser objeto de outras formas de negócio jurídico, inclusive com a finalidade específica de garantia.

Embora o escopo da Lei nº. 9.514/97, ao regulamentar a alienação fiduciária de garantia de bens imóveis, tenha sido revitalizar e expandir especificamente o crédito imobiliário habitacional, criando procedimento capaz de promover a rápida e eficaz recuperação do capital,

123 Artigo 29 da Lei 9.514/97 - O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

124 A parte final do artigo 1.368-B do Código Civil é pedagógica, pois revela que o direito real de aquisição não se vincula peremptoriamente à pessoa do devedor que se vinculou a obrigação, mas se transmite em caráter *inter vivos* ou *mortis causa*, seja para o cessionário da alienação fiduciária como para os herdeiros ou legatários que integralizam o débito após o passamento do devedor originário. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVA LD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais*. 13. ed. rev., ampl, e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. 5 v. p. 542

125 Artigo 835 do Código de Processo Civil – A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: XXII – direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia.

126 Ver nota de rodapé nº 116.

importante mencionar que no ano 2004, através da publicação da Lei nº. 10.931, a possibilidade de utilização da garantia fiduciária imobiliária foi estendida às obrigações em geral.¹²⁷

Ademais, esta não foi a única modificação legislativa que promoveu a extensão do objeto da alienação fiduciária. A Lei 11.481/07 alterou o artigo 22 da Lei 9.514/97, para fazer constar que, além da propriedade plena, a garantia fiduciária imobiliária pode ter como objeto os bens enfitêuticos; o direito real de uso especial para fins de moradia; o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; e a propriedade superficiária.

Além disso, o inciso I do artigo 80 do Código Civil brasileiro estabelece que serão considerados imóveis para os efeitos legais, os direitos reais que recaírem sobre imóveis e as ações que os asseguram. Com efeito, tendo por base o dispositivo anteriormente mencionado, pode-se depreender a natureza imobiliária do direito real de aquisição do fiduciante. Desta feita, é possível afirmar que o direito real de aquisição, previsto no artigo 1.368-B do Código Civil é passível de ser ofertado como garantia hipotecária.

Ao longo deste trabalho, muito se falou sobre a necessidade de adaptação e atualização das garantias. O reconhecimento da possibilidade de instituição de hipoteca sob o direito real de aquisição do fiduciante, representa só mais um passo dado em direção ao aperfeiçoamento das garantias. De acordo com Milena Donato:

Os expedientes de garantia relacionam-se com a concessão de créditos e, por isso, são de grande importância para o desenvolvimento das relações econômicas. O permanente desafio do sistema de garantias consiste na busca pela máxima efetividade do direito do credor com o menor ônus possível ao devedor. Daí o constante empenho pelo aprimoramento das garantias, a fim de que estas, a um só tempo, assegurem o adimplemento e permitam ao devedor desenvolver suas atividades.

Assim, como pôde se observar ao longo de toda a explanação, o exercício de maximização das garantias, seja por meio da atualização de parâmetros das modalidades já existentes, bem como através da recepção de novas figuras, contribuem com as práticas negociais contemporâneas e com a evolução dos institutos e do ordenamento, como um todo, na busca pela aproximação dos fundamentos ideais.

Neste sentido, apesar de serem incontroversos os avanços proporcionados pela alienação fiduciária na tutela do crédito, a disciplina legal ainda apresenta problemas e não é de todo satisfatória. Como visto em capítulo pregresso, pode-se imputar muitas das falhas ou

127 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-fiduciaria-em-garantia-de-bens-imoveis/>>. Acesso em: 08 nov. 2020. p. 15

deficiências do regime jurídico do instituto, ao fato deste ter sido incorporado no ordenamento por meio de diversos diplomas legais, editados em conjunturas variadas e sem qualquer preocupação com a uma sistematização única e adequada.

Justamente por conta disto, introduziu-se a problemática decorrente da falta de uma sistematização coesa do ordenamento pátrio, assim como a ausência de um ramo próprio para o Direito das Garantias.¹²⁸ Depreende-se de tal circunstância, que as garantias são assoladas por uma regulamentação fragmentada e, não raro, contraditória, o que certamente representa um obstáculo à consecução efetiva e integral das vantagens delas advindas.

Todavia, fato é que, mesmo diante dessa falta de unidade no tratamento das garantias, este é um dos ramos do direito que vem sendo atualizado de forma satisfatória nos últimos anos. Neste sentido, entende-se que o legislador, ao imputar o valor financeiro ao direito real de aquisição e reconhecer sua natureza imobiliária, abriu portas à utilização negocial do referido direito, inclusive para garantir outras obrigações assumidas pelo devedor.

Por conseguinte, mister destacar que a presente pesquisa defende a possibilidade de instituição de garantia hipotecária sobre o direito real de aquisição do fiduciante; bem como entende-se, em sintonia com o que explicita Gisela Guedes e Carla Wainer, que sobre o referido direito real de aquisição, pode constituir-se também garantias fiduciária.¹²⁹

Imprescindível mencionar que, a possibilidade de alienação ou cessão fiduciária do direito expectativo do devedor fiduciante, não implica na instituição de garantia real de segundo grau sobre o bem imóvel, construção totalmente incompatível com o instituto da alienação fiduciária. Diversamente do que se opera na hipoteca, em que o imóvel continua integrando o patrimônio do devedor e pode ser gravado até o limite de seu valor, na alienação fiduciária, o fiduciante não pode alienar o bem pela segunda vez, tendo em vista que deixou de ser o proprietário já na primeira alienação.

Ainda que se mostre impossível a constituição de alienação fiduciária em segundo grau, nada obsta a instituição de nova garantia fiduciária sob condição suspensiva, consistente na quitação do primeiro débito e consequente resgate da dívida primitiva:

128 Ver ideias explicitadas na p. 4.

129 Os direitos expectativos do devedor fiduciante podem ser objeto não só de hipoteca, mas também de alienação ou cessão fiduciária (alienação ou cessão fiduciária do direito expectativo), ainda que a propriedade resolúvel já tenha sido previamente alienada fiduciariamente. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalréo. *Maximização das garantias sobre imóveis: hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante*. Revista Brasileira de Direito Civil, [S.L.], p. 243-263, 2019. Trimestral. Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.33242/rbdc.2019.04.011>>. Acesso em: 17 de jun. 2020. p. 257

Não se trata aqui de constituir uma alienação fiduciária de segundo grau, pois a segunda alienação fiduciária ostentaria, desde a sua origem, a posição de primeiro grau, mas teria os seus efeitos suspensos até o implemento da condição. A hipoteca e a alienação fiduciária são garantias bem diferentes, mas não necessariamente excludentes entre si. Quem hipoteca um imóvel pode, num segundo momento, aliená-lo fiduciariamente a outro credor (a hipoteca não retira do devedor o seu poder de dispor sobre o bem e, exatamente por isso, parece-nos que ele pode, posteriormente, oferecer o mesmo bem em alienação fiduciária), mas o segundo credor receberá a propriedade resolúvel do bem já gravada com a hipoteca constituída anteriormente, fato que pode gerar questionamentos. Outra alternativa, que parece menos controversa, é celebrar a alienação fiduciária, sujeitando-a à condição suspensiva de a hipoteca ser extinta. Na hipótese contrária, as duas garantias também podem conviver: o devedor fiduciante pode hipotecar o seu direito expectativo de novamente se tornar o proprietário do bem, direito real de aquisição que se sujeita, como visto, à hipoteca. O que ele não pode fazer é hipotecar o imóvel em si, que já fora objeto de alienação fiduciária.¹³⁰

A referida discussão, apesar de aparentemente não promover grande impacto na vida da sociedade civil, é de extrema importância para o ramo empresarial. As pessoas jurídicas, especialmente as que lidam com rotatividade de crédito, a exemplo das instituições financeiras e as indústrias de base, necessitam impreterivelmente que as garantias sejam constantemente modernizadas e repensadas às novas necessidades do mercado. Assim, em que pese inicialmente essa modernização não causar grande repercussão aos olhos das pessoas físicas, pode-se afirmar que elas serão sequencialmente beneficiadas por condições negociais mais favoráveis e taxas de juros mais baixas, como ocorreu quando da criação da alienação fiduciária imobiliária.

Tão real a importância do tema ora discutido, que o mesmo foi objeto de estudo na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que resultou na publicação do Enunciado 506, colacionado abaixo *in verbis*:

Estando em curso contrato de alienação fiduciária, é possível a constituição concomitante de nova garantia fiduciária sobre o mesmo bem imóvel, que, entretanto, incidirá sobre a respectiva propriedade superveniente que o fiduciante vier a readquirir, quando do implemento da condição a que estiver subordinada a primeira garantia fiduciária; a nova garantia poderá ser registrada na data em que convencionada e será eficaz desde a data do registro, produzindo efeito *ex tunc*.

Por fim, válido ainda mencionar o paralelo feito por Gisela Guedes e Carla Wainer, no tocante aos consórcios de veículos. As autoras explicitam que tem sido bastante utilizado, no mercado financeiro, a convivência entre duas operações: o consórcio e o financiamento. Isto porque muitos participantes de consórcios, que desejam oferecer lances que lhes garantam tão logo a utilização do bem, tem procurado as instituições financeiras para obter um financiamento

130 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalhéo. op. cit. p. 260-261

ou empréstimo dos valores que lhes permitirão ofertar estes lances. Ocorre que, normalmente, a administradora de consórcios se garante através da alienação fiduciária do bem adquirido pelo consorciado, culminando em uma desproteção da instituição financeira, que por vezes, opta pela não realização do negócio, em razão da falta de garantia segura.

Entende-se que a melhor solução para o caso narrado acima, é, justamente a constituição de uma nova garantia fiduciária, qual seja a cessão fiduciária do direito real de aquisição do devedor fiduciante. Ainda que se trate de uma situação envolvendo bens móveis, resta patente a forma como o Direito é constantemente provocado a se modernizar e a regulamentar aos novos anseios sociais e mercadológicos, visto que estes não podem ficar à mingua da legislação.

CONCLUSÃO

As garantias desempenham papel de destaque dentro dos ordenamentos jurídicos, tendo em vista que são figuras essenciais para viabilização de negócios e circulação de crédito. Ainda que ostentem a característica de negócio jurídico acessório, tal fato não destitui a essencialidade dessas figuras. Em alguns países, a exemplo da França, os direitos de garantia são estudados em ramo próprio, o que, lamentavelmente, não ocorre no ordenamento pátrio.

As garantias no direito brasileiro podem ser sistematizadas a partir de várias perspectivas, contudo a divisão mais comum nas doutrinas leva em conta a natureza do objeto vinculado à garantia. Desta forma, a divisão clássica separa as garantias entre pessoais, quando a obrigação for garantia através da vinculação de todo o patrimônio do garantidor; e garantias reais, caracterizadas pela afetação específica de um bem que pode ser móvel, imóvel, corpóreo ou, até, incorpóreo.

Dentro desta divisão clássica, pode-se observar a existência de diversos tipos e modalidades diferentes de garantia, eis que cada uma delas é marcada por uma particularidade e destina-se à uma situação específica. Mesmo com as diferenças estruturais entre elas, todas visam o mesmo fim, qual seja a tutela do risco do inadimplemento obrigacional. Através da constituição de um negócio acessório, elimina-se ou pretende-se eliminar, a possibilidade do credor ter sua prestação frustrada.

Entretanto, engana-se aquele que acha que as garantias atendem somente aos interesses do credor, já que sem a existência e a constituição desta, o devedor certamente estaria em posição menos privilegiada ou, tão pouco teriam acesso ao crédito.

Examinadas as principais modalidades existentes no ordenamento brasileiro, não obstante a importância das garantias pessoais, pôde-se verificar que as garantias reais, em razão da vinculação específica do bem, são mais eficazes dentro do propósito do instituto, aproximando-se do arquétipo de garantia ideal. Ainda nesta linha, aferiu-se que a alienação fiduciária representa a garantia mais próspera, entre todas, já que pode ser constituída através de contrato particular, garante a imunidade do credor à falência do devedor, além de possuir a grande vantagem de excussão extrajudicial, o que acelera a recuperação do capital investido e possibilita ao credor, o oferecimento de condições mais favoráveis ao devedor.

Ainda que a hipoteca tenha sido, por longo período, a garantia mais utilizada para assegurar valores vultuosos, esta perspectiva não se concretiza nos dias atuais. A alienação fiduciária, que passou por intensas transformações desde a sua instituição através da Lei nº

4.728 de 1965, foi modernizada aos padrões da sociedade contemporânea e barrou consideravelmente a utilização da hipoteca.

O exercício de atualização dos institutos é constante, tendo em vista que as novas formas de negócio, a globalização e o contexto do mercado atual, demandam do intérprete e do aplicador do Direito, que estes verifiquem factualmente quais são os parâmetros do regime jurídico que precisam ser maximizados. A alienação fiduciária passou justamente por este processo. Inicialmente prevista somente abarcar os bens móveis, notou-se na prática a necessidade de regulamentar a extensão de seu objeto para abarcar também os bens imóveis, em razão da necessidade de se revitalizar o sistema habitacional.

Em que pese a efetividade da garantia fiduciária, esta possui algumas falhas em seu regime jurídico, que por vezes possui obscuridades ou traz previsões contraditórias entre si. Tal circunstância decorre, principalmente, da falta de unidade no tratamento da matéria e da ausência de um ramo de estudo próprio das garantias.

Desta feita, ainda que a alienação fiduciária promova a segurança necessária a consecução dos negócios jurídicos contemporâneos, o Direito é novamente intimado a atualizar este instituto, através da possibilidade da utilização do direito real de aquisição do fiduciante. O artigo 1.368-B do Código Civil encerrou o debate acerca da natureza jurídica e de qual direito conserva o alienante que transfere a propriedade de um bem garantia ao credor fiduciário. Como se viu, este direito possui caráter real, encontra-se tipificado no rol dos bens penhoráveis no artigo 835 do Código de Processo Civil e pode ser transmitido *inter vivos* ou *mortis causa*, razão pela qual não restam dúvidas acerca do reconhecimento de seu valor econômico.

Diante do inequívoco caráter real e da constatação do valor econômico do direito expectativo do fiduciante, a presente pesquisa empenhou-se em avaliar a possibilidade de constituição de outras garantias reais sobre este novo direito real. Conforme elucidado, sabe-se que a alienação fiduciária, diferentemente da hipoteca, não comporta a alienação em segundo grau, vez que pressupõe a alternância de titularidade.

Entretanto, como já mencionado, as garantias não atendem somente aos interesses do credor, mas sim à toda a ordem jurídica, o que inclui também a tutela dos interesses do devedor. Assim, ao passo em que a garantia fiduciária acarreta a afetação por completo do bem ofertado em garantia, o legislador confere ao fiduciante o direito real de aquisição, como forma de não encerrar o potencial econômico da coisa onerada.

Por conseguinte, considerando a potencialidade da alienação fiduciária, todo o contexto de adaptação do instituto ao longo dos anos, assim como o reconhecimento do valor econômico e do caráter real do direito de aquisição do fiduciante, conclui-se no sentido de que

a instituição de outras garantias reais sob o direito real resguardado ao fiduciante pode representar um avanço para todo o regramento das garantias, além de possibilitar a consecução de novos negócios e uma circulação de crédito mais efetiva, principalmente entre a classe média.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Eduardo Andrade Flor de. Direitos reais de garantia. Revista de Ciência Política, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 91-134, jan. 1985. ISSN 0034-8023. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/view/60221>>. Acesso em: 24 out. 2020

BEVILAQUA, Clóvis. Direito das Coisas. 5. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 2 v. (Coleção história do direito brasileiro. Direito Civil 3). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496210>> Acesso em: 15 out. 2020

BORSOI, Marta. A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro. Revista Jurídica Unicuritiba, [S.l.], v. 3, n. 32, p. 40-62, dez. 2013. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/678/504>>. Acesso em: 10 out. 2020

BRASIL. Lei nº 10.06 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 jun. 2020

BUFULIN, Augusto Passamani. Uma análise da hipoteca convencional sobre bens imóveis no Código Civil de 2002. 390 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8471/1/Augusto%20Passamani%20Bufulin.pdf>> Acesso em: 15 out. 2020

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral e lincdb. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1 v.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: direitos reais. 13. ed. rev., ampl, e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. 5 v.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. 21ª ed. ver. e atual por: Luiz Edson Fachin (coord. Edvaldo Brito). Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/27774759/Orlando_Gomes_-_Direitos_Reais> Acesso em: 26 jun. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito das coisas. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 5 v.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalhéo. Maximização das garantias sobre imóveis: hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante. Revista Brasileira de Direito Civil, [S.L.], p. 243-263, 2019. Trimestral. Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.33242/rbdc.2019.04.011>>. Acesso em: 17 de jun. 2020

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-fiduciaria-em-garantia-de-bens-imoveis/>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis. Revista de Direito Imobiliário. IRIB - Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, São Paulo, v. 44, p. 7-14, ago. 1998. Quadrimestral. Disponível em: <https://www.irib.org.br/publicacoes/RDI044/pdf.PDF>. Acesso em: 10 nov. 2020.

LÔBO, Paulo. Direito civil: Coisas. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 4 v.

MASSELLA, Alexandre Braga. A realidade social e moral do direito: uma perspectiva Durkheimiana. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 26, nº 2, p. 267-296, 2014, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452014000300010>> Acesso em: 24 out. 2020

MONTEIRO, Washington de Barros; DABUS MALUF, Carlos Alberto, Curso de Direito Civil: direito das coisas. 39. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v.

NEGRATO, Gustavo Scudeler. Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. 156 p. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8967>>. Acesso em: 17 set. 2020

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 9ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. Volume único.

NEVES, José Roberto de Castro. As Garantias do Cumprimento da Obrigação. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, nº 44, p. 174-214, 2008. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/revista44_sumario.htm> Acesso em: 26 jun. 2020.

OLIVA, Milena Donato. Do negócio fiduciário à fiducia. 2013. 223 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://oatd.org/oatd/record?record=oai%5C%3Awww.bdt.d.uerj.br%5C%3A4109>. Acesso em: 10 nov. 2020.

OLIVA, Milena Donato. RENTERÍA, Pablo. Fidúcia: a importância da incorporação dos efeitos do trust no direito brasileiro. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 12. n. 48, p. 27-62, out./dez. 2011, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/fiducia-a-importancia-da-incorporacao-dos-efeitos-do-trust-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 11 nov. 2020.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. 21. ed. rev. e atual por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3.

SEGALLA, Alessandro Schirrmester. A funcionalização do contrato de fiança: Proposta de revalorização do instituto. Orientador: Professor Dr. Álvaro Villaça Azevedo. 2010. 297 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. DOI 10.11606/D.2.2010.tde-31012011-163139. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-163139/pt-br.php>> Acesso em: 17 ago. 2020.

SILVA, Fábio Rocha Pinto e. Garantias das obrigações: uma análise sistemática do direito das garantias e uma proposta abrangente para a sua reforma. 1º. ed. São Paulo: IASP, 2017. 972 p. ISBN 9788569419280. Disponível em: <https://www.academia.edu/35509245/Garantias_das_Obriga%C3%A7%C3%B5es> Acesso em: 08 mai. 2020.

SILVA, Fábio Rocha Pinto e. Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo. Orientador: Teresa Ancona Lopez. 2013. 173 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. DOI 10.11606/D.2.2016.tde-13102016-163040. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>> Acesso em: 15 jun. 2020.

SOUZA, Sylvio Capanema de. Considerações sobre a cumulação das garantias pessoais e reais, na alienação fiduciária. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 5, n. 17, p. 53-58, 2002. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17_sumario.htm> Acesso em: 24 jun. 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito das Coisas. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 4.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direitos reais. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 5.