

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RENATA CESAR BORDIM

**A TRANSIÇÃO DOS MODELOS DE GARANTIA NOS FINANCIAMENTOS
IMOBILIÁRIOS**

CURITIBA
2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RENATA CESAR BORDIM

**A TRANSIÇÃO DOS MODELOS DE GARANTIA NOS FINANCIAMENTOS
IMOBILIÁRIOS**

Monografia apresentada como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA
2008

Ao Eduardo, pela paciência e pelo apoio em todos os momentos.

Aos meus pais Leila e Reinato,
Por todo o amor que deles recebi.

Às minhas irmãs.

Ao Prof. Rodrigo Xavier Leonardo, pela orientação e incentivo.

RESUMO

O presente trabalho procurou analisar o elemento garantia nos financiamentos imobiliários. Verificar como o elemento garantia se projeta no direito à moradia. Observar a importância de corretas políticas públicas habitacionais, de acordo com as prioridades sociais do país. Reflexão sobre o mercado habitacional. Analisar a relação entre garantia e responsabilidade patrimonial. Enfatizar as diferenças existentes entre a hipoteca e a alienação fiduciária. Analisar o desenvolvimento do Sistema Financeiro da Habitação e do Sistema Financeiro Imobiliário. Verificar porque houve a transição da hipoteca para a alienação fiduciária. Caracterizar os riscos e benefícios da utilização da garantia da alienação fiduciária em garantia nos financiamentos imobiliários. Verificar a proteção dos consumidores perante as instituições financeiras. Necessidade de ver o procedimento da execução extrajudicial sob a ótica constitucional. Análise da recepção da jurisprudência ao novo instituto da alienação fiduciária de imóveis.

Palavras-chaves: Mercado habitacional – SFH – SFI – Alienação Fiduciária em garantia – Execução extrajudicial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 LINEAMENTOS GERAIS SOBRE O MERCADO HABITACIONAL.....	08
1.1 O Mercado Habitacional e as Políticas Públicas Habitacionais.....	08
1.2 O Sistema Financeiro da Habitação.....	15
1.3 O Sistema Financeiro Imobiliário.....	20
2 GARANTIAS NOS FINANCIAMENTOS IMOBILIÁRIOS.....	24
2.1 A garantia e a responsabilidade patrimonial no processo obrigacional.....	24
2.2 Garantia Hipotecária.....	31
2.3 Alienação Fiduciária em Garantia.....	36
3 DA GARANTIA AO CONTRATO.....	45
3.1 Uma análise do modelo contratual do SFI.....	45
3.2 Riscos e Benefícios na Alienação Fiduciária de bem imóvel.....	50
3.3 Execução Extrajudicial e o caráter extra-estatal da tutela de direitos.....	51
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	59
ANEXOS.....	62

INTRODUÇÃO

Apesar do reconhecimento do caráter essencial da provisão de habitação e serviços urbanos adequados para a inclusão social e o combate à pobreza no país, as condições de moradia da população brasileira ainda são bastante precárias, sobretudo entre as camadas mais pobres. A subsistência de problemas econômicos e sociais, como inflação elevada, concentração de renda e de patrimônio, desemprego, inadimplência, déficit habitacional¹, entre inúmeros outros, que atingem inevitavelmente qualquer modelo de política imobiliária idealizável para o Brasil, contribuem para que não haja mudanças nesse panorama.

Diante desse quadro, é necessário repensar as políticas públicas habitacionais sob novas bases, de forma consistente com a realidade econômica e as prioridades sociais do país. Para isso, é preciso formular uma política de desenvolvimento urbano nacional, com identificação clara das ações públicas e privadas.

A constituição de 1988, no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no art. 5º, salienta que é garantido o direito à propriedade. A Constituição Federal estabelece ainda, que é dever do Estado, nas suas três esferas, promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (artigo 23, inciso IX). Embora se tenha tentado, as políticas públicas não têm atendido a essa garantia dos indivíduos, transferindo a responsabilidade para as instituições privadas. E por sua vez, as instituições privadas estão preocupadas com o lucro, tratando o direito à moradia como uma mercadoria².

¹ Segundo não tão recente reportagem veiculada pela Folha Online, “O déficit habitacional brasileiro atingiu 7,9 milhões de residências em 2006, segundo estudo realizado pela FGV (Fundação Getúlio Vargas), com base nos dados da Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística)”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u347991.shtml>>. Acesso em 25/08/2008.

² Nesse sentido, importante ressaltar a afirmação de Laércio Becker: “É na condição de mercadoria – e não na de equipamento imprescindível ao próprio exercício da cidadania – que o problema do déficit habitacional vem sendo sistematicamente abordado pelo governo federal”. (BECKER, L. A.. **Contratos Bancários – execuções especiais: SFH - SFI- Alienação Fiduciária – Crédito rural e industrial**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 105).

Partindo dessas premissas, o que se pretende neste trabalho é analisar o elemento garantia nos financiamentos imobiliários e como isso se projeta no direito à moradia e nas respectivas políticas públicas habitacionais. Para tanto, no primeiro capítulo apresenta-se uma reflexão sobre o mercado habitacional e sobre as políticas públicas habitacionais. A relação entre garantia e responsabilidade patrimonial é tratada no segundo capítulo, bem como é feita uma análise geral dos modelos de garantia utilizados em financiamentos habitacionais, quais sejam, a hipoteca e a alienação fiduciária. O terceiro capítulo se destina a uma reflexão sobre o modelo contratual do SFI e em especial, à alienação fiduciária e suas peculiaridades.

1. LINEAMENTOS GERAIS SOBRE O MERCADO HABITACIONAL

1.1 O MERCADO HABITACIONAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS

A moradia pode ser considerada uma necessidade básica, como a alimentação e a vestimenta, um bem de raiz que tem a particularidade de necessitar da terra³ como suporte. Mais do que uma necessidade, a moradia pode ser identificada como um direito que integra o direito à subsistência, o qual, por sua vez, representa a expressão mínima do direito à vida.

A carência de moradias constitui um grave problema com que se defrontam os governos federal, estaduais e municipais. A situação é crítica, principalmente entre as camadas de renda mais baixas da população, atingindo, além das metrópoles, também os centros de pequeno e médio porte.

O fato de todos necessitarem de moradia faz de cada família um demandante potencial no mercado de habitação, independente do seu nível de renda. O alto preço da habitação torna a sua comercialização dependente de esquemas de financiamento de longo prazo.

Essas características, aliadas ao fato de o elevado custo da moradia ultrapassar a capacidade de pagamento da população pobre e à ausência de um mercado de financiamento de longo prazo adequado, justificam a interferência do governo no mercado habitacional com vistas à maior eficiência alocativa e justiça social.

A intervenção do governo pode ser direta, por meio da provisão de moradia destinada à população de baixa renda e/ou da disponibilização de fundos públicos

³ A socióloga Eva Alterman Blay afirma que houve uma inversão na mentalidade do trabalhador urbano: "O importante é ter uma casa própria, ela garante fixação na cidade. Conseguir um emprego é difícil instável, precário. A casa, porém, é a proteção para os momentos de desemprego, é a certeza de ter um teto enquanto se busca um novo trabalho". (BLAY, Eva Alterman. *Habitação: a política e o habitante*. In: (org.). **A luta pelo espaço: textos de sociologia urbana**. 2ª ed., Petrópolis: Vozes, 1979, p. 81).

para o setor habitacional, ou indireta, mediante legislação incidente sobre mercado financeiro, uso do solo e padrões construtivos.

A trajetória da política habitacional no País tem sido marcada por mudanças na concepção e no modelo de intervenção do poder público⁴ no setor que ainda não logrou êxito, especialmente no que se refere ao equacionamento do problema da moradia para a população de baixa renda.

Mesmo com o direito à moradia presente entre os deveres do Estado, constantes na Constituição Federal, ainda existe no país uma vasta gama de necessidades habitacionais não satisfeitas, configurando violações do direito à moradia, que incidem, sobretudo, nas camadas mais pobres da população.

Segundo o Prof. Rodrigo Xavier Leonardo,

justamente pela vinculação estreita com outros mercados, e pelo fato de a habitação constituir o maior desejo das pessoas destituídas de propriedade (em busca de uma segurança simbolizada pela moradia), a questão habitacional não pode ser reduzida à escassez e dificuldade de produção do bem imóvel contraposta à crescente demanda por este mesmo bem.⁵

Ainda nesse sentido, a socióloga Eva Alterman Blay afirma que

⁴ De acordo com Cláudio Hamilton Santos: “O bem *habitação* possui especificidades que justificam a atuação governamental no mercado de habitações: (1) A habitação é um bem muito caro, de modo que sua comercialização depende muito de esquemas de financiamento de longo prazo aos demandantes finais. (2) A habitação é uma necessidade básica do ser humano, de modo que toda família é uma demandante em potencial do bem habitação. (3) A habitação responde por parcela significativa da atividade do setor de construção civil, que, por sua vez, responde por parcela significativa da geração de empregos e do PIB da economia. As características (1) e (3) fazem que os governos classicamente atuem na direção de disponibilizar recursos para o financiamento do setor, seja de modo direto (isto é, por meio da utilização de fundos públicos) e/ou indiretamente (por meio da legislação incidente sobre o mercado financeiro). Note-se que, nesse caso, trata-se de corrigir uma falha do mercado, levando-o a funcionar melhor ao gerar mais investimentos e, conseqüentemente, mais empregos na economia. Já as características (1) e (2) fazem que os governos classicamente também atuem na provisão de moradias destinadas às camadas menos favorecidas da população. Ao contrário da primeira forma de intervenção citada, nesse caso o governo não auxilia o mercado, mas o substitui, uma vez que atua em um segmento que não é atendido, mesmo que o mercado funcione com padrões satisfatórios de eficiência. Note-se, ainda, que essas formas de intervenção (seja para disponibilizar recursos de longo prazo, seja para atuar na área social) levam o governo federal classicamente a atuar de forma mais ativa do que os governos locais sobre a questão. No caso brasileiro, as carências habitacionais das camadas populacionais de baixa renda são muito grandes.” (SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas Federais de habitação no Brasil:1964/1998**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 11/08/2008).

⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 41.

O problema da habitação e, em particular, da habitação popular, não decorre de um simples desequilíbrio entre a carente oferta de imóveis e uma vasta população consumidora, mas é um complexo problema com dimensões sociais, econômicas e políticas.⁶

A partir de 1940, devido ao grande crescimento populacional, a demanda por habitação também aumentou e como conseqüência disso, surgiu a necessidade de políticas públicas voltadas para a questão habitacional.

A Fundação da Casa Popular, primeira política nacional de habitação, criada em 1946, no governo do presidente Eurico Gaspar Dutra, revelou-se ineficaz devido à falta de recursos e às regras de financiamento estabelecidas, o que comprometeu o seu desempenho no atendimento da demanda, que ficou restrito a alguns Estados da federação e com uma produção pouco significativa de unidades.

Nas palavras de Cláudio Hamilton Santos, “a situação do setor habitacional brasileiro no período imediatamente anterior à entrada em funcionamento do SFH era das mais graves”⁷.

O modelo de política habitacional implementado a partir de 1964, pelo Banco Nacional de Habitação (BNH⁸), baseava-se em um conjunto de características que deixaram marcas importantes na estrutura institucional e na concepção dominante de política habitacional nos anos que se seguiram. Essas características podem ser identificadas a partir dos seguintes elementos fundamentais: primeiro, a criação de um sistema de financiamento que permitiu a captação de recursos específicos e subsidiados, o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS⁹) e o Sistema

⁶ BLAY, Eva Alterman. Habitação: a política e o habitante. *In:* (org.). **A luta pelo espaço: textos de sociologia urbana**. 2ª ed., Petrópolis: Vozes, 1979, p. 77.

⁷ SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas Federais de habitação no Brasil: 1964/1998**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 11/08/2008.

⁸ Conforme destacado por Eva Alterman Blay, “o poder público, a partir de 1964, procura encontrar soluções alternativas que ofereçam habitação em massa. Tenta-se institucionalizar a solução para o problema habitacional pela criação do Banco Nacional da Habitação (BNH)”. (BLAY, *Op cit*, p. 85).

⁹ O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) foi criado em 1967 pelo Governo Federal para proteger o trabalhador demitido sem justa causa, mediante a abertura de uma conta vinculada ao contrato de trabalho. No início de cada mês, as empresas depositam, em contas abertas na CAIXA em nome dos seus empregados, o valor correspondente a 8% do salário de cada funcionário. O FGTS é constituído pelo total desses depósitos mensais. Os valores do Fundo pertencem

Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE¹⁰), que chegaram a atingir um montante bastante significativo para o investimento habitacional.

O segundo elemento foi a criação e operacionalização de um conjunto de programas que estabeleceram, em nível central, as diretrizes gerais a serem seguidas, de forma descentralizada, pelos órgãos executivos. Terceiro, a criação de uma agenda de redistribuição dos recursos, que funcionou principalmente em nível regional, a partir de critérios definidos centralmente. E, por último, a criação de uma rede de agências, nos estados da federação, responsáveis pela operação direta das políticas e fortemente dependentes das diretrizes e dos recursos estabelecidos pelo órgão central.

Dentre as críticas feitas ao modelo, a primeira e central quanto à atuação do BNH, foi a incapacidade em atender à população de mais baixa renda, objetivo principal que havia justificado a sua criação. Outro ponto importante era o modelo institucional adotado, com forte grau de centralização e uniformização das soluções no território nacional.

A desarticulação entre as ações dos órgãos responsáveis pela construção das casas populares e os encarregados dos serviços urbanos também era apontada, bem como a construção de grandes conjuntos como forma de baratear o custo das moradias, geralmente feitos em locais distantes e sem infra-estrutura e, por último, o seu modelo financeiro que se revelou inadequado em uma economia com processo inflacionário.

Segundo Laércio Becker,

Diz-se que o SFH cumpre funções políticas e econômicas. São suas funções políticas: 1) Aglutinar apoio político (legitimação) à Revolução. [...]. 2) Controlar o acesso à propriedade privada, o que vale dizer, em última análise, ao próprio controle do equilíbrio social desigualitário. [...]. 3) Desmobilizar os movimentos sociais de luta pela moradia e eventuais associações comunitárias de vizinhança. [...]. Cumpre também funções econômicas, seja enquanto instrumento de absorção de mão-de-obra em

exclusivamente aos empregados que, em situações específicas, podem dispor do total depositado em seus nomes.

¹⁰ Poupança voluntária proveniente dos depósitos de poupança do denominado Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), constituído pelas instituições que captam essa modalidade de aplicação financeira, com diretrizes de direcionamento de recursos estabelecidas pelo CMN e acompanhados pelo BACEN.

massa, para diminuir o desemprego, seja enquanto elemento de sustentação ao desenvolvimento concentracionista acelerado, a que se deu o nome de 'milagre brasileiro'.¹¹

Nesse mesmo sentido, a socióloga Eva Alterman Blay, afirma que

[...] para financiar a construção destas moradias, institui-se como lastro deste banco o Fundo de garantia por tempo de serviço de todos os trabalhadores assalariados brasileiros. Isto é, para a construção e venda de casas a particulares, mobiliza-se um bem comum a todos. [...]. Este mecanismo é extremamente 'conveniente' por várias razões: conserva o sistema de propriedade privada; aparentemente torna-se concretizável a utopia de que todos poderão ter sua casa própria; não toca nos problemas fundamentais que geram o desequilíbrio econômico. [...] A mera existência do sistema do BNH reforça a aspiração da classe trabalhadora pela casa própria. [...]. Com isto se esvaziam reivindicações reais e imediatas que a população urbana venha a fazer. [...] Ao adquirir sua casa própria, o trabalhador compromete a vida para saldar a dívida. Isto é, se considerarmos que o novo proprietário tem entre 25 a 30 anos ao conseguir comprar uma casa, terá 50 ou mesmo 60 anos quando terminar de pagá-la. Estará obrigado a trabalhar toda sua vida para saldar a dívida e provavelmente envolverá a mulher e os filhos no compromisso assumido. Em nome da aquisição da casa própria, sua força de trabalho está previamente vendida.¹²

A idéia era que este sistema "se retroalimentasse, de modo a não exigir grandes recursos públicos, vez que seria abastecido economicamente pelos depósitos em caderneta de poupança e depósitos vinculados ao FGTS".¹³

Neste caso, o desempenho do SFH dependeria do montante de arrecadação do FGTS e do SBPE, levando ainda em conta que o grau de inadimplência dos mutuários não fosse muito alto. Uma das grandes fragilidades ainda, do SFH, eram as possíveis flutuações macroeconômicas a que estava submetido e que poderiam afetar essas variáveis. No entendimento de Cláudio Hamilton Santos,

Talvez a principal (dadas suas implicações políticas) entre as vulnerabilidades do SFH fosse o fato de que flutuações macroeconômicas que implicassem quedas nos salários reais necessariamente diminuiriam a

¹¹ BECKER, L. A.. **Contratos Bancários – execuções especiais (SFH - SFI- Alienação Fiduciária – Crédito rural e industrial**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 106.

¹² BLAY, Eva Alterman. Habitação: a política e o habitante. *In:* (org.). **A luta pelo espaço: textos de sociologia urbana**. 2ª ed., Petrópolis: Vozes, 1979, p. 85.

¹³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 50.

capacidade de pagamento dos mutuários, aumentando a inadimplência e comprometendo o equilíbrio atuarial do sistema. Dito de outra forma, danos graves ao SFH poderiam ocorrer não somente no lado da captação de novos recursos como do lado do retorno da aplicação dos *velhos* recursos. Com efeito, isto aconteceu justamente nos primeiros anos de funcionamento do SFH, os quais foram marcados por uma política anti-inflacionária que implicou baixo crescimento e queda nos salários reais.¹⁴

Também Rodrigo Xavier Leonardo destacou que

Economicamente, diversos fatores conjugados propiciaram a inviabilidade do SFH. Partindo da concepção de retroalimentação financeira do sistema, o primeiro golpe sofrido se deu na formação dos recursos encampados pelo FGTS e pelas poupanças, que seriam destinados à construção de novas habitações. No surgir da década de 1980, a recessão e o conseqüente desemprego provocaram uma drástica diminuição na captação dos recursos.¹⁵

A crise do Sistema Financeiro de Habitação e a extinção do BNH criaram um hiato em relação à política habitacional no País, com a desarticulação progressiva da instância federal, a fragmentação institucional, a perda de capacidade decisória e a redução significativa dos recursos disponibilizados para investimento na área.

Extinto o BNH em agosto de 1986, suas atribuições foram transferidas para a Caixa Econômica Federal, permanecendo a área de habitação, no entanto, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (MDU), cuja competência abrangia as políticas habitacionais, de saneamento básico, de desenvolvimento urbano e do meio ambiente, enquanto a Caixa estava vinculada ao Ministério da Fazenda.

Com a Constituição de 1988 e a reforma do Estado, o processo de descentralização, um dos pontos principais do modelo proposto, ganha base para se efetivar. Dentro do processo de descentralização se estabelece uma redefinição de competências, passando a ser atribuição dos Estados e Municípios a gestão dos programas sociais, dentre eles o de habitação, seja por iniciativa própria, seja por adesão a algum programa proposto por outro nível de governo, seja por imposição Constitucional.

¹⁴ SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas Federais de habitação no Brasil:1964/1998**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 11/08/2008.

¹⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

O direito à moradia e à propriedade garantidos pela ordem jurídica do País, especialmente após a Constituição de 88 e o advento do Estatuto da Cidade, que inscreveram o direito à moradia, especialmente para os setores de baixa renda, como um dos fundamentos da função social da cidade e da propriedade, não foram totalmente incorporados às práticas administrativas dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União, e no posicionamento do poder judiciário¹⁶ em processos de regularização.

Com o Estatuto das Cidades, procurou-se

dar efetividade às normas constitucionais atualmente vigentes que se dedicam a traçar a política de desenvolvimento urbano, com o objetivo de ordenar as funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, mediante um mecanismo básico que é o plano diretor.¹⁷

O crescimento das favelas e loteamentos irregulares demonstra claramente que a produção informal de moradias precárias em assentamentos ilegais tem sido a forma hegemônica de “solução” adotada pela própria população nas faixas de mais baixa renda, e revela o baixo alcance das políticas públicas implementadas ao longo de décadas em que o déficit vem se avolumando.

As favelas e os assentamentos informais localizados nas áreas centrais e nas periferias das principais regiões metropolitanas constituem a expressão mais visível dos problemas habitacionais brasileiros. Portanto, o que aparece como o problema habitacional nas grandes cidades não é senão a consequência dos problemas econômicos também do meio rural, pois houve uma grande migração rural. A prolongada persistência do déficit habitacional e a favelização no Brasil evidenciam a ineficácia das políticas públicas para solucionar a falha da oferta de habitação adequada ao perfil da demanda habitacional da população brasileira.

As aplicações dos recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço têm sido determinadas pela demanda e não pela distribuição orçamentária de acordo

¹⁶ Nas palavras de Laércio A. Becker: “Se a imparcialidade já é por si só, um mito, que dizer da atuação do Judiciário diante dos conflitos que dizem respeito diretamente à propriedade (capital). [...] No nosso caso, trata-se da garantia do direito das instituições financeiras ao retorno lucrativo de seu capital”. (BECKER, L. A.. **Contratos Bancários – execuções especiais (SFH - SFI- Alienação Fiduciária – Crédito rural e industrial**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33).

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. O regime jurídico da propriedade no Brasil Contemporâneo e o desenvolvimento Econômico Social. **Revista do IAP**, n. 21, Curitiba, p. 189-198, 1993.

com o perfil do déficit. O principal programa implementado com recursos do FGTS é o da Carta de Crédito Individual, com forte concentração na aquisição de imóvel usado.

O Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), criado em 1997, não conseguiu proporcionar aumento de investimentos no setor habitacional, devido à dificuldade em captar recursos em virtude da falta de competitividade dos títulos de crédito de habitação – os Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI)¹⁸ –, provocada pela falta de segurança jurídica nos contratos e inexistência de um mercado secundário que garantisse liquidez para os títulos lastreados em recebíveis imobiliários.

1.2 O SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

Em 21 de agosto de 1964 foi promulgada a lei 4.380¹⁹ que instituiu a criação do Sistema Financeiro da Habitação, com o objetivo precípuo de facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia.

O Sistema Financeiro da Habitação surgiu como solução²⁰ para a situação problemática habitacional do país pelo BNH – Banco Nacional da Habitação. A finalidade do BNH²¹, como detentor de personalidade jurídica de direito público,

¹⁸ O instrumento básico para o funcionamento do SFI é o Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI), ou seja, títulos lastreados nos fluxos recebíveis gerados pelos financiamentos imobiliários, emitidos por Companhias Securitizadoras.

¹⁹ “Apesar do substantivo habitação, a Lei 4.380/64 apresentava, em verdade, um sistema financeiro, no qual a habitação, progressivamente, acabou tornando-se um dado secundário”. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 47).

²⁰ “O SFH não foi criado apenas para – em tese – resolver a crise de habitação, mas também para sanar deficiências de instrumentação do sistema financeiro. Por isso pode-se dizer que é mais ‘um instrumento a serviço do poderio das instituições financeiras’”. (BECKER, L. A.. **Contratos Bancários – execuções especiais (SFH - SFI- Alienação Fiduciária – Crédito rural e industrial**, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 109).

²¹ Importante salientar a crítica feita por Laércio Becker: “O extinto BNH (Banco Nacional da Habitação), enquanto órgão gestor dos financiamentos, não estava diretamente envolvido – leia-se: responsável – em fornecer habitação, mas apenas em ‘prover recursos financeiros e supervisão dos programas implementados por corporações privadas’, o que o mantinha com as ‘mãos limpas’. O problema é que, na qualidade de entidade bancária, ‘é compreensível que o enfoque da habitação tenha sido quantitativo, cauteloso e capitalista; logo seus resultados poderiam ser

patrimônio próprio e autonomia administrativa, era a de orientar, disciplinar e controlar o Sistema Financeiro da Habitação, incentivando a formação de poupança e sua canalização para o Sistema Financeiro.

Entre outras atribuições, o BNH era ainda incumbido de autorizar e fiscalizar o funcionamento das sociedades de crédito imobiliário e seu acesso ao mercado de capitais, atuando como fiscalizador do cumprimento das normas de financiamento imobiliário, dos índices e critério de reajustes e do retorno do financiamento aos cofres públicos.

Como política governamental adotada, principalmente ante as necessidades essenciais de uma moradia adequada e própria para a coletividade, o sistema financeiro visava facilitar a aquisição de casa própria, inclusive com a participação de construtoras, que detinham, como ainda hoje, uma participação de grande importância para o desenvolvimento do programa de financiamento. Para que isso fosse possível, o programa buscou adotar uma política de reajuste de prestação adequada e suficiente, para que o adquirente final pudesse adimplir a obrigação assumida e, em contrapartida, dar proteção ao direito à moradia.

Nos financiamentos imobiliários do SFH um dos requisitos exigidos era a demonstração de capacidade de pagamento do mutuário, pois a prestação devida deveria ser correspondente até certo percentual dessa renda, para que com a passagem do tempo, a prestação não aumentasse de forma a impedir o seu pagamento mensal. Isso porque a lei determinou que o princípio da Comutatividade deveria estar presente nos contratos. A respeito da comutatividade, Orlando Gomes pondera que: “nos contratos comutativos, a relação entre a vantagem e sacrifício é subjetivamente equivalente, havendo certeza quanto às prestações”²².

Como o Sistema Financeiro da Habitação havia sido criado com a finalidade de propiciar à população de baixa renda a aquisição da casa própria, a Lei 4.380/1964 afirmava que o SFH deveria garantir a correção monetária dos recursos a ele destinados, sem se esquecer da capacidade econômica dos mutuários. Mas

melhores se o enfoque fosse menos bancário e menos paternalista”’. (BECKER, L. A.. **Contratos Bancários – execuções especiais (SFH - SFI- Alienação Fiduciária – Crédito rural e industrial**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 109).

²² GOMES, Orlando, **Contratos**, 24ª ed., 2001, p. 74.

isso não aconteceu, pois a correção monetária do período foi maior do que os reajustes salariais ocorridos. O reajuste das prestações era trimestral, enquanto os reajustes salariais eram apenas anuais. Como solução para este problema, o governo criou o Plano de Equivalência Salarial (PES) e o Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS²³).

Nas palavras da socióloga Eva Alterman Blay,

O mecanismo posto em marcha pelo BNH conseguiu realmente retardar a solução do problema habitacional brasileiro: vende uma utopia, evita a redistribuição da renda e desvia a direção da tensão social dos verdadeiros problemas subjacentes ao problema habitacional²⁴.

Apesar da tentativa, a solução adotada pelo governo não surtiu o efeito esperado. Assim, segundo Cláudio Hamilton Santos:

Além da significativa aceleração inflacionária, o período 1983/1984 é caracterizado ainda pelo fato de que, pela primeira vez desde o início do SFH, o reajuste das prestações dos mutuários das classes média e alta foi maior do que seus reajustes salariais. Com efeito, até 1973, as prestações foram reajustadas de acordo com a variação do salário mínimo. Entre 1973 e 1982 elas subiram abaixo do mínimo. Ao longo de todo esse período, os reajustes salariais das classes mais altas não foram inferiores aos reajustes das prestações mensais de seus financiamentos. Em 1983, porém, a política salarial foi mudada e instituiu reajustes diferenciados para as várias classes de renda. Os setores de menor renda continuavam a ter seus salários reajustados pela correção monetária plena, enquanto redutores eram aplicados aos salários das classes de maior poder aquisitivo. Uma vez que o reajuste da prestação da casa própria voltou a acompanhar o reajuste do salário-mínimo, o aumento real da prestação da casa própria para os mutuários de renda média e alta foi inevitável. Esse fato fez que tais setores, de 'grande (capacidade de) vocalização das suas reivindicações junto a imprensa escrita e falada', provocassem grande grito popular, que desembocou na criação de inúmeras associações de mutuários, aumento de ações na justiça e, principalmente, em um assustador aumento na inadimplência do sistema, para o qual contribuiu ainda a recessão da economia.²⁵

²³ "O FCVS seria, portanto, um fundo constituído por uma contribuição acrescida às mensalidades pagas pelos mutuários, tendo por função, ao final do contrato, liquidar eventual saldo devedor". LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

²⁴ BLAY, Eva Alterman. *Habitação: a política e o habitante*. In: (org.). **A luta pelo espaço: textos de sociologia urbana**. 2ª ed., Petrópolis: Vozes, 1979, p. 86.

²⁵ SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas Federais de habitação no Brasil: 1964/1998**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 11/08/2008.

Em razão dos problemas políticos vividos pelo país, sobretudo em virtude da crise habitacional²⁶ que já se esboçava desde o início da implantação desse sistema, o BNH foi extinto em 1986, o que culminou com a promulgação do Decreto-lei 2.291/1986, que transferiu as atribuições do extinto BNH para a Caixa Econômica Federal. Desde então a Caixa Econômica Federal se tornou sucessora das atribuições do BNH, ficando como fiscalizadora do sistema financeiro, obedecendo às normas estipuladas pelo Banco Central.

Isso demonstrou o total descaso do governo com as políticas públicas habitacionais, já que

O setor sofreu também profunda crise institucional, iniciada com a extinção do BNH, que foi incorporado à Caixa Econômica Federal, um banco sem qualquer tradição prévia na gestão de programas habitacionais. Note-se que na CEF a questão habitacional foi relegada a um interesse setorial, enquanto o BNH, que possuía um efetivo de funcionários qualificados que acumulavam a memória técnica de mais de vinte anos de funcionamento do setor, tinha o problema habitacional como atividade-fim.²⁷

Durante o período do governo Collor, entre 1990 e 1992, não houve nenhuma alteração considerável. Apenas com a posse de Itamar Franco ocorreram mudanças importantes. Os programas habitacionais existentes foram redesenhados e passaram a contar com uma maior participação social, o que trouxe mais transparência aos programas. Além disso, Itamar ainda fez modificações ao SFH, extinguindo o PES, e criando um novo plano de amortização baseado no comprometimento de renda dos mutuários.

Em 1995 o governo federal cria o programa Carta de Crédito, que diferentemente dos programas anteriores que eram destinados às construtoras, agora se destina diretamente ao cidadão. Na visão de Rodrigo Xavier Leonardo,

²⁶ “O período que se seguiu ao regime militar foi caracterizado pela crise final do modelo de política habitacional baseado no SFH. Com efeito, durante os governos Sarney (1985-1990) e Collor (1990-1992), os problemas do sistema, que já se faziam sentir no ocaso do governo militar, se agravaram a ponto de praticamente inviabilizar qualquer tentativa de retomada da política habitacional nos moldes anteriores”. (SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas Federais de habitação no Brasil: 1964/1998**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 11/08/2008).

²⁷ *Id.*

o programa Carta de Crédito alcança um estrato economicamente mais elevado da população. O programa funciona a partir de uma análise, feita pela Caixa Econômica Federal, da renda mensal do proponente comprador, que, por sua vez, após a realização de uma poupança programada por tempo determinado, recebe uma carta de crédito para financiamento de um imóvel ou de uma reforma, com taxas de juros reduzidas em comparação às taxas praticadas no mercado.²⁸

Outra mudança veio com a criação do Sistema Financeiro Imobiliário, pela lei 9.514/97. Uma situação nova em relação ao direito de moradia está nos contratos de alienação fiduciária de imóveis. Com o objetivo governamental de acelerar-se o desenvolvimento, apresentou-se um plano de ação econômica e a estimulação das empresas privadas foi uma das soluções adotadas, motivo pelo qual se criou o mercado de capitais,

constituído por um conjunto de operações e instituições destinadas a angariar recursos para transferi-los aos setores de produção, indústria e comércio.²⁹

A principal diferença entre a garantia oferecida pela alienação fiduciária, em comparação com outras garantias, como o penhor, a anticrese e a hipoteca, consiste no fato de que estes são direitos reais de garantia constituídos na coisa alheia, eis que o devedor pignoratício, anticrético ou hipotecário continua dono do bem dado em garantia, enquanto na alienação fiduciária o bem tem sua propriedade transferida para o credor.

O penhor e a hipoteca, direitos reais de garantia sobre coisa alheia, geram ao credor a faculdade de promover sua venda judicial. Na anticrese, a posse é transferida ao credor, que fica com o direito de retê-la em seu poder enquanto a dívida não for paga. Já na alienação fiduciária, o que é transmitida é a propriedade do bem, para fins de garantia.

²⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 63.

²⁹ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, vol.4, 1993, p. 397.

2.3 SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO

A Lei nº 9.514, de 20 novembro de 1997, criou o SFI para estimular o crédito imobiliário e incentivar novos empreendimentos habitacionais. Essa lei implantou uma nova espécie de alienação fiduciária³⁰: a de imóveis. O novo instituto trazia uma maior vantagem aos credores, pela maior garantia dada aos mesmos em caso de inadimplemento do devedor.

O art. 17 da lei nº9.514/97 atribui à propriedade fiduciária o caráter de direito real, incluindo-a no elenco das demais garantias reais imobiliárias do direito positivo.

A formulação dessa nova garantia imobiliária tem como precedente a alienação fiduciária de bens móveis, criada pela Lei nº4.728, de 1965, alterada pelo Decreto-lei nº 911, de 1969, que efetivamente viabilizou a aquisição de bens de consumo duráveis pelas pessoas que não dispunham de numerário para pagamento à vista e, em conseqüência, imprimiu extraordinário impulso ao comércio e à indústria.

Com a alienação fiduciária em garantia, o setor privado buscava um instrumento que garantisse uma retomada imediata do crédito, principalmente, dando-lhe agilidade para tal, de modo que o novo ordenamento jurídico só teria eficácia absoluta se fosse implantado levando em conta esses parâmetros. Marcelo Terra, ao comentar a citada Lei, assevera que:

³⁰ Segundo Cláudia Lima Marques, “A recente instituição por lei deste novo direito real de propriedade fiduciária parece ter como fonte inspiradora apenas a vontade do Estado de beneficiar ou privilegiar os fornecedores do setor imobiliário, especialmente os bancos e agentes financiadores privados, para que encontrem maior facilidade na cobrança de seus créditos e na retomada de imóveis dados em garantia. Este desenvolvimento legislativo brasileiro parece-me na contramão da história. A jurisprudência de ponta européia é toda no sentido de impor maior respeito aos direitos humanos dos devedores-bancários justamente quando da exigência de garantias de rápida execução, garantias perigosas para o consumidor, que nem sempre consegue perceber que perderá a posse do imóvel com o não pagamento até de uma parcela, como permite o art. 26 da lei brasileira de 1997, sempre que houver a específica previsão contratual a respeito e o consumidor for constituído em mora.”(MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 445)

Esta eficácia absoluta integra o próprio conceito da garantia, que somente é garantia se eficaz e eficiente for, principalmente quanto à agilidade da recuperação do crédito³¹.

A principal diferença entre o SFI e o SFH é que no antigo sistema a garantia era a hipoteca, agora é a alienação fiduciária. A alienação fiduciária de imóveis em garantia exerce função semelhante às garantias reais que já integram o nosso direito positivo. A legislação, ao criar o instituto da alienação fiduciária de bem imóvel, teve como fator principal duas razões: a liberdade na celebração dos negócios pelas partes e a agilidade no recebimento do crédito pelo fiduciário.

Daí porque Melhim Chalhub refere-se à alienação fiduciária de bens imóveis como:

instrumento que poderá propiciar rápida recomposição de situações de inadimplemento, em prazos compatíveis com os compromissos perante os investidores. À medida que se mostre eficaz, essa garantia poderá contribuir para a regularidade dos fluxos financeiros necessários ao atendimento da demanda por novos financiamentos, a partir do desenvolvimento de um mercado secundário capaz de funcionar como permanente fonte geradora de recursos para o financiamento imobiliário.³²

Os motivos para a criação da lei se notam nas disposições contidas no texto legal, pois ela é clara ao afastar a finalidade social desses contratos. Esse objetivo fica evidenciado quando a Lei 9.514/97 determina a exclusão da incidência da Lei 4.380/1964 e de todas e quaisquer normas referentes ao Sistema Financeiro da Habitação, portanto retirando-se o termo contido naquela legislação quanto à destinação inicial, para propiciar a “facilitação da casa própria ou da moradia.

Outra diferença existente seria que no SFI ocorre a chamada “derrubada de entraves burocráticos”³³, pois não haveria a necessidade de comprovação de renda nem de não-propriedade de outro imóvel.

Segundo Laércio Becker,

³¹ TERRA, Marcelo. **Alienação fiduciária de imóveis em garantia: Lei n. 9.514/97**. Primeiras Linhas. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 22.

³² CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. Adequação da Cláusula Penal aos Princípios do Código de Defesa do Consumidor. *In Revista de Direito Imobiliário*. n. 45. São Paulo: IRIB, 1998, p. 08.

³³ BECKER, L. A.. **Contratos Bancários – execuções especiais (SFH - SFI- Alienação Fiduciária – Crédito rural e industrial**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 199.

para os apologetas do SFI aquele sistema (o SFH) só é ineficiente porque, em última análise, tem um cunho social inaceitável para a margem de lucros do setor financeiro e da construção civil. Se fosse pautado exclusivamente pelas regras de mercado, talvez todo brasileiro tivesse uma moradia - é a conclusão *ad absurdum*, de quem antevê no SFI o caminho inverso do percorrido pelo SFH, devido à livre concorrência entre bancos à procura de adquirentes de imóveis.³⁴

Ocorreu ainda uma flexibilização do SFH, estendendo a esse sistema a possibilidade da alienação fiduciária de imóveis. A derrubada desses entraves burocráticos seria um suposto benefício para o mutuário, já que isso diminuiria o custo operacional dos sistemas de financiamento no setor da construção civil³⁵.

Laércio Becker critica ainda a posição das instituições financeiras pelo fato de que há um esquecimento da proteção dos mutuários em benefício da proteção e do retorno lucrativo do crédito. Ele afirma que

esse discurso das instituições financeiras precisa urgentemente ser colocado às claras: onde se lê 'preocupação com o equilíbrio econômico-financeiro das operações', leia-se 'preocupação com a margem de lucro das instituições financeiras, que deve ser o máximo'; onde lê-se 'garantindo o retorno dos recursos ao setor', leia-se 'garantindo a lucratividade da operação'.³⁶

No SFI, de acordo com o artigo 5º da Lei nº 9.514, as operações de financiamento imobiliário em geral serão livremente pactuadas pelas partes, observadas as seguintes condições essenciais: I - reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste; II - remuneração do capital emprestado às taxas convencionadas no contrato; III - capitalização dos juros; IV - contratação, pelos tomadores de financiamento, de seguros contra os riscos de morte e invalidez permanente.

O Sistema de Financiamento Imobiliário caracteriza-se pela desregulamentação, sustentando seu funcionamento sobre as estruturas dos mercados financeiros e de capitais já existentes, além de novos mecanismos e

³⁴ BECKER, L. A.. **Contratos Bancários – execuções especiais (SFH - SFI- Alienação Fiduciária – Crédito rural e industrial**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 202.

³⁵ *Ibid.*, p. 199.

³⁶ *Ibid.*, p. 201.

instrumentos de captação de recursos, em especial as novas companhias de securitização de créditos e os novos títulos de crédito denominados Certificados de Recebíveis Imobiliários - CRI.

A operação de financiamento imobiliário seria um dos elos de uma corrente de negócios jurídicos, que se inicia com a captação de recursos pela instituição financeira, prossegue com a concessão do financiamento ao fiduciante, passa pela securitização desses créditos e depois pela negociação dos certificados de recebíveis imobiliários – CRI, lastreados em tais créditos.

2. GARANTIAS NOS FINANCIAMENTOS IMOBILIÁRIOS

2.1 A GARANTIA E A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NO PROCESSO OBRIGACIONAL

No presente trabalho, não há a pretensão de analisar toda a evolução histórica do conceito de obrigação e relação obrigacional, será feita apenas uma breve análise, pois, como aponta Ricardo Marcelo Fonseca,

a análise dos institutos, conceitos ou teorias somente pode ser efetivada a partir de sua inserção num dado tempo, considerando todos os condicionamentos sociais, econômicos, políticos, mentais, etc., que os circundam, delimitam e os condicionam³⁷.

O direito das obrigações é um ramo do direito civil relativo aos vínculos jurídicos que se formam entre os sujeitos para a satisfação de interesses tutelados pela lei. Segundo as doutrinas “pessoalistas” advinda de Savigny, a obrigação constitui:

um vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial em proveito de outra, que pode exigí-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor.³⁸

As doutrinas “pessoalistas” “têm em comum a idéia da obrigação como um direito a uma atividade humana. Diz-se ‘pessoalista’ essa concepção por entender-se que o direito do credor é um direito a uma ação do devedor, direito que nasceria de um poder da vontade (...)”³⁹.

³⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. **Revista Gênese de Direito Processual Civil**, v.17, Curitiba: Gênese, 2000, p.574.

³⁸ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15ª Ed., Rio de Janeiro:Forense, 2000, p.10.

³⁹ MARTINS COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Volume V, Tomo I (arts. 304 a 308), Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.12.

Em direção oposta, surgiram as concepções realistas, “o que suscitou uma objetivação da noção de obrigação”⁴⁰, pois a pessoalidade tornou-se um elemento secundário, sendo mais importante na relação obrigacional o patrimônio.

Após as doutrinas pessoalistas e realistas, surgiram as doutrinas mistas, sendo que a mais importante é a doutrina dualista da *Schuld und Haftung*, proposta por Bekker e Brinz e depois aprimorada por Von Gierke. Os autores “decompunham a obrigação em dois momentos distintos – A Schuld, ou débito, e a Haftung, responsabilidade, ou sujeição, ou ainda garantia”.⁴¹

Segundo os defensores da concepção dualista⁴², a relação obrigacional seria composta por duas obrigações distintas: uma de natureza pessoal e de direito substantivo, que seria o dever jurídico e outra de caráter patrimonial, que seria a responsabilidade, consistindo na sujeição do patrimônio do devedor ao credor, através da execução, para garantia do débito.

Os partidários dessa doutrina procuraram demonstrar que as sub-relações do débito e da responsabilidade, além de distintas, são separáveis, podendo o débito subsistir sem a responsabilidade, e esta sem aquele. Judith Martins-Costa, ao analisar a tese dualista, afirma que para os defensores desta tese, pode ocorrer “a dissociação, numa relação obrigacional, entre dívida e responsabilidade, de tal sorte que o credor possa se encontrar, por vezes, diante de um devedor não-responsável e de um responsável sem dívida”.⁴³

Muitas críticas se seguiram depois a essa doutrina, acentuando a desnecessidade do caráter dualista da relação obrigacional e afirmando o seu caráter unitário. Dentre estas críticas, surgiu uma nova concepção

⁴⁰ MARTINS COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Volume V, Tomo I (arts. 304 a 308), Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.14.

⁴¹ *Ibid.*, p.16.

⁴² Segundo Fernando Noronha, “a concepção dualista teve o mérito de chamar a atenção para a importância do momento ‘responsabilidade’ da relação obrigacional, que era geralmente negligenciado, mas opera nesta uma artificial cisão, o que é inaceitável. No fundo, a teoria tem como pressuposto uma independência do direito de ação em relação ao direito substancial, que nos parece não ter justificação, não obstante estar muito em voga entre os processualistas”. (NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 142).

⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. *Op cit*, p.16.

a que considera a relação obrigacional como um 'processo', ou 'sistema de processos' e como 'totalidade', trazendo para o núcleo duro do conceito a idéia de adimplemento. Porém, não é apenas a mais bem acabada concepção doutrinária: é também a que, pela estrutura sistemática do novo Código, é agora legislativamente acolhida no Direito Brasileiro.⁴⁴

No Brasil, esta concepção foi desenvolvida por Clóvis do Couto e Silva, que entende a relação obrigacional como uma relação de cooperação⁴⁵ entre as partes envolvidas, para que possa alcançar seu fim⁴⁶, qual seja, o adimplemento. Ele afirma que “o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim.”⁴⁷

A relação de cooperação⁴⁸ não é apenas um pressuposto geral e abstrato, antes está ligada diretamente ao núcleo da relação obrigacional. As partes da relação obrigacional estão intimamente ligadas, pois “o dever de colaboração está no núcleo da conduta devida, servindo para possibilitar, mensurar e qualificar o adimplemento”.⁴⁹

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Volume V, Tomo I (arts. 304 a 308), Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.20.

⁴⁵ “A obrigação, vista com um processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. Dogmaticamente, contudo, é indispensável distinguir os planos em que se desenvolve e se adimple a obrigação. Os atos praticados pelo devedor, bem assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo.” (COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10).

⁴⁶ No mesmo entendimento, Antunes Varela ao afirmar que “A obrigação, com todos os poderes e deveres que se enxertam no seu tronco, pode mesmo considerar-se como um processo (conjunto de actos logicamente encadeados entre si e subordinados a determinado fim) conducente ao cumprimento.” VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 16.

⁴⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 05.

⁴⁸ “O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.” (COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 30).

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Op cit*, p.19.

Nisso se acha o sentido da boa-fé⁵⁰ na relação obrigacional, pois essa colaboração que deve existir entre as partes de uma relação, só é possível num ambiente social onde haja a confiança. Outro fator importante é o alcance do princípio da equidade, pois segundo o Prof. Paulo Nalin,

A boa-fé objetiva não se furta de também guardar relevante papel nesta perspectiva de justiça, pois, no sentido antes aventado, funciona como 'antecâmara do princípio da justiça contratual', vale dizer, da equidade, situando-se na própria base da comutatividade contratual, pois inibidora de um comportamento que, v.g., faça incluir no contrato cláusulas agora lidas como abusivas e que imponham ou mesmo sugiram um distanciamento econômico entre as partes e as obrigações pecuniárias (não equivalentes) que assumiram. A justiça contratual, destarte, se baseia na equivalência econômica, e mais adiante, na boa fé objetiva⁵¹.

A boa-fé⁵² é um grande princípio valorativo do direito, mais ainda, é um critério de interpretação dos negócios jurídicos, como se denota do entendimento do art. 113, do Código Civil de 2002. No Código Civil são várias as remissões ao princípio da boa-fé e são várias as funções da boa-fé: além de ser critério de interpretação dos negócios jurídicos, ela vem posta como cláusula geral dos contratos (art. 422).

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.215. Entende a autora que o princípio da boa-fé deve estar presente em todas as relações contratuais na sociedade moderna.

⁵¹ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 145.

⁵² Há que partir da grande distinção entre a boa fé objetiva e boa fé subjetiva. Segundo Judith Martins-Costa, que tratou resumidamente do assunto em uma nota de rodapé, "A boa-fé subjetiva traduz a idéia naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé. Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, tendo forte atuação nos direitos reais, notadamente no direito possessório, o que vai justificar, por exemplo, uma das formas de usucapião. Diferentemente, a expressão boa-fé objetiva designa, seja um critério de interpretação dos negócios jurídicos, seja uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfico negocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte. Nas relações contratuais, o que se exige é uma atitude positiva de cooperação, e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa impositiva de comportamentos que se devem pautar por um específico *standard* ou arquétipo, qual seja, a conduta segundo a boa fé. (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Volume V, Tomo I (arts. 304 a 308), Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.33, n.r 95).

A relação obrigacional entendida como um processo⁵³ faz com que se compreendam as diversas fases e planos da relação obrigacional, por isso é que se distinguem obrigação e adimplemento, pois muitas vezes o adimplemento surge “totalmente desligado da série de atos que o antecederam, e situado num plano, no plano do direito das coisas, como nas transmissões de propriedade”.⁵⁴

Quando a obrigação não é adimplida, provoca o inadimplemento. O inadimplemento de uma obrigação confere ao credor o direito de interferir na esfera patrimonial do devedor, por isso é “que se declara que o patrimônio do devedor constitui a garantia geral das obrigações ou a garantia comum dos credores”.⁵⁵

No seu aspecto passivo, a relação obrigacional se apresenta como débito. Segundo Fernando Noronha,

se o devedor não cumpre, por razão a si imputável, ele algumas vezes poderá ser coagido a tal (como no caso do infiel depositário que é preso), outras vezes terá de ver a prestação ser realizada judicialmente (como através da apreensão da coisa devida, ou da execução por terceiro, mas à sua custa, do fato devido) ou, finalmente, poderá ser forçado a indenizar os prejuízos sofridos pelo credor, quando não forem possíveis ou não forem suficientes as medidas anteriores: é nisto tudo que consiste a sua responsabilidade.⁵⁶

Do ponto de vista da relação obrigacional, “crédito” é a própria obrigação no seu aspecto ativo, que redundando no direito subjetivo do credor de ter judicialmente assegurada a possibilidade de exigir do devedor o cumprimento da prestação (execução específica da obrigação) ou, na impossibilidade de tal, a satisfação do seu crédito através de outras providências que normalmente atingirão o patrimônio

⁵³ No entendimento de Judith Martins-Costa, “a relação obrigacional, mormente a relação contratual, é sempre complexa, pois estruturada não apenas na obrigação principal (dever da prestação), mas, igualmente, por deveres de prestação secundários e deveres instrumentais, assim reconhecidos pela ordem jurídica porque visam garantir, otimamente, a consecução da finalidade à qual se dirigem a relação e a proteção dos legítimos interesses do alter”. (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Volume V, Tomo I (arts. 304 a 308), Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.64).

⁵⁴ COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p.43.

⁵⁵ ALMEIDA COSTA, Mário Julio. **Direito das Obrigações**. 9ª Ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 783.

⁵⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 133.

do devedor⁵⁷. O crédito engata, portanto, o dever⁵⁸ jurídico do devedor ao direito subjetivo do credor.

Na obra de Luiz Edson Fachin lê-se que

Sabe-se que as relações entre sujeitos de direito, muito freqüentemente, geram direitos e, também, obrigações, cujo cumprimento é assegurado, em virtude de lei, pelo patrimônio do devedor. Tem-se no patrimônio do obrigado uma garantia genérica da satisfação do interesse do credor, no âmbito da seara contratual ou extracontratual. Isso porque o patrimônio do devedor responderá por todas as suas dívidas. [...] Impende ir além desse lugar comum, superando o entender-se por 'garantia' tão-somente as garantias especiais, as quais asseguram de modo particular, com algum reforço, as expectativas do credor. A garantia é, com efeito, do credor, mas o estatuto jurídico contemporâneo pode, então, sem exclusão daquela, edificar garantia ao devedor em termos de valores não patrimoniais.⁵⁹

Na hipótese de não cumprimento exato da obrigação por parte do devedor, o Estado aparelha o credor de meios e providências para realizar seu legítimo interesse: permitir-lhe-á buscar, no patrimônio do devedor (através do Poder Judiciário) a satisfação do seu crédito e eventual indenização por danos causados pelo inadimplemento (tutela jurídica do crédito). Fernando Noronha afirma que

Olhando a relação obrigacional do ponto de vista ativo, dir-se-á que o direito de ação faz parte integrante do crédito. Encarando a relação do ponto de vista passivo, pode-se dizer que a responsabilidade é um dos elementos da obrigação, na mesma medida em que a coercibilidade é essencial em qualquer relação jurídica privada. As medidas de tutela jurídica do direito do credor constituem, afinal, a garantia da relação jurídica obrigacional; são elas, por outras palavras, que expressam a juridicidade da obrigação⁶⁰.

⁵⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 135.

⁵⁸ Nesse sentido, importante a opinião do Prof. Rodrigo Xavier Leonardo: "Na relação obrigatória é perceptível que o devedor pode ser constringido a cumprir o dever obrigacional a que está vinculado, visando satisfazer o interesse do credor. Para além do seu dever de prestar, todavia, seria também perceptível a automática responsabilidade que recairia sobre seu patrimônio". (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das obrigações: em busca de elementos caracterizadores para compreensão do livro I da parte especial do Código Civil. **Revista Arte Jurídica**. Curitiba: Juruá, v. 1, n. 1, 2005, p. 285.)

⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 68.

⁶⁰ NORONHA, Fernando. *Op cit.*, p. 139.

Pode-se dizer como Noronha, que “o patrimônio do devedor é a garantia comum dos credores, ou a garantia geral das obrigações”⁶¹. E “garantia”, por outro vértice, seria o elemento de proteção do direito subjetivo do credor, o qual lhe proporcionaria segurança quanto à realização do crédito via execução patrimonial do devedor.

Nesse mesmo sentido, Antunes Varela afirma que “a garantia geral acompanha a obrigação desde o nascimento desta, tal como as garantias especiais reforçam, desde a sua constituição, a consistência econômico-jurídica do vínculo obrigacional”.⁶² Esse reforço, assegurado pelas garantias especiais, é que trará uma maior possibilidade de satisfação da prestação no caso de não haver o seu cumprimento voluntário.

Crédito e garantia são, portanto, elementos indissociáveis para que a obrigação possa se considerar completa, possibilitando ao credor a responsabilização patrimonial do devedor na hipótese de descumprimento da prestação devida.

O princípio geral da responsabilidade ilimitada do devedor assegura o cumprimento da obrigação pela totalidade dos bens penhoráveis⁶³ existentes no patrimônio do devedor. Este princípio é suscetível de limitações, há casos em que há uma limitação da garantia patrimonial⁶⁴, uma limitação da responsabilidade do devedor a apenas alguns dos bens de seu patrimônio.

Ora, se o patrimônio do devedor é o que responderá pela obrigação descumprida, tanto mais garantido estará o credor quanto maior e mais sólido for o patrimônio daquele. Assim, para que não fique o credor ao livre-arbítrio da sorte e da incerteza, já que os bens patrimoniais são, por regra, disponíveis, podendo o

⁶¹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189.

⁶² VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. v. 2, 1991, p.418.

⁶³ Entendem-se como bens penhoráveis aquele bens disponíveis do patrimônio do devedor, pois “É de crucial importância o deslocamento do vínculo da garantia da pessoa do obrigado para seu patrimônio, atentando para o despropósito que seria assegurar um direito patrimonial, mediante vinculação de direitos da personalidade, tais como o direito à vida ou à liberdade”. (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 75).

⁶⁴ ALMEIDA COSTA, MARIO JÚLIO. **Direito das Obrigações**. 9ª Ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 785.

patrimônio do devedor diminuir ou não suportar todos os compromissos debitórios assumidos, é que o Direito prevê alguns sistemas de “garantias extras”, ou especiais, que podem ser pessoais ou reais.

2.2 GARANTIA HIPOTECÁRIA

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.

O sujeito ativo da obrigação garantida por hipoteca chama-se credor hipotecário. Quem dá o bem em garantia do pagamento da dívida figura, na relação jurídica real, com o nome de devedor hipotecante. Destinado a garantir o pagamento de uma dívida, o direito real de hipoteca, em nosso sistema jurídico, tem sua existência ligada e condicionada a um direito de crédito.

Os direitos reais de garantia têm como característica comum o fato de assegurarem o total adimplemento da dívida. Como ressalta Pontes de Miranda, nos negócios jurídicos asseguradores de crédito, aplicar-se a expressão “direitos pignoratícios” seria muito amplo, melhor é utilizar-se da expressão de que estão presentes “direitos assecuratórios, compreendendo-se neles os chamados direitos de cobertura, que se irradiam de negócios (jurídicos) de cobertura”⁶⁵.

No sistema jurídico brasileiro, a hipoteca não passa a posse do bem gravado ao titular do direito de hipoteca. Silvio Rodrigues ensina “que a hipoteca é o direito real recainte sobre um imóvel, um navio ou um avião, que, embora não entregues ao credor, o asseguram, preferentemente, do cumprimento da obrigação”⁶⁶.

Orlando Gomes diz que

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XX, p.11.

⁶⁶ SILVIO RODRIGUES, **Direito das Coisas**, vol. 5, Saraiva, 1980, p. 369.

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.⁶⁷

Assim sendo, não paga a dívida, cabe ao credor o direito de executar o bem dado em garantia, para com o produto apurado em praça pagar-se, preferentemente e com exclusão dos outros credores, que só terão direito às sobras, se houver.

A hipoteca dá a seqüela e a preferência, de modo que se prefere à coisa em relação a outros credores que possam existir e o direito de seqüela é o direito de seguir a coisa por onde vá e executá-la.

A seqüela é mais do que a executabilidade, porque qualquer credor pode executar os bens que se achem no patrimônio de quem deve. O titular do direito de hipoteca tem a pretensão a executar o bem de que se trata, onde quer que se ache e ainda que nada deva o proprietário ou possuidor próprio.

Inscrita a hipoteca, o direito real torna-se oponível *erga omnes*, vale dizer, o credor tem o direito de perseguir o imóvel nas mãos de quem quer que o detenha.

Segundo lição de Orlando Gomes,

distingue-se a hipoteca dos outros direitos reais de garantia porque não desapossa o devedor do bem dado em garantia. Daí sua superioridade econômica e técnica. Enquanto no penhor, com as exceções registradas, o devedor é obrigado a entregar ao credor o bem que oferece em garantia, na hipoteca conserva-o em seu poder, continuando a fruir todas as utilidades. A garantia não pode ser frustrada porque contrai a obrigação de lhe não diminuir o valor. Por outro lado, tem o credor o direito de seqüela. Trata-se, portanto, de mecanismo aperfeiçoado do direito real de garantia, no qual se elimina a posse do credor, que é a peça principal do penhor.⁶⁸

A hipoteca não é direito real que limita o domínio, antes apenas restringe a disponibilidade quanto ao valor que ela garante. O devedor, que deu em garantia hipotecária o bem, pode constituir sobre ele outra hipoteca em favor do mesmo credor ou de outros credores.

Existem dois princípios que regem a hipoteca, quais sejam: princípio da especialização e o da publicidade. Vale dizer que a hipoteca incide tão-somente

⁶⁷ ORLANDO GOMES, **Direitos Reais**. 19º ed. Atualizada/por Luiz Edson Fachin – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 411.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 412.

sobre os bens especificados na escritura ou na cédula hipotecária. Os bens hipotecados devem ser detalhadamente descritos. Uma vez hipotecado o bem imóvel, a garantia atinge, também, todos os seus acessórios.

O segundo princípio que rege a hipoteca é o da publicidade, que se dá através da inscrição da hipoteca no competente Registro de Imóveis. É a inscrição que dá ciência a todos de que o bem imóvel dado em garantia está sujeito ao ônus hipotecário, impedindo que terceiros possam alegar ignorância da incidência da hipoteca. Como registra Orlando Gomes,

o registro público da hipoteca permite que se estabeleça entre vários credores hipotecários a prioridade, e preserva de surpresas o terceiro que adquirir o imóvel gravado. Pela inscrição, o credor que primeiro registrar a hipoteca retém o direito de executar o imóvel antes dos outros. Os credores sucessivos não podem promover a venda judicial do bem antes de vencida a primeira hipoteca, salvo o caso de insolvência do devedor.⁶⁹

Na hipoteca, há garantia contra atos de alienação do domínio e a quaisquer outros atos que possam transmitir o domínio a outro. No direito brasileiro, a relação jurídica real da hipoteca é entre o titular do direito de hipoteca e todos, pois todos têm o mesmo dever de abstenção.

Os direitos reais sobre imóveis só se constituem após o devido registro no Cartório Imobiliário. Se não for inscrita a hipoteca no Registro de Imóveis, ela passa de direito real para direito pessoal, sem seqüela e sem preferência. Nesse sentido, a lição de Pontes de Miranda⁷⁰:

A inscrição das hipotecas faz-se para que a respeito delas haja a fé pública dos registros e as presunções peculiares às inscrições e outros atos registrários.

A hipoteca recai em bens imóveis alienáveis, incidindo também sobre todas as partes que integram o bem gravado. A hipoteca de um bem imóvel abrange todas as acessões e benfeitorias.

⁶⁹ ORLANDO GOMES, **Direitos Reais**. 19^o ed. Atualizada/por Luiz Edson Fachin – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 413.

⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XX, p. 83

Para a hipoteca ser considerada como válida, faz-se necessária a presença de dois requisitos: subjetivo e objetivo. O requisito subjetivo exige do devedor hipotecante o poder de dispor da coisa. De fato, só pode hipotecar aquele que pode alienar. O requisito objetivo encontra-se estabelecido pelo art. 1.473, do Código Civil, o qual traz os bens que podem ser objeto de hipoteca.

Mas a enumeração presente no Código Civil não é taxativa. Segundo Orlando Gomes, “admite-se hipoteca de construções iniciadas, facilitando-se, desse modo, o financiamento para a aquisição da casa própria”⁷¹.

A hipoteca convencional é a mais comum e se constitui mediante um acordo de vontades. Para constituir-se validamente, exige a lei o preenchimento de requisitos intrínsecos e extrínsecos. Para Orlando Gomes, “os requisitos intrínsecos são a qualidade de proprietário e a capacidade de alienar. Requisito extrínseco ou formal, o instrumento do contrato, que deve ser público”⁷².

Quanto ao prazo, a hipoteca convencional constitui-se por prazo determinado. A lei estabelece que o contrato não pode ultrapassar 30 anos. Decorrido este prazo, se as partes assim o quiserem, podem requerer a sua prorrogação. De acordo com Orlando Gomes,

para que produza efeito de manter a precedência da hipoteca, é preciso que a hipoteca seja prorrogada antes do vencimento. A averbação deve ser feita igualmente antes do vencimento da dívida. Do contrário, os credores subhipotecários poderão usar do direito de remissão.⁷³

A hipoteca pode extinguir-se pela via de consequência ou pela via principal. Segundo Orlando Gomes,

como direito acessório que é, a hipoteca extingue-se por via de consequência quando desaparece a obrigação principal que garante. A obrigação principal desaparece ao ser cumprida. Diversos modos de extinção das obrigações determinam a extinção da hipoteca: o pagamento, a compensação, a novação, a remissão, a confusão, a prescrição e a

⁷¹ ORLANDO GOMES, **Direitos Reais**. 19º ed. Atualizada/por Luiz Edson Fachin – Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg. 415.

⁷² *Ibid.*, p. 417.

⁷³ *Ibid.*, p 421.

impossibilidade de execução. [...] A hipoteca extingue-se por via principal quando deixa de existir por uma causa peculiar.⁷⁴

As garantias reais são muito bem vistas pelos credores de modo geral, pelo fato de estarem lastreadas em coisas, bens corpóreos. A garantia hipotecária é considerada segura, mas atualmente, sem afastar a qualidade da segurança, os credores enfrentam dificuldades para reaver seus créditos mediante a execução da garantia hipotecária.

Além de a hipoteca ser altamente regulamentada pela legislação, o que limita o direito das partes de transacionarem condições especiais para a sua constituição, validade e execução, o próprio procedimento de execução da garantia hipotecária acaba por ser moroso e, invariavelmente, o credor acaba por não ver seu crédito restituído ou restituído parcialmente.

Há que pesar também os custos envolvidos não só na constituição, mas também no procedimento de execução. A execução da garantia hipotecária depende de decisão em processo judicial instituído para tal finalidade. Mais ainda, depende de leilão judicial (praça pública), oportunidade em que será leiloado o imóvel pelo seu valor mínimo (normalmente 80% do valor de mercado) ou adjudicado pelo credor contra quitação dos seus haveres pelo valor da praça.

A hipoteca “grava” o imóvel, mas todos os direitos de propriedade continuam a ser exercidos livremente pelo devedor, que poderá, inclusive, aliená-lo a terceiros, ou mesmo constituir outros gravames de diferentes graus sobre o mesmo imóvel. Por tais razões em várias operações em que a garantia hipotecária é aventada como segurança do cumprimento de determinada obrigação, o credor opta por outra forma de garantia para que se tenha condição de executar a garantia e reaver o crédito de maneira mais célere.

Neste sentido e atendendo, principalmente, os anseios das instituições financeiras, especialmente que forneciam financiamento para compra de imóveis, o instituto da alienação fiduciária de imóveis surgiu como variável à garantia hipotecária que por impor uma restrição ainda maior ao direito de propriedade do

⁷⁴ *Ibid.*, p. 425.

devedor, e pela regra de execução “administrativa” da garantia, favorece o credor no momento de eventual exercício do seu direito.

2.3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

A forma inicial de transferência da propriedade, em Roma, dava-se através da *mancipatio* ou da *in jure cessio* e amparava-se exclusivamente na confiança e na boa-fé, eis que inexistia meio perante a justiça romana para que pudesse exigir o adimplemento do devedor, sendo por isso dado o nome da *pacta fiducia*.

Segundo Pontes de Miranda, “na transmissão da propriedade em segurança havia confiança do transmitente, *fiducia*: o *pactum fiduciae* impedia que o adquirente alienasse ou destruísse o bem dado em garantia”⁷⁵.

Embora de origem semelhante à romana, a *fiducia*⁷⁶ do antigo Direito germânico atribuía ao fiduciante uma ação de natureza real, um direito de seqüela sobre a coisa, garantindo uma segurança muito maior. Destarte, enquanto o fiduciário romano não podia ser compelido a restituir a coisa ofertada em garantia, o fiduciário alemão figurava como titular de um direito sob condição resolutiva podendo ser despojado do bem se não agisse conforme pactuado. Ademais, por ser o fiduciante titular de direito real, poderia reivindicar a coisa de terceiro que a adquirisse do fiduciário.

⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XX, p. 5.

⁷⁶ Neste sentido, Otto de Souza Lima afirma “Esta identidade terminológica não significa, porém, identidade institucional e nem traduz qualquer perpetuidade histórica, indicando, apenas, como o salienta Messina, que a *fidúcia* romana lançou tão sólidas raízes na Itália que, mesmo depois de perder a sua individualidade, serviu para dar nome ao gênero a que pertencia. Tanto isso é verdade que o termo *infiduciatus* foi empregado no sentido *obligatus*, indicando o termo *affiduciatum* um instituto germânico sem os caracteres da *fidúcia* romana. [...]. Assim, a propriedade continuava a pertencer ao devedor, que só a perderia se houvesse uma cláusula especial estabelecendo, no próprio ato constitutivo, essa perda em caso de não pagamento do débito. [...] e acrescenta que as próprias leis deixavam claro que o *dominus* era o devedor e que a coisa era sua. Ora, evidentemente, este instituto, embora haja identidade terminológica, não pode ser equiparado à *fidúcia* romana, na qual o fiduciante perdia a propriedade da coisa.” (LIMA, OTTO DE SOUZA. **Negócio Fiduciário**, São Paulo: RT, 1959, p. 124).

Nada obstante e apesar dos traços de convergência⁷⁷ entre a fidúcia romana, o negócio fiduciário germânico e a alienação fiduciária em garantia, coube a José Carlos Moreira Alves dissipar eventual mística sobre a origem germânica da alienação fiduciária em garantia instituída no direito brasileiro, ao asseverar que:

Por outro lado, embora a alienação fiduciária em garantia se aproxime nos negócios fiduciários do tipo germânico, pela circunstância de que em ambos o direito que é transferido ao credor é de tal forma limitado que lhe é impossível abusar dele, em dois pontos esse institutos diferem. O primeiro deles diz respeito ao fato de que, no negócio fiduciário do tipo germânico, o desdobramento da posse em direta e indireta só ocorre se se avançar o *constitutum possessorium*, ao passo que, na alienação fiduciária em garantia, isso se dá por força da lei, que, ademais, considera o alienante (possuidor direto) depositário legal da coisa cuja propriedade resolúvel foi transferida ao credor. Já o segundo se refere aos efeitos do inadimplemento da obrigação garantida: no negócio fiduciário do tipo germânico, verificado o inadimplemento, frustra-se a condição, e o credor passa de proprietário resolúvel a proprietário pleno; na alienação fiduciária em garantia, não, pois, ocorrido o inadimplemento da obrigação garantida, o credor não se torna, por isso, proprietário pleno, uma vez que a propriedade – propriedade fiduciária – que lhe é atribuída se restringe, em última análise, a enfeixar as faculdades jurídicas de entrar na posse plena da coisa e dispor dela, judicial ou extrajudicialmente, para satisfazer seu crédito. Não se confundindo, pois, a alienação fiduciária em garantia com o negócio fiduciário propriamente dito (que é o do tipo romano), nem como negócio fiduciário do tipo germânico, e não sendo possível configurá-la como negócio jurídico indireto, não se pode pretender enquadrá-la em uma das várias espécies da *Sichereitsubereignung* ou *Sicherungsübertragung* (transferência da propriedade em garantia) muito utilizadas na Alemanha, a partir do século passado.⁷⁸

Em sentido contrário, cabe salientar a posição de Luiz Edson Fachin, para quem

O *pactum fidúcia* consistia na transferência da propriedade da coisa ao credor, contudo, poder-se-ia convencionar que, uma vez solvida a dívida, o bem retornaria ao devedor. Nota-se uma semelhança com a *Lex comissoria* e, que por apresentar deficiências similares, também acabou sendo repelida. Contudo, é mister mencionar a importância deste instituto, haja vista ressurgir, de certo modo, no direito brasileiro, sob a

⁷⁷ Nesse mesmo sentido, ver a crítica de Sérgio Said Staut Júnior, que afirma que “confundem-se elaborações teóricas realizadas em outros tempos (na Roma antiga e na Idade Média) com o conceito ou instituto moderno que, apesar de possuir a mesma denominação, não possui o mesmo significado.” (STAUT JÚNIOR, SÉRGIO SAID. Algumas precauções metodológicas para o estudo do direito civil. **Revista Arte Jurídica**, v. 1, n. 1; Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 306.

⁷⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Alienação fiduciária em garantia**, 2ª ed., Rio: Forense, 1979, p. 23.

denominação de alienação fiduciária em garantia, regulada pela Lei nº 4.728/65, alterada pelo Decreto-Lei nº 911/69.⁷⁹

Só com o desenvolvimento do capitalismo financeiro, fruto da Revolução Industrial, iniciada no final do século XVIII na Inglaterra, as formas de garantia então vigentes tornaram-se incompatíveis com a nova estrutura econômico-jurídica, pois a morosidade em executá-las e a superposição de créditos de natureza fiscal e trabalhista impediam o ajustamento dessas modalidades ao ritmo acelerado que se imprimiu na circulação de riquezas.

Buscando uma forma de atender estas necessidades, os juristas alemães, seguidos dos italianos, criaram o negócio fiduciário⁸⁰, inspirados na *fiducia cum creditore* do direito romano, no anseio de utilizar a propriedade como forma de proteção do crédito, através da rápida recomposição das situações de mora e do afastamento da concorrência dos créditos preferenciais.

Sobretudo, o modelo reconstruído no negócio fiduciário possuía os mesmos defeitos do original, pois, uma vez concluída a formalização com o eventual registro da transmissão da propriedade, o fiduciário passava a ser o titular pleno do bem ou do direito, que passava a constituir garantia dos seus credores. Desta feita, com a insolvência do fiduciário, o bem transmitido em fidúcia integrava o ativo da massa, conferindo ao fiduciante apenas o direito de credor quirografário.

De outro lado, o vínculo que unia o fiduciário ao fiduciante ainda tinha cunho meramente obrigacional, deixando este numa situação de total vulnerabilidade na hipótese de o credor recusar-se a restituir ou alienar a terceiros o bem ofertado em garantia, restando ao fiduciante apenas a opção pelas perdas e danos.

A validade dessa modalidade de negócio jurídico não era pacífica, em face da possibilidade de abuso de poder econômico por parte do fiduciário pela situação de perigo em que se encontrava o fiduciante, fruto da ineficaz tutela jurídica que lhe era conferida. Com efeito, essa situação muitas vezes violava as proibições do pacto comissório, da usura e até da simulação, o que levou alguns dos maiores juristas,

⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 74.

⁸⁰ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

inclusive da própria Alemanha, a se manifestarem contrariamente⁸¹ ao negócio fiduciário.

Otto de Souza Lima⁸², em sua obra, discorre sobre a finalidade da fidúcia na modernidade, com palavras aplicáveis também à alienação fiduciária em garantia, no que se refere às razões do legislador. Escreve que hoje, como ontem, a vida humana desenvolve-se continuamente e exige do sistema jurídico uma ductibilidade hábil a tornar jurídicas manifestações variadas da atividade humana, decorrentes das necessidades sociais do homem.

Genericamente falando, a alienação fiduciária em garantia consiste, basicamente, na constituição - com escopo de garantia - de uma propriedade fiduciária sobre uma coisa (móvel ou imóvel) adquirida pelo devedor (denominado “fiduciante”) e financiada por instituição financeira (denominada “fiduciário”) através da qual esta passa a ser considerada pela lei como *proprietária* (a “propriedade fiduciária”), temporária e condicionalmente (enquanto perdurar o débito), ficando o devedor fiduciante na posse direta e na fruição do bem, cujo domínio lhe será automaticamente consolidado na hipótese de quitação do débito, através da resolução da propriedade que se encontrava atribuída ao credor fiduciário. Assim é o entendimento de Orlando Gomes:

Não há duas modalidades coexistentes de domínio, mas, inegavelmente, divisa-se, na alienação fiduciária em garantia, uma duplicidade, porquanto, por esse negócio jurídico, o fiduciário adquire uma propriedade limitada, *sub conditionis*, a denominada propriedade resolúvel. Ele passa a ser proprietário sob condição resolutiva e o fiduciante, que a transmitiu, proprietário sob condição suspensiva. Bem é de ver que, nesta qualidade, o fiduciante não tem propriedade atual do bem transferido, mas simples expectativa de direito, a ser convertida em direito adquirido tão logo pague a dívida. Não é, entretanto, pessoa indiferente a essa propriedade porque, tendo um direito eventual a recuperá-la, pode praticar atos conservatórios, comportando-se como proprietário potencial. De outro lado, o fiduciário, se bem que proprietário atual, está condenado, no próprio título de sua constituição, a deixar de ser, quer porque o fiduciante a recobrará com o pagamento da dívida, quer porque terá de aliená-la a terceiro, se essa obrigação não for cumprida⁸³.

⁸¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 9.

⁸² LIMA, OTTO DE SOUZA. **Negócio Fiduciário**, São Paulo: RT, 1959, p. 177-193.

⁸³ GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4ª Ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1975, p. 39.

No Brasil, a figura da alienação fiduciária em garantia foi legalmente instituída pela Lei 4.728/65 (art. 66), posteriormente regulamentada pelo Decreto-Lei 911/69. Após, foi objeto de disposição da Lei 9515/97 que previu sua aplicação aos bens imóveis, no âmbito do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) e, mais recentemente, restou positivada no Código Civil Brasileiro de 2002. Desde então a figura tem-se feito presente em legislações dirigidas ao setor imobiliário, como a Lei nº. 10.931/2004, que recentemente instituiu o Patrimônio de Afetação e trouxe novas medidas de incremento a esse mercado.

A alienação fiduciária em garantia, no Brasil, não se funda na confiança do devedor no credor, mas sim, na confiança do devedor na sua capacidade de saldar a dívida. A condição de resolução do negócio após pagamento total do débito ocorre em virtude de lei.

A lei 4.728/65 buscava garantir fortemente o crédito através de um novo instituto, já que as garantias existentes estavam se mostrando inaptas a fomentar satisfatoriamente uma atividade de tamanha importância. Ironicamente, este instituto criado em 1965 para suprir a deficiência destas garantias, apresentou como um dos seus efeitos, a exclusão do bem fiduciado em relação à massa falida, eis que o credor fiduciário é proprietário da coisa e não mero detentor de direito real sobre coisa alheia.

O Decreto-Lei 911 consagrou como meios judiciais à disposição do fiduciário para obter a tutela de seu direito sobre a coisa alienada fiduciariamente, a ação de busca e apreensão e a ação de depósito, bem como o direito à restituição do bem na falência do fiduciante.

Interessante ressaltar a crítica feita por Laércio Becker à exposição de Motivos do DL 911/69, do então Min. Antonio Delfim Netto, que justificou a necessidade de criar um processo judicial específico para a alienação fiduciária, devido aos seguintes argumentos:

- 1) Após a promulgação da Lei 4.728/65, cujo art. 66 criou o instituto da alienação fiduciária, havia muitas divergências jurisprudenciais sobre qual seria a ação cabível, o que provocava 'insegurança nas relações jurídicas' que contavam com tal garantia. (Mais uma vez, o argumento da segurança jurídica é utilizado para fins questionáveis).
- 2) 'A demora nos processos para reaver o bem garantidor do débito tornou-se fonte de encarecimento

das operações financeiras realizadas com a garantia da alienação fiduciária'. Logo, era imprescindível dotar o instituto de uma 'solução rápida e eficaz na hipótese de inadimplemento do devedor', para 'baixar o custo operacional das instituições financeiras'. Aqui há duas críticas a fazer: 1) a demora na prestação jurisdicional não era – nem é – problema exclusivo das instituições financeiras, nem é problema atual; pena que o governo não tenha se esmerado da mesma forma para dar efetividade aos outros processos, em cujo pólo ativo não estavam as instituições financeiras; 2) a ameaça de alta no custo operacional das transações financeiras, utilizada para justificar a quebra de garantias processuais do réu em favor de determinado setor, é típico *trade-off*.⁸⁴

A alienação fiduciária em garantia foi concebida originariamente para versar sobre coisas móveis. No entanto, a partir de novembro de 1997 o ordenamento jurídico nacional incorporou uma exceção a essa regra: admitiu-se que, no caso específico das linhas de financiamento imobiliário, as operações pudessem ser garantidas pela alienação fiduciária em garantia.

Na alienação fiduciária de imóveis há as seguintes características: bilateralidade, pois se criam obrigações e direitos para ambas as partes; onerosidade, porque cada parte suporta um sacrifício de ordem patrimonial com o intuito de obter vantagem correspondente, de forma que o ônus e o proveito devem guardar relativa equivalência; comutatividade, pois a equivalência entre o ônus e o proveito pode ser verificada de imediato; ser essencialmente formal, porque exige a observância de certas formalidades, como por exemplo, o registro do contrato no Registro de Imóveis para sua eficácia integral e *erga omnes*; e ter caráter acessório, pois depende, para sua existência, de uma obrigação principal que pretende garantir.

A lei 9514/1997 além de instituir a alienação fiduciária de coisa imóvel, também dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário. Segundo Mário Pazutti Mezzari⁸⁵,

o SFI é um mercado novo, desregulamentado, baseado nas regras de livre mercado. E aí está a influência da filosofia vigente no Brasil hodierno: o neoliberalismo econômico e a globalização fazem sentir profundamente seus princípios, propiciando ao capital (nacional ou estrangeiro) novos

⁸⁴ BECKER, L. A.. **Contratos Bancários – execuções especiais (SFH - SFI- Alienação Fiduciária – Crédito rural e industrial**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 165.

⁸⁵ MEZZARI, Mario Pazutti, **Alienação Fiduciária da Lei n. 9.514, de 20.11.1997**, São Paulo: Saraiva, 1998, pgs. 3-7.

caminhos e novas fontes para trilhar e crescer e, espera-se, promover o desenvolvimento econômico.

O autor nega ainda qualquer cunho social ao novo diploma: toma-a por uma lei eminentemente econômica, em que se busca criar um mercado atrativo e seguro, que seduza particularmente o capital estrangeiro. Afirma que “diferentemente do que acontecia no Sistema Financeiro da Habitação – SFH, implantado no Brasil com a Lei n. 4.380/64, o novo SFI nasce com a pretensão de funcionar sem dinheiro público.”

Não há como negar razão à opinião de Mezzari, pois a ideologia neoliberal⁸⁶ do Poder Executivo vem se arrimar na nova lei para transformar o que em princípio seria uma função de Estado – implementar o direito à habitação – em um expediente para captação de recursos.

Nesse mesmo sentido, é importante ressaltar a crítica feita por Laércio Becker:

a descrição que os apologetas do regime jurídico do SFI fazem não consegue disfarçar o óbvio: que esse sistema veio para beneficiar a instituição financeira. No entanto, não há como transigir com valores como a dignidade/moradia (que se integra no bem/valor vida), máxime em um país onde tais valores têm sido objeto de total descaso das autoridades públicas (in)competentes. A lenta privatização dos programas de habitação, iniciada pela criação do SFI, longe de curar a doença da ineficiência do SFH, submete o cidadão à mesma ditadura de sempre, de contratos de adesão, suas já tradicionais cláusulas leoninas, reajustes abusivos e execuções privilegiadas.⁸⁷

Por esse sistema de financiamento, aboliu-se o sistema intervencionista estatal na celebração dos contratos habitacionais e adotou-se a livre estipulação do mercado imobiliário e a vontade das partes.

O art. 3º da lei introduz a figura das companhias securitizadoras de créditos imobiliários, definidas como instituições não financeiras constituídas sob a forma de sociedade por ações, e que terão por finalidade a aquisição e securitização dos

⁸⁶ Nesse mesmo sentido, verifica-se a posição adotada por Laércio Becker, que defende que “o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI) – Lei 9.514, de 20.11.1997 – surge no movimento neoliberal de reforma tecnoburocrática do aparelho do Estado como um mecanismo de privatização do problema habitacional. Por isso, o leilão extrajudicial nele previsto reflete uma ideologia tecnocrática [...]” BECKER, L. A.. **Contratos Bancários – execuções especiais (SFH - SFI- Alienação Fiduciária – Crédito rural e industrial**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 198.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 203.

créditos imobiliários, bem como a emissão e colocação de Certificados de Recebíveis Imobiliários no mercado financeiro.

As companhias securitizadoras deverão emitir Certificados de Recebíveis Imobiliários, ou CRIs, que conforme o art. 6º da Lei seria “um título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários”.

Pela disciplina da citada Lei, a Alienação Fiduciária por regra constitui-se mediante registro público no competente Registro de Imóveis, enquanto que o Termo de Securitização, em caso de regime fiduciário, deverá ser averbado na mesma serventia. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse: o devedor fiduciante remanesce como possuidor direto, enquanto o credor fiduciário passa à condição de possuidor indireto do imóvel.

Vê-se, assim, que a Alienação Fiduciária de Bem Imóvel oferece-se naturalmente como o meio mais vantajoso de garantia nos financiamentos imobiliários para as instituições financeiras, seja porque agiliza a recuperação do crédito, seja porque permite mais tranquilamente a sua circulação. Comparando-a à hipoteca, opção então adotada como garantia dos créditos imobiliários, a execução hipotecária judicial é processo longuíssimo e de inúmeras desvantagens entre elas a dinâmica e o custo, sendo que, a execução extrajudicial do Decreto Lei 70/1966, por sua vez, tampouco reserva melhores resultados, já que a possibilidade de discutir o procedimento e sua constitucionalidade no judiciário acaba por estabelecer um duplo caminho.

Assim, na visão de Laércio Becker,

no SFI, ao contrário das situações (mal) amparadas pelo procedimento ordinário, não é o devedor que se beneficia de um suposto ‘garantismo’ do ordenamento: todo o discurso, inclusive jurídico, neste caso, tem ressaltado as garantias e a segurança do novo instrumental (certificado de recebíveis imobiliários – CRI - e propriedade fiduciária), mas sempre em favor do investidor (CRI) ou do credor (propriedade fiduciária), nunca em favor do adquirente, que é abandonado à própria sorte.⁸⁸

A consolidação da propriedade do bem imóvel pelo credor será até mesmo – sob a justificativa da necessidade da agilidade ou da própria garantia- sem o socorro às vias judiciais, necessitando-se que apenas o credor-fiduciário proceda à

⁸⁸ BECKER, L. A.. **Contratos Bancários – execuções especiais (SFH - SFI- Alienação Fiduciária – Crédito rural e industrial**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 202.

reintegração na posse do imóvel. A transferência da titularidade dominial e a consolidação da propriedade foram retiradas, por essa lei, do patrimônio do devedor sem o acesso ao Poder Judiciário.

A seu turno, a Lei nº 9.514, de 1997, ao dispor igualmente sobre as conseqüências da mora e do inadimplemento do devedor, nos contratos de mútuo com garantia fiduciária, impõe ao credor o dever de vender o imóvel e entregar ao devedor a quantia que exceder o valor de seu crédito, tratando exhaustivamente dos procedimentos correspondentes.

3. DA GARANTIA AO CONTRATO

3.1 UMA ANÁLISE DO MODELO CONTRATUAL DO SFI

O novo Código Civil trouxe inovações no campo do direito dos contratos, como a função social do contrato e a observância do princípio da boa-fé, tanto nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual. Essas inovações surgiram também pela influência do Código de Defesa do Consumidor, que inovou ao consagrar não só a boa-fé, mas ainda os princípios da confiança, da transparência e da equidade.

O princípio da equidade não se torna apenas ferramenta de interpretação jurídica, mas também instrumento que visa ao equilíbrio econômico das obrigações. No dizer de Cláudia Lima Marques, é o meio para “alcançar a justiça contratual”⁸⁹.

A transparência, princípio que decorre da boa-fé objetiva, faz com que se exija lealdade ao estabelecer o conteúdo do contrato, exige um correto comportamento dos sujeitos relacionados, justificado pelo dever de informar o que recai sobre cada contratante. Conforme explica o Prof. Paulo Nalin, “o dever de informação, em verdade, preserva-se ao longo de toda a execução contratual, e também, por que não, para além da conclusão do contrato, por conta de sua execução voluntária”⁹⁰.

O princípio da confiança cuida de salvaguardar as expectativas contratuais, desde antes da formação do contrato, até sua execução. Visa proteger os legítimos interesses dos contratantes. A confiança guarda relação com o princípio da boa-fé, pois representa um dos mecanismos de interpretação dos negócios jurídicos, além

⁸⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 873.

⁹⁰ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 150.

de estar intimamente ligado aos deveres anexos de cuidado, informação, segurança e cooperação, construídos a partir de seus desdobramentos⁹¹.

A vontade contratual ainda encontra espaço na relação jurídica contratual, mas seu papel decresce à medida que se amplia a vulnerabilidade de um dos contratantes. Há quem sustente que a vinculação do contrato não se encontra mais no ato volitivo, mas sim na tutela da boa-fé. Assim afirma Fernando Noronha:

Por seu turno, o interesse primacial da questão do fundamento da vinculatividade do contrato, consiste em mostrar que este não obriga propriamente porque tenha sido 'querido', porque fundamentalmente se deva dar relevância à vontade livre das partes (liberdade contratual), mas basicamente porque é necessário, do ponto de vista social, tutelar a confiança dos agentes econômicos e, com essa finalidade, do ponto de vista jurídico, garantir segurança ao negócio celebrado. Como fato social, o negócio jurídico é instrumento fundamental de distribuição e de riqueza. Isto significa que o fundamento básico da vinculatividade não está na autonomia da vontade mas no princípio de tutela da boa-fé – embora também aqui estejam presentes considerações ligadas à autonomia privada e à justiça contratual.⁹²

Mostra-se necessário investigar a posição dos contratantes sob uma nova ordem contratual, encarada num âmbito constitucionalizado, sem o qual não se realizará a justiça contratual buscada.

No mercado habitacional, o contrato existe como ferramenta essencial para efetivar a relação obrigacional e também deve levar em conta os princípios já citados acima. Segundo o Prof. Rodrigo Xavier Leonardo,

Apesar da sensível presença do Estado, regrando e controlando pormenorizadamente grande parte dos negócios habitacionais (especialmente nas décadas de 1960 e 1970, o contrato permaneceu, nesse período, como o instrumento jurídico para operacionalizar o vínculo entre as partes privadas e entes públicos, em um processo voltado para o fornecimento da habitação.⁹³

⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.1143.

⁹² NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.82.

⁹³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 66.

A justiça social e a solidariedade, na variante concreta da boa fé, situam-se no núcleo do contrato, e não na sua exterioridade. A livre iniciativa é exercida por meio da liberdade individual atribuída aos sujeitos, assim reconhecidos pelo direito, para que possam gerir seus interesses. A esse poder de livre manifestação e regulação de interesses os autores atribuem o nome de autonomia privada. Mas, sob uma ótica constitucional atual, não é mais correto entender a autonomia privada apenas como esse poder dos sujeitos para regularem seus interesses. Nesse sentido, importante salientar a afirmação do Prof. Paulo Nalin,

Nesse diapasão, mantém-se válida a lição de que a autonomia privada constitui-se na possibilidade legal de auto-regulamentação de interesses jurídicos, enquanto espaço livre, destinado aos operadores do Direito. A liberdade jurídica transforma-se em liberdade econômica, alimentando o mercado da livre concorrência. Entende-se, por outro lado, que não pode mais haver tolerância, no sentido de que essa liberdade, atribuída pelo Direito para o autojuízo de interesses privados, se mantenha, como diz Perlingieri, no centro do ordenamento jurídico, sempre em uma perspectiva individualista (dogma da autonomia da vontade). A vontade do sujeito é resguardada pelo ordenamento jurídico, mas em perspectiva coletiva. Nesse momento se abre o plano jurídico, sobretudo o constitucional, para dar nova forma ao princípio⁹⁴.

Sob esta perspectiva, entende-se que a autonomia privada é apenas um dos ramos de um princípio maior, que é a dignidade da pessoa humana⁹⁵. Destaca-se nesse sentido a posição do Prof. Rodrigo Xavier Leonardo, que assim afirma:

Sendo a habitação uma necessidade econômica satisfeita mediante o consumo do bem imóvel, o princípio da dignidade da pessoa humana deve, necessariamente, compor a funcionalidade dos negócios com esta destinação, ampliando a perspectiva de análise do simples regramento do direito dos contratos à proteção e promoção dos direitos da personalidade⁹⁶.

⁹⁴ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 169.

⁹⁵ “Como se vê, é ela – a dignidade da pessoa humana – não apenas fundamento da República Federativa do Brasil, mas também o fim ao qual se deve voltar a ordem econômica (mundo do ser). (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros,

⁹⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 74.

Ainda segundo o mesmo autor, com o advento do Sistema Financeiro Imobiliário, o Estado passou a ser árbitro⁹⁷ e não mais o provedor financeiro. Como afirmado,

O trajeto pelo qual tem passado o regramento dos contratos destinados à produção e ao fornecimento de imóveis para consumo habitacional, portanto, é marcado ora pela forte intervenção estatal, ora por um rearranjo entre os agentes econômicos privados, representando, desse modo, uma expressiva fonte de reflexão sobre o conceito e os limites da autonomia privada. Neste sentido, ressalvados isolados exemplos, é nos contratos habitacionais que se pode perceber a mais expressiva intervenção do Estado em uma atividade, até então, reservada ao setor privado. Mais que isso, a intervenção estatal ocorreu sem que fosse deixado de lado o contrato como instrumento para a formalização dessas operações econômicas.⁹⁸

Agora, em uma análise mais específica sobre o conteúdo dos contratos, poderemos perceber essa menor intervenção do Estado, pois com a criação do Sistema Financeiro Imobiliário o Estado ficou alheio às questões relativas aos contratos habitacionais, como bem pode ser observado pela inserção com maior efetividade da execução extrajudicial no mercado imobiliário.

O art. 24 da Lei nº 9.514/97, ao dispor sobre os requisitos do contrato, definiu claramente uma série de elementos que, necessariamente, devem fazer parte das cláusulas enunciadas no instrumento firmado entre as partes.

O contrato que serve de título ao “negócio fiduciário” – redação utilizada pelo legislador no art. 24 da Lei 9.514/97 – conterà o valor principal da dívida, o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário, a taxa de juros e os encargos incidentes, a cláusula de constituição da propriedade fiduciária (com a descrição do imóvel e a indicação do título e modo de aquisição), a cláusula assegurando ao fiduciante adimplente a livre utilização do imóvel e dos critérios de revisão para fins de hasta pública e a cláusula dispondo sobre os procedimentos do art. 27 da lei (público leilão para alienação do imóvel cuja propriedade consolidou-se em nome do credor fiduciário).

⁹⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 67.

⁹⁸ *Idem*.

O contrato conterà todas as disposições do leilão extrajudicial, como valores e prazos para que seja realizado o primeiro público leilão e também em que casos ocorrerá o segundo leilão, caso o imóvel não seja alienado já no primeiro leilão.

O art. 27 determina que o primeiro público leilão deverá ocorrer 30 dias após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Se no primeiro leilão o valor oferecido for inferior ao valor do imóvel, constante do próprio contrato, conforme art. 24 da Lei em comento, será realizado o segundo leilão, em que se aceitará o maior valor, desde que igual ou superior ao valor da dívida mais as despesas.

O §3º do art. 27 define o que seja dívida (saldo devedor mais juros e consectuários contratuais) e despesas (encargos e custas de intimação e do público leilão, que será realizado por leiloeiro habilitado).

No contrato há ainda a previsão de pagamento de uma taxa pela ocupação do imóvel, que deverá ser paga ao agente fiduciário ou a quem adquiriu o imóvel no leilão, caso depois da consolidação do imóvel em nome do credor fiduciário não haja a restituição do imóvel pelo devedor fiduciante.

É requisito essencial para a constituição da propriedade fiduciária o registro do contrato de alienação fiduciária no Registro de Imóveis competente, dado que nosso sistema de transmissão imobiliária adota o registro como modo de aquisição da propriedade ou qualquer direito real sobre imóveis.

Na sistemática delineada na alienação fiduciária em garantia, a propriedade fiduciária está subordinada a uma condição resolutiva, que é o pagamento efetuado pelo devedor fiduciante. O pagamento representa, assim, o fato jurídico que extingue a obrigação, motivo pelo qual a lei dispõe que, com o pagamento da dívida, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel.

Com o pagamento da dívida e de seus encargos, resolve-se, nos termos do art. 25 da Lei, a propriedade fiduciária em favor do devedor fiduciante. E com o integral pagamento do débito, exsurge uma obrigação ao ex-fiduciário: fornecer à contraparte, no prazo máximo de trinta dias a contar da liquidação da dívida, o termo de quitação, sob pena de multa equivalente a meio por cento ao mês sobre o valor do contrato.

Possui, assim, o fiduciante, direito expectativo de aquisição do imóvel, que supera os limites do direito obrigacional e configura-se como direito real, surgindo para o credor a obrigação de, uma vez concluído integralmente o pagamento, entregar ao fiduciante o termo de quitação.

À vista do termo de quitação fornecido pelo ex-fiduciário, o oficial do Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária. Somente a partir deste cancelamento é que se pode considerar extinta a propriedade fiduciária. Observe-se, portanto, que a propriedade fiduciária não se resolve apenas com o pagamento da dívida; por se tratar de direito real sobre imóvel, a formalidade registrária é imprescindível para a extinção do domínio resolúvel.

3.2 RISCOS E BENEFÍCIOS NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL

O contrato de alienação fiduciária de bens imóveis foi uma grande inovação incluída no ordenamento jurídico, pois antes era prevista apenas para os bens móveis.

Como já exposto antes, esta nova figura trouxe vários benefícios, mas apenas para os credores, pois foram esquecidas as garantias dos devedores. A alienação permite que o credor tenha um rápido retorno do seu crédito, pois para as instituições financeiras o que importa é o lucro, mesmo que para isso tenham que ser desrespeitadas garantias individuais.

As instituições financeiras afirmam que essa nova forma de garantia fez com que diminuíssem os custos envolvidos nas operações de financiamentos. Mas nas palavras de Laércio Becker, isso seria uma forma de “*trade-off* evidente: oferece-se um menor custo operacional, conquanto que restem garantidos os privilégios processuais para a instituição financeira”⁹⁹.

Vê-se, portanto, que não há nenhum benefício a olhos vistos para os mutuários desse sistema financeiro, que de imobiliário tem apenas o nome, pois é

⁹⁹ BECKER, L. A.. **Contratos Bancários – execuções especiais (SFH - SFI- Alienação Fiduciária – Crédito rural e industrial**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 200.

um sistema muito mais voltado para o lucro, do que para satisfazer a necessidade de moradia dos indivíduos.

Os riscos para os mutuários são muito maiores do que na forma de garantia antes utilizada, que era a hipoteca. Na alienação fiduciária, apenas o atraso de uma prestação dá ensejo para que o credor execute extrajudicialmente a dívida. Na garantia hipotecária é necessário que ocorra um processo judicial, que normalmente é muito longo e caro.

O processo extrajudicial, além de possuir um pequeno custo, ou quase nada de custo, já que o devedor fica obrigado a pagar até mesmo as custas de sua intimação, é um processo muito rápido, dando ao credor uma maior garantia de que verá o retorno de seu crédito.

Esta forma de execução extrajudicial retira dos mutuários todas as garantias que deveriam ser observadas em um processo judicial, pois não há espaço para que se possa exercer direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

3.3 EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL E O CARÁTER EXTRA-ESTATAL DA TUTELA DE DIREITOS

Inspirado no art. 5º, XXXII, e no art. 170, V, da Constituição, o CDC enuncia os princípios fundamentais da defesa do consumidor, entre os quais vale destacar o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, sempre com base na boa-fé e no equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores.

Nesse sentido, dispõe o CDC sobre a proteção contratual, visando coibir a prática de abusos contra o consumidor e contemplando novos mecanismos de proteção para hipóteses às quais a sistemática então vigente não tinha resposta adequada. Com o CDC, o direito positivo brasileiro passou a limitar a liberdade contratual, ao definir e vedar certas condutas ou cláusulas contratuais consideradas

abusivas, considerando-as nulas de pleno direito, bem como passou a admitir a modificação ou revisão de cláusula contratual, mitigando o princípio da força obrigatória do contrato.

O Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 297, já consagrou o entendimento de que “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Por isso, os Tribunais¹⁰⁰ têm aplicado o CDC nos contratos do SFI, enquadrando as instituições financeiras como fornecedores de produtos (no caso, crédito) e os mutuários como destinatários finais de um produto consumível, para utilizá-lo como utilidade pessoal, nos casos em que o crédito fora utilizado para compra de bem pessoal.

Há posição no sentido contrário¹⁰¹, afirmando que a aplicação das regras do CDC aos contratos de financiamento, uma vez presentes como parte as instituições financeiras, só é possível quando demonstrada a abusividade e excessiva onerosidade, ou que o fornecedor agiu de má-fé. Assim, o só fato de o contrato ser de natureza adesiva não o caracteriza como nulo.

Com efeito, a alienação fiduciária de bens imóveis tem disciplina própria, que regula de maneira específica e exaustiva as conseqüências da mora e a excussão do bem objeto da garantia, tudo com vistas à observância dos mesmos princípios de equidade e de equilíbrio das relações contratuais também perseguidos pelo CDC e, assim sendo, não de prevalecer as leis especiais, em caso de conflito de normas.

Pelo sistema adotado pela Lei 9.514/1997, a consolidação da propriedade do bem imóvel pelo credor será até mesmo – sob a justificativa da necessidade da agilidade ou da própria garantia – sem o socorro às vias judiciais, necessitando-se apenas que o credor-fiduciário proceda à reintegração na posse do imóvel. De acordo com Laércio Becker,

Quando optar pela execução extrajudicial, como o próprio nome já diz o credor não precisará recorrer ao judiciário. Estará livre da famosa lentidão do procedimento ordinário e da própria Justiça, e terá à sua disposição o

¹⁰⁰ Paraná, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **Apelação Cível nº 2002.70.00.075265-3**, Relator Desembargador Valdemar Capeletti, D.E. 04/12/2007. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em 29/05/2008.

¹⁰¹ Rio Grande do Sul, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **Apelação Cível nº 2004.71.00.022537-8**, Relatora Desembargadora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 15/01/2008. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em 29/05/2008.

procedimento mais efetivo que existe no CPC (o mesmo privilegio do fiduciário, no SFI). [...] No SFI, o fiduciário também se substituindo ao juiz – requer ao oficial do Registro de Imóveis a intimação do fiduciante para que purgue a mora em 15 dias, acrescida de juros convencionais, penalidades e encargos contratuais, legais, tributos, contribuições condominiais, despesas de cobrança e de intimação (Lei 9.514/97, art. 26, § 1º) ¹⁰².

Se no prazo legal não houver a purgação da mora, o oficial do registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá o registro na matrícula do imóvel da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista de prova do pagamento pelo fiduciário, do imposto de transmissão inter vivos.

De acordo com o art. 26 da Lei nº 9.514/97, para que a propriedade resolúvel do credor fiduciário se consolide é imprescindível que o devedor fiduciante seja intimado pessoalmente para purgar a mora. A notificação por edital somente pode ser realizada quando o fiduciante estiver em lugar incerto e não sabido. Portanto, os Tribunais¹⁰³ têm decidido que não tendo regular notificação, é nula a consolidação da propriedade do imóvel em nome do agente fiduciário.

A transferência da titularidade dominial e a consolidação da propriedade foram retiradas, por essa lei, do patrimônio do devedor sem o acesso ao Poder Judiciário, condicionando-se exclusivamente, para a concessão da ordem judicial, à comprovação documental dos requisitos formais previstos no art. 26 e no art. 30, sem a oitiva da parte contrária, já que a ordem concedida poderá ser feita liminarmente, impedindo a discussão por parte do devedor fiduciante quanto ao inadimplemento contratual do credor-fiduciário.

A jurisprudência tem atuado no sentido de possibilitar que o mutuário possa discutir judicialmente o contrato, e que durante esse prazo deve ser suspensa a execução extrajudicial do imóvel. O juiz Márcio Antônio Rocha, do TRF da 4ª Região, afirma que a alienação fiduciária foi implantada sob a justificativa de que a execução da hipoteca era muito morosa, e agora, com este novo instituto, o devedor

¹⁰² BECKER, L. A.. **Contratos Bancários – execuções especiais (SFH - SFI- Alienação Fiduciária – Crédito rural e industrial**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 313.

¹⁰³ Paraná, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **Apelação Cível nº 2003.70.00.034437-3**, Relator Juiz Eduardo Tonetto Picarelli, D.J.U. 29/06/2005. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em 29/05/2008.

perde a propriedade após 60 dias de inadimplência, o que é uma medida muito drástica, “sendo verdadeira espada apontada contra o devedor”.¹⁰⁴

Mas, a grande parte dos julgados, é no sentido de considerar constitucional a execução extrajudicial, pois afirma-se que as partes podem discutir judicialmente a questão, seja através da ação de imissão na posse, seja ajuizando outro processo. Laércio Becker critica veementemente a execução extrajudicial, pois

privar o devedor de seus bens por meio dessa verdadeira justiça de mão própria é violar o princípio do devido processo legal, na justa medida em que não se lhe garante o contraditório na presença de um juiz natural – qual seja, não há efetiva participação no processo.¹⁰⁵

Não obstante ser procedimento extrajudicial adotado pelo novo sistema de financiamento imobiliário, e em que pesem as disposições do § 3º e § 4º do art. 26 da lei em tela, o próprio texto legal, nessa disposição, não dá ensejo a qualquer possibilidade de discussão de reavaliação da dívida ou de possibilidade de indicação do devedor fiduciante quanto a eventuais inadimplementos contratuais por parte do credor, como a discussão do descumprimento das cláusulas de reajuste das prestações, aplicando-se índices maiores do que os contratados, ou a revisão do contrato por força da teoria da imprevisão, ou, ainda, mais precisamente em decorrência da aplicabilidade da cláusula *rebus sic standibus* ou eventuais nulidades de cláusulas abusivas, notadamente, quando se tratar de direito que envolve o consumidor (inciso V do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor).

Ainda de acordo com Laércio Becker,

No caso do SFI, não purgada a mora, o oficial do Registro de Imóveis promove o registro, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário (Lei 9.514/97, art. 26, § 7º); em seguida, o fiduciário tem 30 dias para promover o leilão extrajudicial do imóvel (Lei 9.514/97, art. 27, caput)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Rio Grande do Sul, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.004369-1**, Relator Juiz Márcio Antônio Rocha, D.E. 28/03/2008. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em 29/05/2008.

¹⁰⁵ BECKER, L. A.. **Contratos Bancários – execuções especiais (SFH - SFI- Alienação Fiduciária – Crédito rural e industrial**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 319.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 315.

A teor do novo regramento jurídico, o devedor fiduciante passa a ser privado de seus bens sem o devido processo legal e, também, da ampla defesa e do contraditório, que é assegurado constitucionalmente por meio dos incisos LIV e LV do art. 5º da CF, já que a legislação referida não acena e tampouco indica o momento adequado para o sobrestamento desse procedimento executório por intermédio das vias judiciais.

Dessa forma, não prevendo a legislação a possibilidade de discussão das cláusulas contratuais em juízo, cogita-se entre alguns juristas, que o devedor fiduciante não poderia sobrestar tal procedimento, nem mesmo pelas vias judiciais, já que a lei não previu e não estipulou momento adequado para tal e tampouco permitiu expressamente a possibilidade de aventar uma revisão contratual pelo devedor fiduciante.

Por este procedimento, foi adotado um sistema que possui maior agilidade do que o então previsto para os contratos de financiamentos, que são instituídos pela hipoteca. Para alguns autores, não poderia haver a execução extrajudicial do imóvel para as obrigações assumidas nos contratos de alienação fiduciária de imóveis, por envolver o contrato de financiamento, fins residenciais, isto é, o direito à moradia. Nesse sentido, a posição da Prof.^a Cláudia Lima Marques, para quem

Incluídos no campo de aplicação do CDC estão também os contratos concluídos no novo sistema financeiro imobiliário, criado pela Lei 9.514, de 20.11.1997, que instituiu uma alienação fiduciária de bem imóvel. Para o consumidor, parece-me, salvo melhor juízo, altamente prejudicial a criação desta nova base de direito real (propriedade fiduciária de imóvel), pois a possibilidade de alienação fiduciária da ‘sonhada casa própria’ beneficia desnecessariamente o fornecedor-credor, ao evitar o atual trâmite judicial exigido para as hipotecas. No novo sistema, o fiduciante, isto é, os fornecedores indiretos (bancos e outros financiadores da construção) ou fornecedores diretos (construtores, bancos e financiadores diretos do negócio com o consumidor), como o credor fiduciário imobiliário, pode beneficiar-se do rápido e eficaz processo típico da alienação fiduciária, que permite a retomada do bem imóvel, com despejo do consumidor e sua família, se o devedor estiver constituído em mora¹⁰⁷.

Não se pode olvidar que, por envolver a lei referida um direito dessa importância, e não bens secundários, as novas normas não poderiam reduzir o

¹⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 445.

exercício desse direito, nem tampouco dificultar o acesso à moradia, cercear a ampla defesa e o contraditório, de modo a impedir a defesa daquele direito perante as instâncias judiciais.

A lei 9.514/1997 permite que se proceda por meios administrativos à retomada do imóvel desvinculado do Poder Judiciário e tal procedimento não poderia subsistir em razão do direito à moradia. Este procedimento não observa a integridade do direito de personalidade envolvido, como forma de manifestação e respeito à dignidade da pessoa humana, lastreada no direito à moradia.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, procurou-se estudar o elemento garantia nos financiamentos imobiliários e quais os seus reflexos no que diz respeito ao direito de moradia e às políticas públicas habitacionais implantadas no Brasil.

Preliminarmente, buscamos demonstrar que o Estado é o grande responsável pelas políticas públicas habitacionais. O Estado deve cumprir seu papel previsto na Constituição, repensando as políticas públicas de acordo com a realidade econômica e com as prioridades sociais do país.

Quando o Estado não cumpre seu papel, e em sendo a moradia um bem de elevado custo, obriga às pessoas a que recorram aos financiamentos bancários das instituições financeiras. Por sua vez, as instituições financeiras estão preocupadas com o lucro, e não com o papel social que podem desempenhar.

Ao longo dos anos, as políticas públicas estiveram sempre se alterando, assim como houve uma transição entre os modelos de garantias nos financiamentos imobiliários. Até 1997, a garantia predominante era a hipoteca, que se mostrou ineficaz para as instituições financeiras devido à morosidade para que pudessem recuperar seus créditos.

Em 1997, com a Lei nº 9.514, surgiu a alienação fiduciária de imóveis, que até o momento tem se demonstrado bastante eficaz para as instituições financeiras. Essa lei adotou como procedimento a execução extrajudicial, para que o credor pudesse ter o retorno do seu lucro. Em contrapartida, foram retiradas as garantias dos mutuários, já que com esse procedimento, com apenas uma prestação não paga, o credor já pode executar a dívida.

Ao longo do trabalho, imprimimos a opinião de vários juristas contra a instituição desse procedimento de execução extrajudicial, pois muitos afirmam que ele seria inconstitucional, já que o devedor fica privado de seus bens sem o devido processo legal, sem a observância do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Em uma síntese apertada, podemos concluir que o instituto da alienação fiduciária tem sido atualmente mais utilizado do que a hipoteca, sob a justificativa das instituições financeiras que assim haveria uma rapidez maior no retorno do crédito, o que geraria um círculo virtuoso, já que retornando o crédito, outra pessoa

poderá ser tomadora deste mesmo crédito. Mas, as instituições financeiras não tem se preocupado com as garantias dos mutuários, procedendo através de meios administrativos à retomada do imóvel, sem que estes possam discutir perante o Judiciário estes contratos.

Devem ser salvaguardados os direitos dos consumidores, para que, em última análise, não haja um detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, acreditamos que os contratos habitacionais, devem levar em conta os princípios da equidade, da boa-fé, da proporcionalidade, e tantos outros, pois não há justificativa para que um direito à moradia seja tratado com uma mercadoria.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. **Direito das Obrigações**. 9ª Ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BECKER, L. A.. **Contratos Bancários – execuções especiais (SFH - SFI- Alienação Fiduciária – Crédito rural e industrial**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BLAY, Eva Alterman. Habitação: a política e o habitante. *In: (org.). A luta pelo espaço: textos de sociologia urbana*. 2ª ed., Petrópolis: Vozes, 1979.

CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis: Adequação da Cláusula Penal aos Princípios do Código de Defesa do Consumidor. *In Revista de Direito Imobiliário*. n.45. São Paulo: IRIB, 1998.

_____. **Negócio fiduciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O regime jurídico da propriedade no Brasil Contemporâneo e o desenvolvimento Econômico Social. **Revista do IAP**, n. 21, Curitiba, 1993.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. **Revista Gênese de Direito Processual Civil**, v.17, Curitiba: Gênese, 2000.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4ª Ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1975.

_____. **Contratos**, 24ª. ed., 2001.

_____. **Direitos Reais**. 19ºed. Atualizada/por Luiz Edson Fachin – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das obrigações: em busca de elementos caracterizadores para compreensão do livro I da parte especial do Código Civil. **Revista Arte Jurídica**. Curitiba: Juruá, v. 1, n. 1, 2005.

_____. **Redes Contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Otto de Souza. **Negócio Fiduciário**, São Paulo: RT, 1959

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Volume V, Tomo I (arts. 304 a 308), Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MEZZARI, Mario Pazutti, **Alienação Fiduciária da Lei n. 9.514, de 20.11.1997**, São Paulo: Saraiva, 1998.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 9.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

Paraná, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **Apelação Cível nº 2002.70.00.075265-3**, Relator Desembargador Valdemar Capeletti, D.E. 04/12/2007. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em 29/05/2008.

Paraná, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **Apelação Cível nº 2003.70.00.034437-3**, Relator Juiz Eduardo Tonetto Picarelli, D.J.U. 29/06/2005. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em 29/05/2008.

PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XX.

Rio Grande do Sul, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **Apelação Cível nº 2004.71.00.022537-8**, Relatora Desembargadora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 15/01/2008. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em 29/05/2008.

Rio Grande do Sul, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.004369-1**, Relator Juiz Márcio Antônio Rocha, D.E. 28/03/2008. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em 29/05/2008

SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas Federais de habitação no Brasil: 1964/1998**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 11/08/2008.

SILVIO RODRIGUES, **Direito das Coisas**, vol. 5, Saraiva, 1980.

STAUT JÚNIOR, SÉRGIO SAID. Algumas precauções metodológicas para o estudo do direito civil. **Revista Arte Jurídica**, v. 1, n. 1; Curitiba: Juruá Editora, 2005.

TERRA, Marcelo. **Alienação fiduciária de imóveis em garantia: Lei n. 9.514/97**. Primeiras Linhas. Porto Alegre: Fabris, 1998.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. 7^a ed. Coimbra: Coimbra, 1991.

ANEXOS
DECISÕES MENCIONADAS NA SEÇÃO 3.3

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.71.00.022537-8/RS

RELATORA : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
APELANTE : LOURDES HELENA DE JESUS DA ROSA
ADVOGADO : Andrea Marta Vasconcellos Ritter
APELADO : CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : Simone Rodrigues Ferreira
: Ricardo Goncalz Tavares

D.E.

Publicado em 15/01/2008

EMENTA

MÚTUO HABITACIONAL. SFI. CARTA DE CRÉDITO. ANATOCISMO. SACRE. MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS PACTUADAS.

1. Conquanto aplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor aos mútuos habitacionais, porque presentes como parte as instituições financeiras (Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça), é necessária a demonstração de abusividade e excessiva onerosidade, o que não se deu no caso em concreto.

2. É vedada a prática de anatocismo, todavia, a simples utilização do Sistema SACRE não caracteriza a ilegalidade. No caso, em face da utilização do mesmo indexador para a correção do saldo devedor e reajuste das prestações, não ocorrem amortizações negativas.

3. Em não se tratando de mútuo firmado sob a égide das regras pertinentes ao SFH, não há que se falar em reajuste das prestações pelo PES ou cobertura do saldo devedor pelo FCVS.

4. Impertinente a comparação feita entre o valor nominal do mútuo e do resgatado pelo pagamento das prestações, na medida em que ignorou premissas básicas acerca de qualquer financiamento, tais como a existência de correção monetária e a aplicação de juros.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 12 de dezembro de 2007.

Desª. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER

Relatora

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): MARGA INGE BARTH TESSLER

Nº de Série do Certificado: 42C5154A

Data e Hora: 14/12/2007 16:10:28

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.71.00.022537-8/RS

RELATORA : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
APELANTE : LOURDES HELENA DE JESUS DA ROSA
ADVOGADO : Andrea Marta Vasconcellos Ritter
APELADO : CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : Simone Rodrigues Ferreira
: Ricardo Goncalz Tavares

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela parte mutuária contra sentença que julgou improcedente ação revisional de contrato de mútuo habitacional.

Em suas razões, a apelante, inicialmente, pugna pela aplicação das regras do CDC ao contrato. Afirma haver demonstrado a prática de anatocismo, e que não foi beneficiada com a cláusula de cobertura pelo FCVS e a cláusula PES. Por fim, questiona os cálculos matemáticos atinentes à dívida, asseverando já haver resgatado metade do valor financiado.

É o relatório.

VOTO

Código de Defesa do Consumidor

Conquanto reste pacificada a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, uma vez presentes como parte as instituições financeiras (Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça), é necessária a demonstração de abusividade e excessiva onerosidade, tendo ainda em conta o respeito à legislação própria do SFH. Assim, o só fato de o contrato ser de natureza adesiva não o inquina de nulidade. A alegação genérica de nulidade de várias cláusulas contratuais, sem especificação e comprovação, portanto, não merece acolhida. Ademais, há necessidade de comprovação da hipossuficiência alegada, além da plausibilidade da tese defendida pelo devedor, o que não se deu no caso em exame.

Anatocismo - Sistema de Amortização - SACRE

No tocante à capitalização mensal de juros, é pacífica a jurisprudência no sentido de que ela é vedada, mesmo que convencionada entre as partes, subsistindo, na espécie, o preceito do art. 4º do decreto nº 22.626/33, contrário ao anatocismo, redação não revogada pela Lei nº 4.595/64, somente sendo possível sua aplicação nos casos expressamente previstos em lei, hipótese diversa dos autos. Incidente, pois, na espécie, a Súmula nº 121 do STF, que assim dispõe:

"É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada."

Sem embargo das considerações acima feitas, não há nos autos qualquer prova acerca do alegado anatocismo.

O sistema de amortização previsto contratualmente foi o SACRE, o qual não representa abusividade ou lesividade a justificar sua substituição por outro sistema, diferente do contratado. Inclusive, pela aplicação de referido sistema, onde as prestações e o saldo devedor estão sujeitos ao mesmo indexador, incorre o fenômeno chamado "amortização negativa", onde o valor pago a título de prestação não é suficiente para o resgate da parcela de juros.

PES e FCVS

As pretensões de nulidade das cláusulas pactuadas e sua substituição por outras que a parte autora defende como devidas, em face da pretendida aplicação ao contrato das regras do SFH, não encontram guarida, mesmo à consideração de tratar-se de contrato de adesão.

Assim, fato é que não houve contratação de reajuste das prestações pela cláusula PES ou previsão de cobertura do saldo devedor pelo FCVS.

Cálculos matemáticos

A insurgência mostra-se de forma genérica e desprovida de fundamentação, sendo certo que o raciocínio simplista apresentado, que compara o valor nominal da dívida à época de sua contratação com o valor pago a título de prestações, olvida a existência de elementos ínsitos a qualquer financiamento, quais sejam, a correção monetária e os juros incidentes sobre o valor financiado.

Inteiro Teor (2028844)

Página 3 de 3

Ante o exposto, voto por negar provimento ao apelo.
É o voto.

Des^a. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
Relatora

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): MARGA INGE BARTH TESSLER
Nº de Série do Certificado: 42C5154A
Data e Hora: 14/12/2007 16:10:31

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 12/12/2007

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.71.00.022537-8/RS
ORIGEM: RS 200471000225378

RELATOR : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
PRESIDENTE : Marga Inge Barth Tessler
PROCURADOR : Dr Roberto Luis Oppermann Thomé
APELANTE : LOURDES HELENA DE JESUS DA ROSA
ADVOGADO : Andrea Marta Vasconcellos Ritter
APELADO : CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : Simone Rodrigues Ferreira
: Ricardo Goncalvez Tavares

Certifico que, o(a) 4ª TURMA ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO AO APELO.

RELATOR : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
ACÓRDÃO
VOTANTE(S) : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
: Des. Federal EDGARD A LIPPMANN JUNIOR
: Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI

Regaldo Amaral Milbradt
Diretor de Secretaria

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): REGALDO AMARAL MILBRADT:11574
Nº de Série do Certificado: 443553F9
Data e Hora: 17/12/2007 19:27:19

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.70.00.034437-3/PR

RELATOR : Juiz EDUARDO TONETTO PICARELLI
APELANTE : PAULO CESAR CAVALCANTE e outro
ADVOGADO : Wallace Eduardy Tesoni Barros
APELANTE : CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : Maria Adriana Pereira e outros
APELADO : (Os mesmos)

Acórdão Publicado no D.J.U. de 29/06/2005

EMENTA

CIVIL. SFI. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO EM MORA. INTIMAÇÃO PESSOAL OU PELO CORREIO COM AVISO DE RECEBIMENTO. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE. DANO MORAL.

De acordo com o art. 26 da Lei n. 9.514/97, para que a propriedade resolúvel do credor fiduciário se consolide é imprescindível que o devedor fiduciante seja intimado **pessoalmente**.

A notificação por edital somente pode ser realizada quando o fiduciante estiver em lugar incerto e não sabido (§4º do art. 26 da Lei n. 9.514/97).

Havendo suspeita de ocultação e como a Lei n. 9.514/97 não prevê o procedimento a ser adotado nessa hipótese, a intimação deve ser realizada na forma prevista nos arts. 227, 228 e 229 do CPC, aplicável analogicamente ao caso.

· Nulidade da intimação reconhecida.

Não há dano moral a ser ressarcido, pois foi a falta de pagamento das prestações que levou o credor a realizar os procedimentos para cobrar os valores que lhe são devidos, sendo que os meios empregados para cobrar a dívida, não obstante o equívoco quanto à forma, não foram desproporcionais, excessivos ou ofensivos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 01 de junho de 2005.

Juiz Federal Eduardo Tonetto Picarelli
Relator

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.70.00.034437-3/PR

RELATOR : Juiz EDUARDO TONETTO PICARELLI
APELANTE : PAULO CESAR CAVALCANTE e outro
ADVOGADO : Wallace Eduardy Tesoni Barros
APELANTE : CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : Maria Adriana Pereira e outros

APELADO : (Os mesmos)

RELATÓRIO

Trata-se de ação pelo procedimento comum ordinário ajuizada por PAULO CESAR CAVALCANTE e REGINA DAS GRAÇAS DE LARA contra a CEF, na qual buscam anulação de consolidação de propriedade decorrente de alienação fiduciária e indenização por dano moral.

Sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente a ação para anular a consolidação da propriedade, decorrente da alienação fiduciária (fls. 138/41). Os honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa foram compensados, arcando cada parte com os honorários dos seus respectivos patronos, diante da sucumbência recíproca. Custas pela metade, observando a gratuidade da justiça concedida aos autores.

Os autores apelaram (fls. 143/4) quanto ao indeferimento do pedido de indenização por danos morais, devendo ser adequados os ônus sucumbenciais.

A CEF apelou (fls. 148/52) alegando que procedeu de forma correta, não havendo que se falar em nulidade. Sustentou que não se faz primordial a notificação pessoal do fiduciante, sendo passível de aplicação analógica o disposto no art. 227 do CPC. Aduziu que não é necessária a notificação pessoal em se tratando da configuração da mora do fiduciante. Requereu a reforma da sentença, condenando a parte autora na totalidade dos ônus sucumbenciais.

Com contra-razões da CEF (fls. 157/63) os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Juiz Federal Eduardo Tonetto Picarelli
Relator

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.70.00.034437-3/PR

RELATOR : Juiz EDUARDO TONETTO PICARELLI
APELANTE : PAULO CESAR CAVALCANTE e outro
ADVOGADO : Wallace Eduardy Tesoni Barros
APELANTE : CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : Maria Adriana Pereira e outros
APELADO : (Os mesmos)

VOTO

Trata-se de Escritura Pública de Venda e Compra de Imóvel Residencial Concluído, Mútuo com Alienação Fiduciária em Garantia - Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI - Carta de Crédito Caixa com Utilização do FGTS dos Devedores/Fiduciantes celebrado em 28.12.2000 (fls. 14 e seguintes).

É fato incontroverso nos autos a inadimplência dos autores, o que originou a transferência da propriedade para a CEF.

Todavia, os autores alegam que não foram notificados para purgar a mora, o que torna nula a consolidação da propriedade imóvel em nome da credora fiduciária.

Procede a alegação dos autores, pois efetivamente houve descumprimento da forma, conforme passo a demonstrar.

O art. 26 da Lei 9.514/97 dispõe:

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

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a 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.

§ 2º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.

§ 3º A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído se encontrar em outro local, incerto e não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao oficial do competente Registro de Imóveis promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutra de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalidará o contrato de alienação fiduciária.

§ 6º O oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

*§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do *laudêmio*.*

§ 8º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27.

Interpretando-se o art. 26 da Lei n. 9.514/97, conclui-se que para que a propriedade resolúvel do credor fiduciário se consolide é imprescindível que o devedor fiduciante seja notificado **pessoalmente**.

Caso o fiduciante não seja encontrado, estando em lugar incerto e não sabido, situação que deverá ser certificada pelo oficial de Registro de Títulos e Documentos, a Lei determina que o oficial do competente Registro de Imóveis deve promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutra de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária (§4º do art. 26 da Lei n. 9.514/97).

No caso, não houve intimação pessoal dos fiduciantes, bem como não restou caracterizado que os fiduciantes estivessem em local incerto ou não sabido a fim de que fosse possível a notificação por edital.

Na ocasião foi certificado pelo Sr. Oficial que:

"Certifico que após diligências nos dias 05/02, 08/02, 16/02 em horários alternados sito a Rua/Av. Manoel Aristides Farias n. 263, não encontrando os Srs. Paulo César Cavalcante e Regina das Graças de Lara, procedi a entrega de uma via desta carta-notificação a Sra. Carla de Lara, irmã da notificanda, que assinou o recebimento.

O REFERIDO É VERDADE E DOU FÉ.

Curitiba, 16 de fevereiro de 2002. ("Sic", fl. 67 v.)

De acordo com a certidão do Sr. Oficial, presume-se que havia suspeita de ocultação dos fiduciários, pois o Oficial entregou a notificação para a Sra. Carla de Lara, supostamente irmã da devedora fiduciária Regina das Graças de Lara, dando os devedores fiduciários por notificados.

Equivocado o procedimento, pois se havia suspeita de ocultação e não prevendo a Lei n. 9.514/97 o procedimento a ser adotado para notificar os devedores, deveria o Sr. Oficial ter procedido nos termos dos arts. 227 a 229 do CPC, aplicável analogicamente ao caso, ou seja, deveria ter realizado a notificação com hora certa, intimando a pessoa da família que foi encontrada no local de que no dia imediato voltaria, a fim de realizar a notificação dos devedores, na hora que designasse.

Assim, como a comprovação da constituição em mora é imprescindível à validade da consolidação da propriedade, no caso de alienação fiduciária de coisa imóvel, nos termos da Lei 9.514/97, e não tendo havido regular notificação, deve ser mantida a sentença que considerou nula a consolidação da propriedade imóvel em nome da CEF.

Do dano moral.

Na apelação, a parte autora aduz que sofreu humilhação e dor causada pelos agentes da CEF. Diz que foi pessimamente tratada.

Não vislumbro qualquer dano moral, pois a CEF, embora tenha se equivocado quanto ao modo de realizar a consolidação da propriedade resolúvel, somente agiu para cobrar o seu crédito em razão do descumprimento do contrato por parte dos devedores, os quais deixaram de pagar as prestações do mútuo.

Em relação à configuração do dano moral, Sergio Cavaliere Filho leciona em sua obra Programa de Responsabilidade Civil, 4ª edição, Ed. Malheiros:

"Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos."

Se por ventura foi negado acesso a informações relativas à pessoa do devedor, tinha ele os meios judiciais para satisfazer o seu direito.

Assim, deve ser desprovido o apelo dos autores.

Uma vez negado provimento às apelações, nada há a ser alterado quanto à sucumbência.

Isso posto, nego provimento às apelações.

É o voto.

Juiz Federal Eduardo Tonetto Picarelli
Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.04.00.004369-1/RS

RELATOR : Juiz MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA
AGRAVANTE : SANDRA TEREZINHA SEIBERT
ADVOGADO : Ernani Dalbem Martins
AGRAVADO : CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, interposto contra decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada em ação revisional de contrato de mútuo imobiliário com alienação fiduciária (fls. 09).

Sustenta a parte agravante, em síntese, que deve ser vedada a sua inscrição nos cadastros restritivos de crédito, bem como a execução extrajudicial do imóvel na forma do DL 70/66, assegurando-se a sua manutenção na posse, tendo em vista a pendência de ação judicial em que se discute o contrato. Requer, ainda, seja autorizado o depósito mensal no valor de R\$600,00, nos termos do art. 50 da Lei 10.931/04.

É o breve relatório. Decido.

A ação ordinária em tela visa à revisão de contrato de mútuo imobiliário, com alienação fiduciária em garantia, firmado em 03/01/07 pelo sistema SAC de amortização, a ser pago em 180 meses, tendo como encargo inicial a prestação no valor de R\$882,68 (fls. 33/48).

Quanto a inclusão do mutuário nos cadastros restritivos de crédito, importa tecer algumas considerações sobre o contrato em referência. Cuida-se de financiamento habitacional, garantido por alienação fiduciária, na forma da Lei 9.514/97. A alienação fiduciária foi implantada nos contratos habitacionais sob a justificativa prática de morosidade na execução de hipotecas, tornando essa garantia em franco desuso. Assim, por essa nova fórmula contratual, o devedor-fiduciante perde a propriedade após 60 dias de inadimplência, ou seja, 02 prestações. Evidente a drasticidade da medida, sendo verdadeira espada apontada contra o devedor.

Outrossim, a alienação fiduciária veio implantar o chamado SFI, que diferentemente do SFH, possibilita ao credor a negociação dos *certificados de recebíveis*, de modo que o lucro da instituição financeira passa a ser integralmente contábil. De fato, após formalizar o contrato de financiamento, os valores a receber junto ao contrato são transferidos a terceiros, que passam a ser os credores da relação contratual.

Evidente os avanços dessa fórmula contratual para os interesses das instituições financeiras, que, por outro lado, retiram do mutuário qualquer fôlego para inadimplementos involuntários, ainda que se sujeitasse ao pagamento de penalidades moratórias para o inadimplemento.

Portanto, a inclusão do nome dos autores nos cadastros restritivos de crédito, em contratos com alienação fiduciária, além de mostra-se sem utilidade prática, evidencia o quanto a relação contratual se mostra unilateral e drástica contra o mutuário, impondo verdadeiro temor quanto ao destino de um contrato com fórmulas tão estreitas.

Por outro lado, o depósito judicial das parcelas pelo valor que entende devido o mutuário, tem sido aceito por esta 4ª Turma, entendendo ser possível a cumulação de pedido de rito comum e especial, desde que seja adotado o rito ordinário, forte no disposto no art. 292, § 2º do CPC, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. SFH. AÇÃO CONSIGNATÓRIA. CUMULAÇÃO COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

POSSIBILIDADE. ART. 23 DA LEI Nº 8.004/90. REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES. PES/CP. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA VIA JUDICIAL. PROVA PERICIAL. INSUFICIÊNCIA DOS DEPÓSITOS. EFEITOS.

(...) omissis

4. Podem ser cumulados os pedidos revisional, de repetição do indébito e consignatório, pois nas relações de trato sucessivo não há incompatibilidade entre os pedidos consignatório e de restituição, sendo possível que o mutuário demande em juízo o depósito das prestações no valor que entende devido, e que pleiteie, paralelamente, a restituição das quantias que pagou a maior anteriormente ao ajuizamento da ação, bem como quanto aos depósitos efetuados em juízo.

(AC nº 2000.71.08.001075-5/RS, Rel. Des. Federal Valdemar Capeletti, publicado no D.J.U. de 25/10/2006)

Ademais, quanto aos depósitos dos valores incontroversos das parcelas vincadas, o art. 50 da Lei 10.931/04 estabelece que o depósito dos valores que a parte entende incontroversos devem ser entregues diretamente ao agente financeiro para abatimento do contrato. Assim, o depósito do valor incontroverso, de acordo com a dita Lei, deve continuar sendo pago diretamente à instituição financeira credora, afastando-se, assim, a ação consignatória.

Anoto, por fim, que a Lei nº 9.514/97 em seu art. 39, inc. II permite a aplicação subsidiária das disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70/66. No entanto, o entendimento desta Turma é no sentido de que uma vez ajuizada a ação de revisão contratual de mútuo habitacional, há impedimento de execução extrajudicial da dívida pelo credor, devendo os autores serem mantidos na posse do imóvel.

Diante do exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo ativo para que a ré fique impedida de inscrever a parte autora nos cadastros restritivos de crédito e de promover de execução extrajudicial da dívida, bem como para autorizar o depósito dos valores indicados pelo mutuário.

Comunique-se ao Juízo de origem. Intime-se a Agravada na forma do art. 527, V, do CPC. Após, voltem conclusos.

Porto Alegre, 11 de março de 2008.

Juiz Márcio Antônio Rocha
Relator

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002.70.00.075265-3/PR

RELATOR : Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI
APELANTE : CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : Everly Dombek Floriani
APELANTE : GUILHERME BERNARDI e outro
ADVOGADO : Monroe Fabricio Olsen e outro
APELADO : (Os mesmos)

D.E.

Publicado em 04/12/2007

EMENTA

CIVIL. MÚTUO HIPOTECÁRIO. SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. DEPÓSITOS JUDICIAIS. MORA. SEGURO. CONTRATO SINALAGMÁTICO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. EFEITOS DA REVELIA. PROVA PERICIAL. DOCUMENTOS. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LIMITE DE JUROS ANUAIS. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO. MANTIDA A SUCUMBÊNCIA. PREQUESTIONAMENTOS.

Tendo em vista que em decorrência do direito essencial de todo devedor ao pagamento da dívida e, especialmente no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, com fulcro nas Leis nº 4.380/64 e 8.692/93, os valores pagos pelos mutuários devem ser destinados, prioritariamente, à quitação dos acessórios, parcela de amortização e, por último, dos juros, nesta ordem, como forma, inclusive, de se vedar a prática abusiva de anatocismo, verificada quando da incorporação de juros impagos ao saldo devedor principal, e em face à ilegalidade da cláusula contratual que manda priorizar o pagamento de juros remuneratórios.

Os depósitos judiciais elidem os efeitos moratórios nos limites dos valores consignados, recaindo a mora somente nas diferenças não pagas ou decorrentes da respectiva insuficiência verificada nos autos.

Está demonstrado que o prêmio de seguro foi reajustado de acordo com os índices de remuneração básica aplicado aos depósitos de poupança, mesmo critério para a prestação e o saldo devedor.

Não é razoável que, em se tratando de contrato sinalagmático, o credor, mesmo tendo descumprido obrigações de sua responsabilidade possa exigir o adimplemento da obrigação do devedor por meio de execução extrajudicial.

Ainda que tenha sido considerado revel o réu ao contestar a ação fora do prazo legal, pode juntar documentação na fase de instrução processual.

Há compatibilidade da produção de perícia com a revelia.

Não é vedada manifestação do ré revel nos autos conforme teor do parágrafo único do art. 322 do CPC.

É pacífico o entendimento de que os efeitos da revelia, quanto à veracidade dos fatos, não são absolutos.

A instituição bancária que concede crédito é fornecedora de um produto consumível pelo mutuário, este na condição de destinatário final se vier a utilizá-lo como utilidade pessoal. Aplicabilidade, pois, do CDC aos contratos de mútuo hipotecário. Súmula 297 do STJ.

Em se tratando de contrato de financiamento habitacional cujos recursos financeiros empenhados são próprios do agente financeiro, inaplicam-se as normas do Sistema Financeiro da Habitação e sim da Lei nº 9.514/97 (Sistema de Financiamento Imobiliário).

A regra do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar. Em sendo contrato regido pelos ditames do SFI, não se aplica a Lei 4.380 ou a Lei nº 8.962.

Inteiro Teor (1944639)

Página 2 de 15

Conquanto admissível a incidência das normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor a contratos de financiamento habitacional, não há, no caso dos autos, nenhum efeito prático decorrente de sua aplicabilidade.

Não há violação ao art. 8º da convenção americana de direitos humanos na execução extrajudicial frente à garantia de acesso ao Judiciário insculpida no art. 5º inc. XXXV da CRFB.

Não havendo prova da má-fé do agente mutuante, descabe cogitar em devolução de valores em dobro.

Mantidos os ônus da sucumbência, pois fixados em observância ao parágrafo único do art. 21 do CPC.

Prequestionados os dispositivos de legislação citados pela parte na apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da CEF, negar provimento ao agravo retido da parte autora e conhecer em parte da apelação e, na parte conhecida, negar provimento, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 14 de novembro de 2007.

VALDEMAR CAPELETTI

Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): VALDEMAR CAPELETTI

Nº de Série do Certificado: 42C50B8B

Data e Hora: 19/11/2007 15:55:56

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002.70.00.075265-3/PR

RELATOR : Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI
APELANTE : CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : Everly Dombeck Floriani
APELANTE : GUILHERME BERNARDI e outro
ADVOGADO : Monroe Fabricio Olsen e outro
APELADO : (Os mesmos)

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Guilherme Bernardi e outro contra a Caixa Econômica Federal - CEF, onde pleiteiam a revisão de contrato de financiamento habitacional e a anulação de execução extrajudicial.

Em apenso, ação cautelar de suspensão da execução extrajudicial (proc. 2002.70.00.067391-1).

Foi julgada parcialmente procedente a ação, para invalidar a execução extrajudicial promovida pela ré em face dos autores com base no contrato de mútuo de que trata a escritura constante às fls. 41/50; revisar o parágrafo segundo da cláusula quarta do contrato referido na alínea anterior, determinando que, caso ocorra o que nela se prevê, a ré se limite a atualizar o valor de juros excedente segundo os mesmos critérios de atualização do saldo devedor, sem incidência de juros remuneratórios; revisar o preceito de cálculo da parcela do seguro pertinente à cobertura por morte e invalidez permanente, determinado que essa parcela seja calculada aplicando-se o percentual de 0,000648% sobre o valor efetivo do saldo devedor no mês da atualização; e condenar a CEF a refazer a evolução financeira do contrato em debate seguindo a revisão determinada por esta sentença, apurando: (i) o valor da prestação efetiva devida mês a mês durante a vigência do contrato; (ii) as diferenças entre o que era devido e o que foi pago; (iii) o montante de diferenças vencidas até o mês do recálculo. Para a efetivação do cálculo (iii), deverá a CEF aplicar: entre o mês do pagamento e dezembro de 2002 (fls. 82/84), a atualização pela TR, os juros remuneratórios, juros moratórios e a multa contratual de 2%; e, entre dezembro de 2002 e o mês do recálculo, atualização monetária pela TR e juros remuneratórios.

A CEF apela (fls. 480-496) sustentando em síntese:

- Inexistência de amortização negativa a ensejar o recálculo do saldo devedor determinado na sentença.

- Do não pagamento dos juros moratórios.

- Não restou comprovada a excessividade da taxa de seguros.

- Nenhuma irregularidade foi comprovada para que pudesse dar azo à nulidade da execução extrajudicial.

- Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

A parte autora apela (fls. 499-512) sustentando em suma:

- Apreciação do agravo retido da decisão que manteve nos autos os documentos juntados intempestivamente pela parte ré, e que não poderia a perícia ser considerada no que tange à matéria de fato ao responder ao quesitos da ré, havendo violação aos arts. 396, 397 e 426 do CPC.

- A sentença violou o art. 319 do CPC, pois todos os fatos deveriam ser considerados presumidamente verdadeiros.

- Aplicabilidade das normas do SFH, sendo violados os arts. 13 e 18 da Lei nº 4.380 c/c art. 4º § 7 da Lei nº 4.595 e com a Resolução nº 2.519 do CMN.

- Violação do art. 6º, "e", e art. 10, §1º, da Lei nº 4.380 em relação aos juros de 10% ao ano.

- Violação ao art. 25 da Lei nº 8.962 em relação ao limite de 12% ao ano.

- Violação do art. 253 do Código Comercial e art. 4º do Decreto-Lei nº 22.626/33 ao ser cobrado juros moratórios e remuneratórios - duplo anatocismo - sobre as parcelas em atraso (fl. 454).

- Violação do art. 6, "c", da Lei nº 4.380.

- Violação ao art. 8º da Convenção americana de direitos humanos ao permitir ao agente financeiro o início de nova execução extrajudicial.

- Violação ao art. 42 do CDC, ao não condenar a ré na restituição em dobro de valores pagos a maior.

- Violação ao art. 21 do CPC ao não distribuir de forma igualitária os ônus da sucumbência, com compensação mútua.

- Prequestiona as disposições dos artigos supra-referidos.

Contra-razões às fls. 522-534 e 536-545.

É o relatório.

VALDEMAR CAPELETTI

Relator

Inteiro Teor (1944639)

Página 4 de 15

estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:
Signatário (a): VALDEMAR CAPELETTI
Nº de Série do Certificado: 42C50B8B
Data e Hora: 19/11/2007 15:56:02

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002.70.00.075265-3/PR

RELATOR : Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI
APELANTE : CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : Everly Dombek Floriani
APELANTE : GUILHERME BERNARDI e outro
ADVOGADO : Monroe Fabricio Olsen e outro
APELADO : (Os mesmos)

VOTO

Trata-se de contrato de mútuo hipotecário firmado em 17 de março de 1999.

Quanto à apelação da CEF

INEXISTÊNCIA DE AMORTIZAÇÃO NEGATIVA A ENSEJAR O RECÁLCULO DO SALDO DEVEDOR DETERMINADO NA SENTENÇA

Mister distinguir, antes de mais nada, a prática de anatocismo - inadmissível nos contratos em exame - e a cobrança de juros capitalizados - forma de remuneração largamente praticada pelo mercado, inclusive sobre os depósitos em cadernetas de poupança, e expressamente prevista pela legislação do SFH, como adiante se verá.

O Sistema de Amortização Francês - Tabela Price -, o SACRE, bem como a incidência de uma taxa de juros nominal e outra efetiva, por si só, não significam prática de anatocismo.

Uma coisa é forma de cálculo dos juros, que pode ser simples - quando as taxas são somadas umas às outras - ou composta - em que as taxas são multiplicadas.

O cálculo da forma composta parte da fixação de um percentual anual de juros (taxa nominal). Entretanto, como a periodicidade de pagamento das prestações é mensal, faz-se necessário decompor a taxa anual para se poder calcular o valor de juros a ser pago no mês, o que se obtém pela simples divisão da taxa nominal pelo número de meses do ano. E, justamente da aplicação desta taxa mensal de juros, durante o período de doze meses, resulta uma taxa anual diferenciada daquela nominal, originalmente estabelecida: trata-se, pois, da taxa efetiva.

A cobrança de juros compostos em contratos do Sistema Financeiro da Habitação foi legal e expressamente autorizada, por exemplo, pela RC 36/69 do BNH, item 3; Resolução n.º 1.446/88 do BACEN, item VII, alínea 'c', e item VIII, alínea 'd'; e Lei n.º 8.692/93, art. 25.

Sobre a legalidade da incidência de taxas distintas bem como da cobrança mensal de juros, a 4ª Turma deste Tribunal já firmou entendimento, conforme precedentes que trago à colação:

"PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. FALTA DE PREPARO. LEGITIMAÇÃO

PASSIVA. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL POR CATEGORIA PROFISSIONAL- AUTÔNOMOS. SALDO DEVEDOR. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS.

(...)

3. O mecanismo de amortização mensal dos juros, juntamente com parcela do capital, implica em efeito idêntico ao de sua capitalização. Esse efeito capitalização não decorre especificamente da atualização da Tabela Price, e sim de qualquer sistema de pagamento antecipado ou periódico dos juros, pois tanto vale capitalizar os juros, como descontá-los do pagamento do capital.

4. No âmbito do Sistema Financeiro de Habitação há expressa autorização para cobrança mensal dos juros já que o art. 6º da Lei 4.380/64 dispõe que seus benefícios só serão aplicáveis aos contratos em que "ao menos parte do financiamento, ou do preço a ser pago, seja amortizado em prestações mensais sucessivas de igual valor, antes do reajustamento, que incluam amortizações e juros". Desse modo esse efeito-capitalização, decorrente do pagamento mensal dos juros, tem suporte legal.

(...)

AC 2000.04.01.006651-2. TRF4ª R. Rel. Juiz Antônio Albino Ramos de Oliveira (convocado), DJ 16.08.2000. "PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. ADMINISTRATIVO. CAUTELAR. SFH. CONTRATO DE MÚTUO HIPOTECÁRIO. LEGITIMIDADE DA CEF. PARA QUESTÕES DO SEGURO HABITACIONAL. CRITÉRIO DE REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES. PES. SALÁRIO-MÍNIMO. CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR. SUBSTITUIÇÃO DA TR PELO INPC. APLICAÇÃO DO IPC DE MARÇO/90. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS NÃO CONFIGURADA. LEGALIDADE.

(...)

3. Não configura ilegalidade a utilização do sistema de amortização introduzido pela Tabela Price nos contratos de financiamento habitacional, que prevê a dedução mensal da parcela de amortização e juros, a partir do fracionamento mensal da taxa convencionada, desde que observados os limites legais, conforme autorizam as Leis nº 4.380/64 e nº 8.692/93, que definem a atualização dos encargos mensais e dos saldos devedores dos contratos vinculados ao SFH

(...)

AC 2000.04.01.136542-0/PR. TRF4ª Reg. T4. Rel. Des. Federal Edgard Lippmann Júnior, DJ 04.04.2001, unânime.

Contudo, diferentemente da existência de previsão no contrato de incidência de uma taxa de juros nominal e outra efetiva ou do sistema de amortização, o que a lei repudia é a cobrança de juros sobre capital renovado, ou seja, sobre montante de juros não pagos, já resultantes da incidência de juros compostos (capitalizados).

Tendo em vista que o pagamento da dívida é, além de uma obrigação, um direito do devedor, nestes termos, impõe-se assegurar a destinação prioritária dos valores pagos a título de encargos mensais à quitação integral dos acessórios, parcela de amortização e, por fim, dos juros, nesta ordem, como medida capaz assegurar a manutenção de um mínimo de equidade entre as partes e coibir a prática de cobrança abusiva de juros.

Neste sentido já se pronunciou o ilustre Juiz Eduardo Antônio Picarelli, quando do julgamento da AC nº 2000.70.09.000363-0/PR em 12.05.98, afirmando que:

" O uso da Tabela Price nos contratos do SFH encontra amparo legal nos arts. 5º e 6º, ambos da Lei nº 4.380/64, e parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.692/93.

Trata-se de sistema de amortização que permite apurar, de forma antecipada, o valor das prestações sucessivas, sendo estas compostas de parcela de amortização e de juros.

Assim, como a parcela de juros é paga mensalmente, quando do pagamento das prestações, não se pode falar na existência de cobranças de juros capitalizados. Em consequência, sendo o valor da prestação suficiente para o pagamento integral das parcelas de amortização e de juros, não haverá acréscimo de juros ao saldo devedor, pois os juros não serão incorporados ao capital, ou seja, não haverá cobrança de juros sobre juros.

O problema surge na hipótese em que venha ocorrer amortização negativa (o valor da prestação não é suficiente para o pagamento da parcela de juros, obedecida a preferência quanto ao pagamento desta parcela, nos termos do art. 993 do CC). Nestes casos, como o valor da prestação não foi suficiente para o pagamento da parcela dos juros, esta parcela passa a fazer parte do saldo devedor.

Como a parcela de juros que compõe a prestação é calculada com base no saldo devedor atualizado, não tendo sido deste deduzida a parcela relativa aos juros não pagos, haverá capitalização mensal dos juros.

Dessa forma, a capitalização dos juros ocorre nos contratos vinculados ao SFH quando da amortização é negativa. A capitalização dos juros ocorre nos contratos vinculados ao SFH quando a amortização é negativa. A capitalização, neste caso, é mensal, vedada pela lei de Usura (Dec. 22.626/33, art. 4º), conforme a Súmula

121 do E. Supremo Tribunal Federal.

Assim, inexistindo base legal que autorize a capitalização dos juros nos financiamentos no âmbito do SFH, sendo vedada a capitalização por período inferior a doze meses, deve ela ser excluída no período vedado. Repito que a capitalização corre, no meu entender, somente quando a amortização negativa."

Corroborando esse entendimento, considero oportuna a transcrição da brilhante explanação sobre a matéria feita pelo ilustre Juiz Federal Márcio Antônio Rocha, quando do julgamento da ação ordinária 2001.70.00.003973-7/PR, no âmbito da Vara Federal do Sistema Financeiro da Habitação da Seção Judiciária do Paraná:

"É sofista o argumento e a decisão que defende a existência de uma regra Price que, na prática, não é cumprida, e tem seus resultados nulificados.

Para a existência de um contrato de mútuo verdadeiro, não-simulado, é da natureza do negócio jurídico que o valor seja amortizado pelos pagamentos a serem realizados. Pagar a dívida se trata de um dever e de um direito subjetivo do devedor. Por correspondência, trata-se de um dever e de direito subjetivo do credor receber parcelas de amortização. Sem o pagamento da amortização, o mútuo se transforma em obrigação eterna, em vitalícia remuneração de juros, firmando contrato que, se válido fosse, equivaleria a escravidão financeira. (...)

O fato certo é que as Leis 4.380/64 e 8.692/93, determinam a existência de amortizações nas parcelas, como pressuposto de atuação no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação.

Frente a esse quadro legislativo, padece de ilegalidade qualquer conduta, cláusula contratual ou instrumento normativo inferior que se direcione a subtrair o poder de amortização das parcelas nos financiamentos no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. (...)

A questão que se coloca, é saber, não se a prestação deve ter percentual de amortização. Mas entre a priorização dos juros ou dos percentuais de amortização, qual enseja maior distanciamento dos objetivos da relação contratual pretendida e menor ferimento do Sistema Price (...).

E aí surge a autorização judicial para intervenção, pois comprovado à saciedade que o cumprimento contratual da forma que se encontra não realiza os objetivos contratuais, a revisão judicial se ergue como solução autorizada, aos fins de perscrutar e impor uma forma de conduta, que mais se aproxime com da vontade original das partes, de andarem pelo trilho do sistema de amortização escolhido. (...)

Ora, a regra básica financeira, essencial do contrato em apreciação, é a devolução do capital mutuado, no prazo estabelecido e com a incidência dos juros pactuados. Se a Instituição Financeira soube ou não avaliar a capacidade de endividamento do mutuário, se estava o contrato obrigado a seguir recomendações governamentais, se o contrato seguindo a tais regras não foi possível de gerar os lucros esperados pela Instituição credora, isso não lhe exime de sua responsabilidade, e não autoriza a deformação do contrato, que não é feito com o objetivo de garantir juros à Instituição Financeira, adulterando-o para um contrato irrealizável, sem fim, e cuja natureza é totalmente alterada inclusive com perda do próprio imóvel que visava garantir a aquisição. (...)"

Portanto - e tendo em vista que, mesmo inexistindo violação direta dos critérios de correção dos encargos mensais ou do saldo devedor por qualquer das partes contratantes, tanto mais neste caso, existe grande probabilidade de que, num ambiente inflacionário, o sistema de amortização venha a ser comprometido pelo fato de o valor do encargo mensal, em determinado momento, tornar-se insuficiente para cobrir os acessórios (seguro, FCVS, taxa de administração, etc.), parcela de amortização e juros - não resta dúvida de que, entre priorizar-se o pagamento de juros ou da parcela de amortização, esta segunda hipótese é a que mais se coaduna com os fins maiores do contrato, que é, senão, o de propiciar a aquisição da casa própria.

Expõe Gilson Luiz Inácio, *in* Direito Social à Moradia e a Efetividade do Processo, que "A moradia expressamente prevista no texto constitucional como direito social, é merecedora de especial atenção por parte do Poder Público. (...) A inclusão do direito à moradia no texto constitucional como direito social implica obrigação para o Estado em adotar políticas públicas socialmente ativas, de modo a conferir efetividade a esse direito. (...) Ainda que essa norma não gere, de imediato, eficácia social, o seu efeito principal, em razão da sua supremacia, é acarretar a revogação da ordem jurídica naquilo que com ela for incompatível; devendo, por isso mesmo, haver, por parte do Poder Legislativo, revisão da legislação em vigor que seja materialmente desconforme com a multicitada Emenda Constitucional 26/00. Enquanto se espera a confecção do veículo legislativo apropriado para remoção de tais incompatibilidades, torna-se imprescindível, pelo Poder Judiciário, a adoção de posturas tendentes ao

afastamento de certas condutas e procedimentos, buscando-se, mediante exercício de parcela do poder do Estado, a concretização da Justiça Social.(...) Consagrada assim como direito social, a moradia deve ser implementada progressivamente pelo Poder Público, ao qual incumbe a adoção de posturas que efetivamente concretizem o referido direito, realizando, assim, além da justiça social, a justiça geral, em face dos deveres das pessoas em relação à sociedade, corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade em benefício dos interesses comunitários." (pp.41/8).

Ademais, e conquanto se tenha priorizado, num primeiro momento, a liquidação das parcelas de amortização, no acerto de contas final, o credor não deixará de receber um centavo do que lhe é devido (ou seja, o principal, atualizado monetariamente, acrescido de juros remuneratórios e moratórios quando for o caso), sendo excluído, tão-somente, o montante de juros cobrados sobre juros remuneratórios impagos.

Esta, ao meu ver, a melhor forma de se assegurar a observância das finalidades precípuas do contrato e de atender e conciliar os interesses das partes.

E sobre o reconhecimento do referido direito frente ao disposto no art. 354 do Novo Código Civil, mais uma vez, valho-me das palavras do ilustre Juiz Federal Márcio Antônio Rocha (2001.70.00.003973-7/PR):

"A inflação, as cláusulas contratuais impróprias, o déficit da política salarial, o desencontro de índices, nada disso faz parte do sistema de amortização. São defeitos da má elaboração contratual, e não do plano matemático deduzido no espelho contratual, que concentra a vontade primeira e essencial do vínculo contratual correto.(...).

*No entanto, o contrato prevê o Sistema Price, e assim essa é a regra a ser cumprida dada a incidência do brocardo "**pacta sunt servanda**", reclamado por ambas as partes.(...).*

*Quando as partes elegem um "**sistema de amortização**", convencionam que as amortizações e juros não terão distinções outras que não as próprias de cada sistema de amortização.(...).*

Portanto, escolher um sistema de amortização, mais que adotar essa ou aquela fórmula, é antes de tudo abdicar de estabelecer preferências, é adotar uma metodologia, uma convenção.

Sendo uma metodologia, sem interferência das paixões dos homens, não é compatível com o pagamento preferencial de uma outra parcela - de amortização e de juros. Qualquer uma delas que for preterida ou priorizada importa em variação de resultados. Ao se preferir as amortizações gera-se um saldo devedor formado por juros; ao se preferir o pagamento de juros, gera-se um saldo devedor de amortizações."

Nesse contexto, a regra geral do art. 354 do Novo Código Civil contraria frontalmente a disposição pactual sobre o sistema de amortização eleito. Logo, trata-se, na espécie, da exceção constante de forma expressa do próprio corpo da norma, que retira-lhe a aplicabilidade nas hipóteses de "estipulação em contrário", conforme se pode verificar:

*"Art. 354. Havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e, depois, no capital, **salvo estipulação em contrário**, ou se o credor passar a quitação por conta do capital." Grifei.*

Não bastasse, além dos contratantes, tanto a Lei nº 4.380/64, quanto a Lei nº 8.692/93, estabelecem, para as operações firmadas no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, que toda a prestação mensal deve conter parcela de amortização e de juros (arts. 6º, 'c', e 2º, parágrafo único, respectivamente):

"Art. 6.(...)

c) ao menos parte do financiamento, ou do preço a ser pago, seja amortizado em prestações mensais, sucessivas, de igual valor, antes do reajustamento, que incluam amortizações e juros."

"Art. 2º (...)

Parágrafo único. Defini-se como encargo mensal, para efeitos desta Lei, o total pago, mensalmente, pelo beneficiário de financiamento habitacional e compreendendo a parcela de amortização e juros, destinada ao resgate do financiamento concedido, acrescida de seguros estipulados em contrato."

E a Lei nº 8.692/93 vai adiante, estabelecendo que "Durante todo o curso do contrato, a instituição credora manterá demonstrativo da evolução do saldo devedor do financiamento, discriminando o valor das quotas mensais de amortização calculadas em valor suficiente para a extinção da dívida no prazo contratado, bem como as quotas mensais de amortização efetivamente pagas pelo mutuário."

Desta forma, a prática adotada pelo agente financeiro de imputar os pagamentos efetuados a título de encargos mensais primeiramente aos juros, carece de respaldo jurídico, infringe a lógica operacional do sistema de amortização eleito, viola diretamente as Leis nº 4.380/64 e 8.692/93, e o princípio da força obrigatória dos contratos.

Em conclusão, a regra geral do art. 354 do Novo Código Civil, por incompatibilidade com as Leis nº 4.380/64 e 8.692/93; com o sistema de amortização pactuado (Tabela Price) e com o princípio da força obrigatória dos contratos; com o direito essencial de todo devedor ao pagamento da dívida; com a finalidade social dos contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação; e com a vedação à prática de anatocismo, não tem aplicabilidade ao contrato em exame.

Embora não tenha havido a ocorrência de amortizações negativas entendo que não merece reparos a sentença que mandou recalculer a evolução da dívida tendo em vista que em decorrência do direito essencial de todo devedor ao pagamento da dívida e, especialmente no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, com fulcro nas Leis nº 4.380/64 e 8.692/93, os valores pagos pelos mutuários devem ser destinados, prioritariamente, à quitação dos acessórios, parcela de amortização e, por último, dos juros, nesta ordem, como forma, inclusive, de se vedar a prática abusiva de anatocismo, verificada quando da incorporação de juros impagos ao saldo devedor principal, e em face à ilegalidade da parágrafo segundo da cláusula quarta do contrato que manda priorizar o pagamento de juros remuneratórios.

DOS JUROS MORATÓRIOS

Entendo que os depósitos judiciais elidem os efeitos da mora nos limites dos valores consignados, recaindo a mora somente nas diferenças não pagas ou decorrentes da respectiva insuficiência verificada nos autos.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. REVISIONAL DE DÉBITO. DEPÓSITO DO VALOR QUE SE ENTENDE DEVIDO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARALISAÇÃO. REGISTRO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O efeito prático das ações revisionais é, a priori, a adequação do valor das prestações aos parâmetros contratuais e legais; o escopo é o pagamento do quantum que, no entendimento do autor, é o devido. Ao requerer, pois, a autorização para o depósito das parcelas do financiamento na ação ordinária, a parte demandante nada mais pretende do que obter por antecipação os efeitos que só lhe seriam entregues ao final da causa, qual seja, o pagamento no formato que entende de direito. 2. O fato de não ser possível o dimensionamento imediato das parcelas na sua correspondência com o valor a ser declarado jurisdicionalmente correto não constitui empecilho à realização dos depósitos, pois, estes são da inteira responsabilidade da parte autora - que terá de arcar com os efeitos da sua eventual insuficiência. Assim, até que resolvida em definitivo a lide, poderá ser efetuado o depósito dos valores tidos como corretos. 3. Na medida em que na execução extrajudicial não é contemplada a defesa do devedor, cujo exercício não lhe pode ser sonogado, não há fundamento para erigir-se a execução extrajudicial à dignidade da intangibilidade, devendo ser paralisada ante a precedência da ação judicial revisional. 4. Não é razoável submeter o litigante aos nefastos efeitos da inclusão em registro de devedores inadimplentes, dado ser legítima a sua pretensão de discutir eventual abusividade dos consectários aplicados sobre o débito principal sem ficar sob a ameaça de sofrer abalo de crédito ou de imagem. (TRF4, AG 2004.04.01.036458-9, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ 16/03/2005)

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA INDEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. REVISIONAL. CADASTROS DE INADIMPLENTES. OPORTUNIDADE DE DEPÓSITO JUDICIAL DA PARTE INCONTROVERSA. (...)

- O depósito judicial em ações ordinárias é de ser deferido, por se tratar de pretensão voluntária, não

atrelada a qualquer contraprestação da parte contrária. (TRF4, AG 2005.04.01.028218-8, Primeira Turma Suplementar, Relator Edgard Antônio Lippmann Júnior, DJ 08/02/2006)

DA EXCESSIVIDADE DA TAXA DE SEGUROS

A regra geral é que estes valores sejam automaticamente reajustáveis pelo mesmo critério dos encargos mensais, embora possam sofrer aumentos não necessariamente vinculados a tal critério, como, por exemplo, os decorrentes de Circulares da SUSEP que, em novembro/89, majorou os prêmios de seguro de contratos assinados até 28.02.1986 em 90% (Circular nº 24) e, em 1999, reduziu-os pelo índice de 60% do valor vigente em maio/94 (Circular nº 06). Assim, mesmo que se constate a correção dos reajustes aplicados às prestações, podem as taxas de seguro não estarem sendo cobradas pelo valor devido e, conseqüentemente, repercutirem nos valores finais dos encargos mensais.

Conforme a prova constantes nos autos (fl. 305), está demonstrado que o prêmio de seguro foi reajustado de acordo com os índices de remuneração básica aplicado aos depósitos de poupança, mesmo critério para a prestação e o saldo devedor (cláusula primeira e cláusula sétima, parágrafo primeiro - fls. 129 e 131).

Dessa forma, merece reparos a sentença recorrida.

NULIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

Nesse ponto, o apelo tem de ser improvido porque havendo comprovado abuso do agente financeiro ao priorizar o pagamentos dos juros na amortização da dívida, não tem ele legitimidade para ajuizar a execução da dívida, tendo em vista o caráter sinalagmático do contrato de financiamento habitacional.

Determinada judicialmente a revisão do contrato mediante retificação de excessos praticados pelo agente financeiro, impõe-se assegurar o direito do devedor de pagar por aquilo que realmente deve.

Não me parece razoável que, em se tratando de contrato sinalagmático, o credor, mesmo tendo descumprido obrigações contratuais de sua responsabilidade, possa exigir o adimplemento da obrigação dos devedores.

Ademais, evidencia-se, a partir da parcial procedência do pedido revisional que o agente mutuante cobra valores superiores ao devido, restando o título que embasa a execução carecedor de liquidez e certeza. Não pode ser legitimado procedimento de execução extrajudicial de dívida fundado em valores abusivos e excessivos.

APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A entrada no mundo jurídico do Código de Defesa do Consumidor em setembro de 1990, trouxe ao país um ordenamento moderno no que diz com o direito obrigacional. Ali, houve disciplina específica acerca dos direitos dos consumidores (e equiparados) em relação aos fornecedores de produtos e serviços.

O regramento prevê uma série de direitos aos consumidores, pólo mais fraco na relação de consumo, trazendo, em conseqüência, uma série de deveres aos fornecedores de produtos e serviços, encarado como o sujeito mais forte da relação. Talvez em virtude desses direitos tenham havido muitas considerações, na doutrina e jurisprudência, acerca do alcance das regras e princípios da lei consumerista.

Com pertinência ao alcance das regras às instituições bancárias, o art. 3º, § 2º, do CDC, não deixa a mínima dúvida quando disciplina a submissão daquelas como prestadoras de serviço. No mesmo sentido vem decidindo a Corte Superior: REsp 436.815/DF, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrihgi,

DJ 28-10-02, p. 313, unânime, RSTJ 163/329; AGA 465.114/DF, 4a Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 31-3-03, p. 232, unânime.

O problema ganha outros contornos, todavia, quando se implementa discussão com relação ao produto fornecido pelas instituições bancárias, qual seja, o crédito.

Nelson Nery Júnior (In: *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 372) preleciona que "O aspecto central da problemática da consideração das atividades bancárias como sendo relações jurídicas de consumo reside na finalidade dos contratos realizados com os bancos. Havendo a outorga do dinheiro ou do crédito para que o devedor o utilize como destinatário final, há a relação de consumo que enseja a aplicação dos dispositivos do CDC. Caso o devedor tome dinheiro ou crédito emprestado do banco para repassá-lo, não será destinatário final e portanto não há que se falar em relação de consumo. Como as regras normais de experiência nos dão conta de que a pessoa física que empresta dinheiro ou toma crédito de banco o faz para sua utilização pessoal, como destinatário final, existe aqui uma presunção *hominis, juris tantum*, de que se trata de relação de consumo, quer dizer, de que o dinheiro será destinado ao consumo".

A partir disso, entendo que a interpretação acertada que se deva dar à discussão leva a um direcionamento no sentido de que a instituição bancária que concede crédito é fornecedora de um produto consumível pelo mutuário, este na condição de destinatário final se vier a utilizá-lo como utilidade pessoal. Logo, *in casu*, havendo certeza de que o crédito fora para utilização da compra de bem pessoal (utilidade pessoal), não há como não enquadrar a instituição bancária como fornecedor de produto (no caso, crédito), evidenciado-se, em conseqüência, que os princípios que norteiam o CDC devem ser aplicados nos contratos de mútuo hipotecário.

Colendo Superior Tribunal de Justiça já consagrou o entendimento de que "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*" (Súmula 297).

Quanto à apelação da parte autora

DO AGRAVO RETIDO

Não há fundamento legal para que sejam desentranhados os documentos do agente financeiro, ainda que tenha sido considerado revel o réu ao contestar a ação fora do prazo legal, pois a referida documentação foi juntada ainda na fase de instrução processual.

Assim o STJ decidiu em casos análogos:

Processo civil. Recurso especial. Revelia. Deferimento de produção de provas pelo réu revel. Possibilidade. - Admite-se que o réu revel produza contraprovas aos fatos narrados pelo autor, na tentativa de elidir a presunção relativa de veracidade, desde que intervenha no processo antes de encerrada a fase instrutória. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 677720/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10.11.2005, DJ 12.12.2005 p. 375)

PROCESSO CIVIL. REVELIA. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. REQUERIMENTO DE PROVAS PELO RÉU REVEL. POSSIBILIDADE. LIMITES. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS AFIRMADOS NA INICIAL. CPC, ARTS. 322, 319, 320 E 330. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A presunção de veracidade dos fatos afirmados na inicial, em caso de revelia, é relativa, devendo o juiz atentar para a presença ou não das condições da ação e dos pressupostos processuais e para a prova de existência dos fatos da causa. Desse modo, pode extinguir o feito sem julgamento de mérito ou mesmo concluir pela improcedência do pedido, a despeito de ocorrida a revelia.

II - A produção de provas visa à formação da convicção do julgador acerca da existência dos fatos controvertidos, conforme o magistério de Moacyr Amaral Santos, segundo o qual "a questão de fato se decide pelas provas. Por estas se chega à verdade, à certeza dessa verdade, à convicção. Em conseqüência, a prova

visa, como fim último, inculir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado" (Prova Judiciária no Cível e Comercial, vol. I, 2a ed., São Paulo: Max Limonad, 1952, nº 5, p. 15).

III - Comparecendo antes de iniciada a fase probatória, incumbe ao julgador sopesar a sua intervenção e a pertinência da produção das provas, visando a evidenciar a existência dos fatos da causa, não se limitando a julgar procedente o pedido somente como efeito da revelia.

IV - A produção de provas requeridas pelo revel limita-se aos fatos afirmados na inicial.

V - Sem o cotejo analítico entre o acórdão impugnado e os arestos trazidos a confronto, não se caracteriza a divergência jurisprudencial hábil a ensejar o acesso à instância especial.

(REsp 211851/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10.08.1999, DJ 13.09.1999 p. 71)

PROCESSUAL CIVIL. REVELIA. PRODUÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. ENCERRAMENTO DA FASE INSTRUTÓRIA. LIMITES. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ARTS. 322 E 330 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES. AGRADO INTERNO DESPROVIDO.

I - Nos termos do art. 322, parágrafo único do Código de Processo Civil, o réu revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar. Assim, caso intervenha no processo antes de encerrada a fase instrutória, poderá o revel requerer a produção de provas. Precedentes.

II - Na hipótese dos autos, mesmo sendo citado, o réu não apresentou contestação no prazo legal, restando caracterizada a revelia.

Ainda, somente quando os autos já estavam conclusos para sentença - ou seja, após a eventual fase instrutória - o réu apresentou petição juntando documentos a fim de fazer contra-prova aos fatos alegados pelo autor. Neste contexto, nos moldes do entendimento deste Tribunal acerca do tema, efetivamente era inadmissível a produção de provas pelo réu, sendo escorreito o procedimento adotado pelo Juiz ao aplicar o disposto no art. 330, II do Código de Processo Civil.

Precedentes.

III - Agravo interno desprovido.

(AgRg nos EDcl no REsp 813.959/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 14.11.2006, DJ 18.12.2006 p. 495)

DA PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL

A revelia produz presunção de veracidade relativa quanto à matéria de fato porque "o efeito da revelia não dispensa a presença, nos autos, de elementos suficientes para o convencimento do juiz" (RSTJ 53/335).

A compatibilidade da perícia com a revelia encontra respaldo na jurisprudência deste TRF:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. REVELIA. PERÍCIA. INCOMPATIBILIDADE A presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor, em caso de revelia, é relativa e pode ceder diante de outros elementos de convicção presentes nos autos. O inc. IV do art. 334 do CPC é aplicável apenas às hipóteses de presunção absoluta de veracidade, devendo-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça. Não é incompatível a revelia com a produção de perícia. Agravo improvido. (TRF4, AG 2006.04.00.031654-6, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 20/06/2007)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FGTS. PERÍCIA GRAFOTÉCNICA. COMPROVAÇÃO DE SAQUE PELA AUTORA DOS VALORES DA CONTA VINCULADA AO FGTS. REVELIA DA CEF QUANTO À MATÉRIA. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXCLUSÃO.

1. Tendo a Seção de Criminalística da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado do Rio Grande do Sul concluído, por perícia grafotécnica, que a assinatura aposta no documento da fl. 78 é da autora, resta comprovado que foi ela quem efetuou o saque dos valores constantes da sua conta vinculada ao FGTS.

2. Comprovada a existência do saque, não há que se falar em revelia da CEF quanto à matéria.

(...)

(TRF4, AC 2001.71.08.002471-0, Quarta Turma, Relator Valdemar Capeletti, D.E. 01/10/2007)

Quanto aos quesitos do réu, entendo legal a sua observância na realização de laudo pericial,

pois não é vedada manifestação do revel nos autos conforme teor do parágrafo único do art. 322 do CPC.

VIOLAÇÃO AO ART. 319 DO CPC

Como já dito no tópico acima, é pacífico o entendimento de que os efeitos da revelia, quanto à veracidade dos fatos, não são absolutos, ocorrendo violação ao disposto no art. 319 do Código de Processo Civil.

Julgados do STJ, desta Corte e do STF:

"PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA RESCINDENDA FUNDADA EM REVELIA DA PARTE. FALSIDADE DOCUMENTAL. CABIMENTO.

- A revelia da parte, por si só, não inviabiliza o ajuizamento da ação rescisória.

- A revelia e a conseqüente presunção de veracidade do art. 319 do CPC não implicam, inexoravelmente, na procedência do pedido.

- o efeito da revelia não dispensa a presença, nos autos, de elementos suficientes para a persuasão do juiz. A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor é relativa, e não absoluta, podendo ceder frente às provas existentes nos autos, em consonância com o princípio do livre convencimento do juiz.

- Para rescindir julgado com base na alegação de falsidade da prova, necessário que a sentença rescindenda não possa subsistir sem a prova falsa.

- Não há como objetar o cabimento da ação rescisória assentada na falsidade de documentos que, se desconsiderados, derrubariam a presunção relativa de veracidade decorrente da revelia.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 723.083/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09.08.2007, DJ 27.08.2007 p. 223)"

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVELIA. EFEITOS. PRECLUSÃO (CPC, ART. 473). ENERGIA ELÉTRICA. MEDIDOR ADULTERADO. FRAUDE COMPROVADA. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 333, I E II, DO CPC, 3º, § 2º, 6º, VIII, 22, parágrafo único, 42, 47 E 51, IV E X, DO CDC, 1º E 6º, § 1º, DA LEI 8.987/95. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO PRETORIANO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. INADMISSIBILIDADE. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A presunção de veracidade dos fatos, gerada pela revelia (CPC, art. 319), é relativa e, no caso, foi afastada pelos elementos de prova existentes nos autos.

(...)

(AgRg no Ag 776.511/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.03.2007, DJ 30.04.2007 p. 289)"

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. REVELIA. PERÍCIA. INCOMPATIBILIDADE A presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor, em caso de revelia, é relativa e pode ceder diante de outros elementos de convicção presentes nos autos. O inc. IV do art. 334 do CPC é aplicável apenas às hipóteses de presunção absoluta de veracidade, devendo-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça. Não é incompatível a revelia com a produção de perícia. Agravo improvido. (TRF4, AG 2006.04.00.031654-6, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 20/06/2007)"

"AÇÃO REGRESSIVA. ACIDENTE DE TRABALHO. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA NÃO-COMPROVADAS. REVELIA. PRESUNÇÃO DA VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS RELATIVIZADA. Não-comprovada a negligência do empregador quanto às normas de segurança do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva que teria concorrido para a ocorrência do acidente que vitimou o empregado. A presunção de veracidade dos fatos alegados, em caso de revelia, é relativa e pode ceder diante de outros elementos de convicção presentes nos autos. (TRF4, REO 2003.72.02.005015-6, Quarta Turma, Relator Edgard Antônio Lippmann Júnior, DJ 25/10/2006)"

"PROCESSUAL. REVELIA. PAGAMENTOS JA EFETUADOS - ART-1241 E SEU PARAGRAFO ÚNICO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART-322 DO RI/STF. A REVELIA NÃO IMPLICA EM PRESUNÇÃO ABSOLUTA DOS FATOS ALEGADOS, MAS SIM A RELATIVA. SEM POSSIBILIDADE DE MODIFICAR-SE O ACÓRDÃO IMPUGNADO QUE, ANTE AS CIRCUNSTANCIAS DA HIPÓTESE, E EM FACE DO ART-1241 E SEU PARAGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO

Inteiro Teor (1944639)

Página 13 de 15

CIVIL ADMITIU A REALIZAÇÃO DE PERICIA, NA EXECUÇÃO, PARA VERIFICAÇÃO DE ELEMENTOS NECESSARIOS A COMPROVAÇÃO DO 'QUANTUM' INDENIZATORIO. O EXTRAORDINÁRIO, POR DISSIDIO JURISPRUDENCIAL, NÃO CABE CONHECIDO, SE DESATENDIDOS OS REQUISITOS DO ART-322 DO RI/STF.

(RE 96480/ RJ - Relator Min. ALDIR PASSARINHO, Julgamento: 15/02/1985, Segunda Turma, DJ 12-04-1985 PP-04935)"

APLICABILIDADE DAS NORMAS DO SFH

Em se tratando de contrato de financiamento habitacional cujos recursos financeiros empenhados são próprios do agente financeiro, inaplicam-se as normas do Sistema Financeiro da Habitação, por se tratar de financiamento direto com a instituição mutuante, conforme preâmbulo do contrato (fl. 42).

Não há qualquer menção de incidência de recursos do FGTS e do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo - SBPE

Assim o contrato em exame é regido pelas regras do Sistema de Financiamento Imobiliário previstas na Lei nº 9.514/97, em especial o art. 39 inciso I.

LIMITES DE JUROS

Em sendo contrato regido pelas normas do SFI, não se aplica a Lei 4.380 ou a Lei nº 8.962.

Os juros contratados à taxa nominal de 12% ao ano, correspondente à taxa efetiva de 12,6825% ao ano, enquadram-se perfeitamente dentro dos parâmetros praticados no mercado.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não auto-aplicabilidade ao art. 192, § 3º, da Constituição Federal, ficando sua efetividade condicionada à legislação infraconstitucional relativa ao Sistema Financeiro Nacional, principalmente à Lei nº 4.595/64, cujo art. 4º, inciso IX, atribui ao Conselho Monetário Nacional competência para limitar as taxas de juros e quaisquer outras remunerações de operações e serviços bancários ou financeiros, afastando, portanto, a incidência do Dec. nº 22.626/33. Não bastasse, a norma prevista no artigo em comento encontra-se revogada pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, e, não mais havendo tal limitação, resulta inócua a discussão acerca da eficácia limitada daquele dispositivo.

Nesse sentido:

"CIVIL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. JUROS. LIMITAÇÃO (12% A.A.). APLICAÇÃO DA LEI N. 4.595/64. INEXISTÊNCIA DE ONEROSIDADE EXCESSIVA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA. SÚMULAS N. 30 E 294-STJ. INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS CADASTRAIS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. POSSIBILIDADE. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUSTIÇA GRATUITA. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO. TEMAS PACIFICADOS.

Não se aplica a limitação de juros remuneratórios de 12% a.a., com base no Código de Defesa do Consumidor, aos contratos bancários não normatizados em leis especiais, sequer considerada excessivamente onerosa a taxa média do mercado. Precedente uniformizador da 2ª Seção do STJ, posicionamento já informado no despacho agravado. (...)."

STJ, AgRg no REsp. n.º 688.627/RS, 4ª Turma, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, unânime, DJU 23-5-2005.

COBRANÇA DE JUROS MORATÓRIOS E REMUNERATÓRIOS - DUPLO ANATOCISMO - SOBRE AS PARCELAS EM ATRASO

Ainda que a parte autora faça referência a documento de fl. 454, apresentado pela CEF, como prova da cobrança de juros remuneratórios e de mora sobre as prestações em atraso, tal matéria não consta na petição inicial, com o que não conheço do tópico recursal.

VIOLAÇÃO AO ART. 8º DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Não há desrespeito à aludida Convenção pois o devedor tem o direito abstrato de acionar o Poder Judiciário visando a suspensão e a anulação da execução extrajudicial fundada em excessos ou irregularidades praticadas pelo credor conforme garantido pelo art. 5º inc. XXXV da CRFB.

Improcede a pretensão recursal.

DA RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO EM DOBRO DOS VALORES PAGOS A MAIOR

Uma vez realizada a revisão do contrato nos termos em que ora assegurada, as diferenças pagas a maior pelos mutuários, apuráveis em liquidação de sentença, devem ser computadas, desde a data do efetivo pagamento, na amortização da dívida, admitindo-se a restituição em espécie de tais valores somente após a liquidação total da dívida.

Não havendo prova da má-fé do agente mutuante, descabe cogitar em devolução de valores em dobro.

Esta Turma tem assim decidido:

"FINANCIAMENTO HABITACIONAL. REVISÃO CONTRATUAL. CRITÉRIO DE REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. TAXA DE JUROS. CRITÉRIO DE REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR. CES. RESTITUIÇÃO DE VALORES. ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

(...)

6. Em havendo valores, cobrados a mais pelo agente financeiro, por conta de reajuste indevido das prestações, a restituição deve ocorrer com base no contido no art. 23 da Lei nº 8.004, de 14/3/1990. Não-comprovada litigância de má-fé, capaz de legitimar devolução, em dobro, de valores.

(...)"

(Apelação Cível nº 2003.70.00.012216-9/PR, Relator Des. Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior, Acórdão Publicado no D.J.U. de 08/11/2006, sessão de 11 de outubro de 2006)

DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA

Mantidos os ônus da sucumbência, pois fixados em observância ao parágrafo único do art. 21 do CPC.

PREQUESTIONAMENTOS

Prequestionados os arts. 21, 319, 396, 397 e 426 do CPC; arts. 13 e 18 da Lei nº 4.380 c/c art. 4º § 7 da Lei nº 4.595 e com a Resolução nº 2.519 do CMN; art. 253 do Código Comercial e art. 4º do Decreto-Lei nº 22.626/33; art. 6º, "c" e "e", e art. 10, §1º, da Lei nº 4.380; ao art. 25 da Lei nº 8.962; art. 8º da Convenção americana de direitos humanos; art. 42 do CDC.

DISPOSITIVO

Dou parcial provimento ao apelo da CEF para declarar que o valor do seguro seja mantido no patamar aplicado pelo agente financeiro por estar em consonância com a regra de regência e com o contrato firmado entre as partes.

Nego provimento ao agravo retido e conheço em parte do apelo da autora e, na parte conhecida, nego provimento.

Ressalto que embargos de declaração meramente procrastinatórios sujeitam a parte à multa de até 1% sobre o valor da causa, podendo ser elevada para 10% no caso de reiteração (parágrafo único do art. 583 do CPC).

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação da CEF, negar provimento ao agravo retido da parte autora e conhecer em parte da apelação e, na parte conhecida, negar provimento.

VALDEMAR CAPELETTI
Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): VALDEMAR CAPELETTI

Nº de Série do Certificado: 42C50B8B

Data e Hora: 19/11/2007 15:55:59
