

Para a hipótese de falta de pagamento de alguma parcela do financiamento, a lei adota um conjunto de procedimentos similares àqueles já consagrados na lei de loteamento (Lei 6.766, de 1979), atribuindo ao Oficial do competente Registro de Imóveis as diligências de notificação para purgação de mora; efetivado o pagamento pelo devedor-fiduciante, o Oficial do Registro entregará ao credor as quantias recebidas ou, não purgada a mora, certificará esse fato e promoverá os assentamentos necessários à consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário. Uma vez consolidada a propriedade, o credor deverá promover a realização de dois leilões para venda do imóvel, apropriando-se do produto da venda até o limite do seu crédito e entregando ao devedor o *quantum* que exceder à dívida, encargos e despesas. Se, no segundo leilão, não se alcançar o valor da dívida, encargos e despesas, o credor exonerará o devedor do pagamento da diferença, dando-lhe quitação da dívida.

A lei prevê a hipótese de transmissão dos direitos e obrigações, tanto do credor como do devedor, pelo que o cessionário do crédito passará a ser o proprietário fiduciário do bem, enquanto o cessionário do débito passará a ocupar a posição do fiduciante, investido do direito expectativo à obtenção da propriedade plena sobre o bem.

Assegura-se ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive aquele que vier a adquirir o imóvel em leilão, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias.

Na hipótese de insolvência do fiduciante, é assegurada ao fiduciário a restituição do bem, na forma da legislação pertinente.

6.1. Propriedade fiduciária e hipoteca

Exercendo a propriedade fiduciária, como garantia, função correspondente às garantias reais que já integram nosso ordenamento, não raras vezes tem sua configuração confundida com outras modalidades de garantia utilizadas para fim semelhante.

Destaque-se, a propósito, a hipoteca.

Como já dito, a propriedade fiduciária não se confunde com a hipoteca, fundamentalmente, porque esta é ônus real que incide sobre coisa alheia, enquanto a propriedade fiduciária é direito próprio do credor, um direito real em coisa própria, com função de garantia. Assim, com o registro do contrato de alienação fiduciária, o credor torna-se titular do domínio resolúvel sobre a coisa objeto da garantia,

permanecendo sob seu domínio até que o devedor pague a dívida. O bem, assim, é excluído do patrimônio do devedor, só retornando a ele após o cumprimento da obrigação garantida.

Tal distinção implica importantes conseqüências.

Em primeiro lugar, na medida em que o bem é retirado da esfera patrimonial do devedor, não mais pode ser objeto de constrição em razão de suas dívidas, estando consolidada a jurisprudência no sentido de que não há que se cogitar de preferência de crédito tributário em relação a débito de responsabilidade do devedor-fiduciante.²⁹⁸

O mais relevante efeito da segregação patrimonial do bem objeto da propriedade fiduciária é sua exclusão dos efeitos de eventual insolvência do devedor-fiduciante.

De fato, por efeito da constituição da propriedade fiduciária, cria-se um patrimônio de afetação integrado pelo bem objeto da garantia, que não é atingido pelos efeitos de eventual insolvência do devedor ou do credor, não integrando, portanto, a massa falida de um ou do outro.

Disso resulta que se cair em insolvência o devedor-fiduciante, o bem objeto da garantia, que foi excluído do seu patrimônio e passou a constituir um patrimônio de afetação, permanecerá separado dos bens da massa "até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento da sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer" (Lei nº 11.101/2005, art. 119, IX), assegurada ao fiduciário, se for o caso, a restituição do bem e eventualmente sua venda, aplicando a importância que aí apurar na satisfação do seu próprio crédito, sem concorrência com os demais credores (Lei nº 9.514/97, art. 32, e Lei nº 11.101/2005, art. 49, § 3º).

298 "Execução Fiscal — Embargos de Terceiro — Penhora — Bem Alienado Fiduciariamente — Impossibilidade — Propriedade do Credor Fiduciário — Inexistência de Privilégio do Crédito Tributário. 1. "A alienação fiduciária em garantia expressa negócio jurídico em que o adquirente de um bem móvel transfere — sob condição resolúvel — ao credor que financia a dívida, o domínio do bem adquirido. Permanece, apenas, com a posse direta. Em ocorrendo inadimplência do financiado, consolida-se a propriedade resolúvel" (REsp 47.047-1/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros). 2. O bem objeto de alienação fiduciária, que passa a pertencer à esfera patrimonial do credor fiduciário, não pode ser objeto de penhora no processo de execução fiscal, porquanto o domínio da coisa já não pertence ao executado, mas a um terceiro, alheio à relação jurídico-tributária. 3. A alienação fiduciária não institui um ônus real de garantia, não havendo de se falar, nesses casos, em aplicação da preferência do crédito tributário. 4. Precedentes das Turmas (STJ, 2ª T., RESP 332369-SC, rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 1.8.2006).

Já se se tratar de hipoteca, vindo a falir o devedor hipotecário, o bem objeto da garantia, que permaneceu em seu patrimônio, será arrecadado pelo administrador judicial e passará a integrar o ativo da massa, devendo o credor hipotecário concorrer com os demais credores segundo a ordem legal de preferência.

Além desse relevante efeito decorrente das distintas características dessas garantias, outro aspecto a merecer atenção é a impossibilidade de se aplicar à propriedade fiduciária a regra do art. 1.476 do Código Civil,²⁹⁹ pelo qual o dono do imóvel pode constituir sobre ele sucessivas hipotecas, com diferentes graus de preferência.

Essa regra é absolutamente incompatível com a natureza da garantia fiduciária e, portanto, a despeito de respeitável opinião doutrinária,³⁰⁰ não se aplica à propriedade fiduciária de bem imóvel, de modo que é juridicamente inadmissível constituir-se propriedades fiduciárias em primeiro grau, segundo grau etc.

É que, como se sabe, na hipoteca o bem permanece no patrimônio do devedor e, assim, sendo ele, o devedor, titular do domínio sobre o imóvel, pode constituir sobre ele novos gravames e até mesmo vendê-lo, hipótese em que, por força da seqüela, o gravame hipotecário passa à responsabilidade do adquirente.

Já na propriedade fiduciária o bem é retirado do patrimônio do devedor e transmitido ao patrimônio do credor. Assim, não sendo mais titular da propriedade, o devedor-fiduciante não tem mais a faculdade de dispor do bem e, portanto, não pode vendê-lo, ainda que em caráter fiduciário, mais de uma vez, sucessivamente, ao mesmo adquirente ou a diferentes adquirentes (relembre-se que a alienação fiduciária importa na transmissão da propriedade, ainda que em caráter resolúvel; transmitida a propriedade fiduciária ao credor, o fiduciante torna-se titular da posse direta e de direito aquisitivo sobre o imóvel, sob condição suspensiva, só vindo a readquiri-lo por efeito do pagamento da dívida garantida).

Pode o devedor fiduciante, entretanto, como titular de direito real de aquisição, sob condição suspensiva, caucionar esse direito, tal como permitido pelos arts. 17, III, e 21 da Lei 9.514/97.³⁰¹ A caução

299 "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."

300 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Revista de Direito Imobiliário* n° 51 — ano 24 — Julho/Dezembro de 2001.

301 Lei 9.514/97: "Art. 21. São suscetíveis de caução, desde que transmissíveis, os direitos aquisitivos sobre imóvel, ainda que em construção."

do direito real de aquisição pode ser constituída em favor do mesmo credor-fiduciário ou em favor de outro credor, caso em que a aferição do valor econômico desse direito deve levar em conta, entre outros fatores, o valor do saldo da dívida garantida pela propriedade fiduciária.³⁰²

Não obstante, pode eventualmente ser admitida a alienação fiduciária da propriedade superveniente, tal como admitido pelo § 3° do art. 1.361 do Código Civil, pelo qual a propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz a garantia fiduciária,³⁰³ bem como pelo § 1° do art. 1.420 do Código Civil.³⁰⁴ Assim, a alienação fiduciária de imóvel já anteriormente alienado fiduciariamente (isto é, que não se encontra no patrimônio do devedor-alienante), só terá eficácia após verificada a condição suspensiva que enseja a aquisição da propriedade por parte do devedor-fiduciante, com a averbação, no Registro de Imóveis, do "termo de quitação" da dívida garantida pela propriedade fiduciária anteriormente constituída. Nesse momento surge a propriedade superveniente a que aludem as disposições do Código Civil acima referidas e, em consequência, torna-se eficaz a nova garantia fiduciária.

6.2. Conceito e caracterização

Na dinâmica delineada pela lei, o devedor (fiduciante), sendo proprietário de um imóvel, aliena-o ao credor (fiduciário) a título de garantia; a propriedade assim adquirida tem caráter resolúvel, vinculada ao pagamento da dívida, pelo que, uma vez verificado o pagamento, opera-se a automática extinção da propriedade do credor, com a consequente reversão da propriedade plena ao devedor-fiduciante, enquanto, ao contrário, se verificado o inadimplemento contratual do devedor-fiduciante, opera-se a consolidação da propriedade plena no patrimônio do credor-fiduciário.³⁰⁵

302 V. item 4.2.2.3. Penhora dos direitos do fiduciário e do fiduciante.

303 "Art. 1.361. ... § 3° A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária."

304 "Art. 1.420. ... § 1° A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono."

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