

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA – CAMPUS XANXERÊ
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO LATU SENSU EM ADVOCACIA CIVIL E
EMPRESARIAL

ANA PAULA MASETTI

ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS DA LEI DE
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA QUE AUTORIZAM A RETOMADA DE IMÓVEIS
PELO CREDOR FIDUCIÁRIO EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL A
PROPRIEDADE

Xanxerê

2018

ANA PAULA MASETTI

ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS DA LEI DE
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA QUE AUTORIZAM A RETOMADA DE IMÓVEIS
PELO CREDOR FIDUCIÁRIO EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL A
PROPRIEDADE

Monografia apresentada a Universidade do Oeste de
Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do
título de Especialista em Advocacia Civil e Empresarial.

Orientador: Prof. Diogo Durigon

Xanxerê

2018

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA – UNOESC
CAMPUS DE XANXERÊ

DIRETORIA DE PESQUISA PÓS GRADUAÇÃO E EXTENSÃO

AVALIAÇÃO DE MONOGRAFIA

CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM ADVOCACIA CIVIL E EMPRESARIAL

ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS DA LEI DE
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA QUE AUTORIZAM A RETOMADA DE IMÓVEIS
PELO CREDOR FIDUCIÁRIO EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL A
PROPRIEDADE

AUTOR: ANA PAULA MASETTI

ORIENTADOR: DIOGO DURIGON

TITULAÇÃO: MESTRE

CONCEITO “ _____ ”

PARECER DO ORIENTADOR

DIOGO DURIGON

ORIENTADOR

RESUMO

O trabalho objetiva realizar uma análise da (in) constitucionalidade dos dispositivos da lei de alienação fiduciária nº 9.514 de 20 de novembro de 1997 que autorizam a retomada de imóveis pelo credor fiduciário nas hipóteses de inadimplemento e descumprimento contratual. A abordagem proposta detém pertinência diante do surgimento de programas com a finalidade de estimular a aquisição da propriedade privada que conseqüentemente culminou na formalização de diversos contratos com alienação do bem imóvel, direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal. Diante da possibilidade legislativa de retomada do bem pelo credor fiduciário nos casos de inadimplementos e descumprimento contratual e, sabendo tratar-se a propriedade de um direito fundamental, a discussão do assunto merece destaque no mundo jurídico. O trabalho será desenvolvido mediante análise da legislação vigente em nosso ordenamento jurídico brasileiro e o estudo do posicionamento da doutrina. De forma correlata, será citado exemplo desta prática ocorrida no município de Chapecó – Santa Catarina, aliada a análise comparativa ao contrato de compra e venda de imóvel com alienação fiduciária em garantia no sistema financeiro de habitação padrão, utilizado para aquisição de um imóvel na região.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Propriedade; Alienação Fiduciária; Constitucionalidade.

ABSTRACT

The paper aims to perform an analysis of the (in) constitutionality of the provisions of fiduciary alienation law nr. 9,514 of November 20, 1997 that authorize the repossession of real estate by the fiduciary creditor in the hypotheses of default and contractual noncompliance. The proposed approach is pertinent to the emergence of programs with the purpose of stimulating the acquisition of private property that consequently culminated in the formalization of several contracts with the disposal of the property, fundamental right set forth in article 5, paragraph XXII of the Federal Constitution. Faced with the legislative possibility of recovery of good by the fiduciary creditor in cases of default and contractual noncompliance, and knowing that it is the property of a fundamental right, the discussion of the matter deserves prominence in the legal world. The work will be developed through analysis of the legislation in force in our Brazilian legal system and the study of the positioning of doctrine. Correspondingly, an example of this practice occurred in the municipality of Chapecó - Santa Catarina, together with the comparative analysis of the contract for the purchase and sale of fiduciary real estate under guarantee in the standard housing financial system, used to acquire a property in the region.

Keywords: Fundamental rights; Property; Fiduciary Alienation; Constitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

A.C.	Antes de Cristo
ART	Artigo
CEF	Caixa Econômica Federal
CF	Constituição Federal
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MCMV	Minha casa, Minha Vida
SFH	Sistema de Financiamento Imobiliário
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	10
2.1	Definição e Conceito de Direitos Fundamentais.....	10
2.2	Breve Histórico e Evolução dos Direitos Fundamentais...	12
2.3	Das Características dos Direitos Fundamentais.....	19
2.4	Das Dimensões dos Direitos Fundamentais.....	21
2.5	Do Direito Fundamental a Propriedade e a sua Função Social	26
3	ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS DA LEI DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA QUE AUTORIZAM A RETOMADA DE IMÓVEIS PELO CREDOR FIDUCIÁRIO EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL A PROPRIEDADE	33
3.1	Lei De Alienação Fiduciária Nº 9.514/97: Análise As Cláusulas Do Contrato De Compra E Venda De Imóvel Com Alienação Fiduciária Em Garantia No Sistema Financeiro De Habitação	33
3.2	Teoria do Adimplemento Substancial.....	49
3.3	Análise Da (In) Constitucionalidade Dos Dispositivos Da Lei De Alienação Fiduciária Que Autorizam A Retomada De Imóveis Pelo Credor Fiduciário	53
4	CONCLUSÃO.....	59
	REFERÊNCIAS.....	61
	ANEXO 1.....	65

1 INTRODUÇÃO

O trabalho contempla a análise da (in) constitucionalidade dos dispositivos da lei de alienação fiduciária nº 9.514 de 20 de novembro de 1997 que autorizam a retomada de imóveis pelo credor fiduciário nas hipóteses de inadimplemento e descumprimento contratual.

Optou-se por esta abordagem uma vez que a lei de alienação fiduciária foi incorporada pela legislação com o objetivo de facilitar a aquisição de imóveis pelos consumidores e ao mesmo tempo ser uma garantia eficaz ao recebimento do crédito cedido pelo agente financeiro.

Aliada a lei, surgiram programas com a finalidade de estimular a aquisição da propriedade privada, a exemplo do programa de habitação Minha Casa, Minha Vida, que é obra do Governo Federal, regulamentado pela Lei nº 11.977 de 07 de julho de 2009, que certamente impulsiona o direito fundamental a propriedade esculpido no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal.

Em razão deste incentivo, grande parte dos contratos para aquisição da casa própria possui alienação fiduciária, pois a contrapartida a liberação de grande financiamento e contratação de juros menores decorre da garantia de pagamento pela alienação do bem.

Com a formalização deste negócio jurídico, qual seja, incentivo a aquisição da propriedade fiduciária por meio da alienação do bem, e, diante da possibilidade legislativa de retomada do bem pelo credor fiduciário nos casos de inadimplementos e descumprimento contratual, é que os apontamentos pela doutrina e as irresignações por parte dos adquirentes ganham maior discussão no mundo jurídico, porquanto o fato de a moradia ser um direito fundamental, resguardada pela Constituição Federal, a retirada deste direito gera forte impacto ao mundo dos negócios jurídicos.

O direito fundamental a propriedade está previsto no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal, sendo que ao longo da história foi aperfeiçoado de acordo com o enfrentamento das revoluções culturais, políticas e religiosas, podendo-se concluir, que ainda esta em constante evolução.

Trata-se de um direito previsto como cláusula pétrea, ou seja, o operador jurídico preocupou-se em impedir que tal direito fosse abolido, reduzido, alienado ou menorizado, atribuindo-o características como historicidade, universalidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e indisponibilidade.

Assim, o trabalho será desenvolvido mediante análise da legislação vigente em nosso ordenamento jurídico brasileiro e o estudo do posicionamento da doutrina. De forma correlata, será citado exemplo desta prática ocorrida no município de Chapecó – Santa Catarina, aliada a análise comparativa ao contrato de compra e venda de imóvel com alienação fiduciária em garantia no sistema financeiro de habitação padrão, utilizado para aquisição de um imóvel na região, disponível no anexo 1 deste trabalho.

Deste modo, justifica-se a relevância da pesquisa em comento no intuito de verificar as consequências e desdobramentos deste negócio jurídico em face do direito fundamental a propriedade.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Neste capítulo, será demonstrado o conceito e definição dos direitos fundamentais através do resgate da sua evolução histórica contado pelas legislações e a doutrina. Também, verificar que os direitos fundamentais estão divididos em dimensões, percebendo seus efeitos jurídicos para a sociedade em cada divisão destes grupos.

Demonstrar que os direitos fundamentais ganham espaço no ordenamento jurídico, servindo de modelo para outros com base na sua historicidade e características.

Na sequência, estudar o direito fundamental a propriedade ao longo das cartas magnas vigentes no nosso ordenamento jurídico, assim como, entender a sua função social.

2.1 Definição e Conceito de Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser entendidos como aqueles direitos positivados na Constituição Federal, inerentes a todos os seres humanos, sem qualquer discriminação, a todos aqueles que estejam vinculados ao Estado (PINHEIRO, 2001, pág. 22-23).

O escritor Ingo W. Sarlet (2012, pág. 35-36) adota o mesmo conceito ao escrever que os direitos fundamentais se referem àqueles direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo e que são inerentes a todo ser humano.

Esses direitos encontram-se positivados a partir do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sendo que ao longo da história foram se aperfeiçoando de acordo com as mudanças da sociedade, seja na cultura, na política ou nas crenças religiosas, podendo-se concluir, que ainda estão em constante evolução.

Como exemplo, podemos citar o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à assistência aos desamparados, ao transporte, ao voto, entre outras.

Como tratam-se de direitos básicos e fundamentais, para garantir a sua efetividade, a Constituição Federal elenca alguns mecanismos jurídicos que podem ser utilizados pelas pessoas a fim de protegê-los, como o habeas corpus, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o habeas data e a ação popular.

Ainda como destaque, percebe-se que a doutrina majoritária prefere distinguir esses direitos fundamentais dos chamados direitos humanos. Os direitos humanos são entendidos como aqueles direitos inerentes a própria condição humana, construídos através de um processo histórico e em sentido amplo, reconhecido nos ordenamentos nacionais e internacionais.

Segundo Canotilho, os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; enquanto os direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico e institucionalmente garantidos limitados no espaço temporal (CANOTILHO, 1998, pág. 259).

Assim, os direitos humanos envolvem a própria natureza humana, estando em destaque o seu caráter de inviolabilidade, intertemporalidade e universalidade.

O escritor Ingo Wolfgang Sarlet igualmente conceitua os direitos fundamentais e ainda os diferem do conceito de direitos humanos, nos seguintes termos:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direitos internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempo, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2012, pág.29).

Deste modo, a diferenciação pode ser identificada no momento que sabemos que os direitos fundamentais são aqueles que estão positivados em nosso ordenamento e que são anteriores a própria constituição federal, pois

decorrem da própria natureza humana, independente do seu reconhecimento pelo Estado.

E a respeito disso, o escritor Norberto Bobbio expõe que os direitos fundamentais são fruto de uma construção histórica, variando de época para época e de lugar para lugar:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas (BOBBIO, 1992, pág. 5-19).

Deste modo, podemos concluir que os direitos humanos são os direitos inerentes ao homem, mas que ainda não foram positivados nos ordenamentos jurídicos, e os direitos fundamentais são o resultado da positivação dos direitos humanos.

Para corroborar a presente conceituação, vejamos a seguir marcos importantes para o processo histórico mundial dos direitos fundamentais, e também no Brasil, e a sua positivação na Constituição Federal de 1988.

2.2 Breve Histórico e Evolução dos Direitos Fundamentais

Diversas são as fontes que buscam esclarecer qual seria a verdadeira origem dos direitos fundamentais, a exemplo dos escritos que dizem ser inerentes a própria pessoa humana, ou seja, sempre existiram, ou que se originam da lei.

Falaremos da corrente predominante, já utilizada anteriormente, que defende que os direitos fundamentais não possuem uma origem concreta e estática, mas sim, que são fruto de um logo e constante processo histórico que sempre estará em evolução.

Sobre esta característica histórica, o escritório Norberto Bobbio acrescenta:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas (BOBBIO, 1992, pág. 07).

Assim, é possível concluir que os direitos fundamentais não foram criados de uma só vez, conforme elucida a característica de historicidade acima, corroborada a opinião do escritor Fábio Konder:

Assim, temos que o reconhecimento de direitos humanos, assim como a positivação dos direitos fundamentais apenas foi possível através da evolução histórica, ou seja, tais direitos não surgiram todos de uma vez, mas foram sendo descobertos, declarados conforme as próprias transformações da civilização humana, sendo a luta pela limitação do poder político um dos principais fatores para o acolhimento destes direitos (COMPARATO, 2003, pág. 40).

Deste modo, ao longo da história ocorreram muitas mudanças sociais, que exigiam limites ao poder Estatal e deixavam em evidencia a necessidades de tornar certos direitos dos cidadãos como garantias inquebráveis.

Assim, antes de adentrar na positivação dos direitos fundamentais no Brasil, é importante compreender alguns processos históricos que certamente fazem parte da construção do texto que atualmente vigora.

O primeiro código de leis que foi escrito e se tem registros é o código de Hamurabi, descoberto por volta do século XVIII antes de Cristo (a.C) que em sua época buscava defender os direitos a vida, família, dignidade, honra, o direito de propriedade. Hoje, este escrito encontra-se no museu de Louvre em Paris.

No período do Cristianismo, tem-se como fator relevante, o acolhimento da ideia de direitos fundamentais que consagrou a dignidade ao homem e uma proteção especial no momento que lhe atribuiu semelhança a Deus (BRANCO; MENDES, 2015, pág. 100).

Outro fenômeno constitucional importante foi o surgimento da Magna Carta, assinada pelo rei João Sem-Terra na Inglaterra em 1215 (século XII), que devido a pressões exercidas pelos barões decorrentes do aumento de exações fiscais para financiar campanhas bélicas e pressões da igreja para o Rei submeter-se a autoridade papal (COMPARATO 2003, pág. 71-72).

Este documento reconheceu vários direitos, tais como a liberdade eclesial, a não existência de impostos, sem anuências dos contribuintes, a propriedade privada, a liberdade de ir e vir e a desvinculação da lei e da jurisdição da pessoa do monarca (COMPARATO, 2003, pág. 79-80).

Já na Idade Moderna, os avanços existidos não tiveram tanta força para limitar atuação do poder político, não se podendo falar em direitos universais, comuns a toda e qualquer pessoa apenas por pertencer a raça humana. Entretanto, logo após, apresentou grande importância as revoluções inglesa, americana e francesa para o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Sobre a revolução inglesa, o escritor Fabio Konder Comparato descreve que em que pese as grandes vitórias alcançadas no campo civil, houve para aquelas pessoas a imposição religiosa, situação que retraiu fortemente os direitos dos cidadãos da época.

A Revolução Inglesa apresenta, assim, um caráter contraditório no tocante as liberdades públicas. Se, de um lado, foi estabelecida pela primeira vez no Estado moderno a separação de poderes como garantia das liberdades civis, por outro lado essa fórmula de organização estatal, no Bill of Rights, constituiu o instrumento político de imposição, a todos os súditos do rei da Inglaterra, de uma religião oficial (COMPARATO, 2003, pág. 92).

Com relação a revolução americana, merece destaque a Declaração dos Estados Americanos elaborada em 1776, onde os direitos fundamentais foram positivados e organizados, ressaltando a igualdade de todos os homens, a previsão de direitos inalienáveis acima de qualquer poder político, a exemplo da vida, da liberdade e a busca pela felicidade.

Igualmente importante foi a revolução francesa de 1789, momento que houve a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que então teve força de iniciar a trajetória dos direitos fundamentais, registrando de maneira clara e precisa, direitos como liberdade, a igualdade, a propriedade e as garantias individuais (ANDRADE, 1998, pág. 27-28).

Em seguida, apresenta relevância para a construção dos direitos fundamentais a Revolução Industrial instaurada na Inglaterra no século XIX, que implementou a utilização das máquinas em substituição a mão de obra

humana, fomentando o sistema capitalista e exigindo respostas aos problemas sociais que se manifestavam (ROSSATO, 2006, pág.152).

O escritor Rossato opina sobre o assunto:

O homem estável torna-se um migrante alojado nas novas periferias urbanas á busca de novos empregos. A cidade não é mais o lugar da convivência, mas o lugar da produção, o homo sapiens serve seu lugar ao homo faber praticamente reduzindo-o a um homo economicus (...) este novo contexto desestruturante implicou pois na busca por novas respostas aos problemas que se manifestam nos mais diversos setores e praticamente atingindo a toda estrutura da sociedade (ROSSATO, 2006, p. 44).

No século seguinte, na data de 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, marcando a internacionalização dos direitos humanos, dando possibilidade para fixação dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídico interno.

Como visto até aqui, a busca pela efetivação e reconhecimento dos direitos fundamentais de forma mundial, foi construída e consolidada através do tempo, perdendo força e se fortalecendo a cada processo histórico, a cada nova cultura, a cada ordenamento diferente, situação que evidencia o conceito citado anteriormente.

Assim, o escritor José Afonso Silva melhor conceitua os direitos fundamentais após este resgate histórico mundial, da seguinte forma:

No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza não convive, e as vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos Fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou Direitos Fundamentais (SILVA, 2009, pág. 78).

Por ora, é possível reafirmar o conceito anterior de que os direitos fundamentais além de garantirem uma vida de dignidade para as pessoas, buscam igualmente coibir aqueles comportamentos que impliquem nos direitos fundamentais dos indivíduos, seja cometido pela sociedade ou por suas autoridades.

O escritor Bobbio comenta a positivação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico:

A norma constitucional enquanto por um lado atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las. É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo se considere do ponto de vista ao poder ao qual da origem ou da obrigação que dele nasce. Pode ser formulada da seguinte maneira: "O poder constituinte está autorizado a estabelecer normas obrigatórias para toda a coletividade" ou: "A coletividade é obrigada a obedecer às normas estabelecidas pelo poder constituinte" (BOBBIO, 1999, p. 59).

Durante um longo período viveu-se sob o esquecimento dos direitos da pessoa humana, em razão da estrutura de governo existente, viu-se nascer a consagração dos direitos fundamentais com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988.

E como dito, não há dúvidas que este processo histórico foi importante para permitir a construção de um título específico dentro da nossa Constituição Federal que trata dos direitos fundamentais.

Grande influenciador, foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos que garantiu aos cidadãos a responsabilidade de participar e vigiar os seus Direitos Humanos, não delegando poder apenas ao Estado, em relação a busca da proteção e aplicação desses direitos.

Sobre isso, o escritor José Luiz Bolzon Moraes afirma que:

Desde o advento da Carta Constitucional de 1988, nos deparamos no Brasil com um debate acadêmico e jurisprudencial o qual tem evidenciado uma dualidade de compreensão acerca do conteúdo a ser atribuído à Carta de Direitos Fundamentais expressa no texto constitucional e, particularmente, do sentido da norma contida no art. 5º e seus parágrafos (MORAIS, 2005, pág. 43).

Quanto a estrutura, a carta constitucional abarcou os direitos e garantias fundamentais do capítulo 5º ao capítulo 17º do seu texto, subdividindo-os em cinco capítulos. O primeiro trata dos direitos e deveres individuais e coletivos; o segundo dos direitos sociais; o terceiro da nacionalidade; o quarto dos direitos políticos e o quinto dos partidos políticos.

E justamente por todas as características mencionadas é que a CF pode ser vista como modelo para outros ordenamentos jurídicos. Sobre este reconhecimento, José Afonso da Silva assinala:

É a primeira vez que uma Constituição assinala especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural a fim de efetivar a dignidade da pessoa humana (SILVA, 2009, pág. 93).

O escritor Alexandre de Moraes também comenta acerca da divisão estabelecida pela Constituição Federal de 1988, fazendo uma breve análise:

Direitos individuais e coletivos correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5º [...]; Direitos sociais- caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV. A constituição Federal consagra os direitos sociais a partir do art. 6º; Direitos da nacionalidade- nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-os a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos; direitos políticos- conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos que investem o indivíduo no status activa e civitatis, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal [...]. A constituição regulamenta os direitos políticos no art. 14; direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos – a constituição federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo (MORAES, 2016, pág. 22).

Deste modo, encontra-se na CF os seguintes grupos de direitos positivados:

Os **direitos individuais e coletivos**, estão previstos no artigo 5º da CF e seus incisos, e são os direitos básicos a existência da vida humana, ligados

ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, a exemplo da vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade.

O rol de incisos de artigo contempla inúmeros direitos, em destaque ao caput:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (PLANALTO, 1998, on-line).

Os **direitos sociais**, positivados no artigo 6º ao 11 da CF, visam acima de tudo o direito a igualdade, buscando melhores condições de vida aos cidadãos por meio do direito à educação, a saúde, ao trabalho, a previdência social, ao lazer, segurança, proteção à maternidade e a infância e assistência aos desamparados;

Os **direitos de nacionalidade** estão previstos no capítulo III da CF, a partir do artigo 12, chamados de vínculo jurídico político, que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo com que este adquira direitos e contraia deveres;

Previstos no artigo 14 da CF, os **direitos políticos** tratam do exercício da cidadania e da participação deste indivíduo na política do Estado. Este artigo vem enunciado da seguinte forma: *“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei [...]”* (PLANALTO, 1998, on-line).

Por fim, os direitos relacionados a **existência, organização e participação em partidos políticos**, abarcada pelo artigo 17 da CF, que garante a autonomia e a liberdade destes partidos.

O caput do artigo descreve:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos [...] (PLANALTO, 1998, on-line).

Ressalvada a importância destes direitos, o operador jurídico preocupou-se em impedir que tais direitos fossem abolidos, reduzidos, alienados ou memorizados, chamando seus artigos de cláusulas pétreas.

As cláusulas pétreas previstas pela CF 88 significam que os artigos que tratam dos direitos fundamentais não podem ser objeto de emenda constitucional, ou seja, não suportam modificações quanto ao conteúdo protegido por elas. Esta previsão está positivada no artigo 60 da própria CF que destaca:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; **IV - os direitos e garantias individuais** (PLANALTO, 1998, on-line).

Assim, conforme será explorado a seguir, os direitos fundamentais possuem características como historicidade, universalidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e são indisponíveis, tudo decorrente da sua proteção constitucional.

Enfim, estes são os direitos que atualmente estão positivados no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, trata-se de um exemplificativo, considerando a sua característica de historicidade, que com o passar do tempo, poderá requerer outras proteções aos indivíduos.

2.3 Das Características dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais disciplinados pelos artigos 5º a 17 da Constituição Federal são dotados de características, que além de definirem a qual dimensão pertencerá cada direito tem como principal importância definir a aplicabilidade e efetividade deste direito a um caso concreto.

O escritor Antônio Pacheco menciona em sua obra que os direitos fundamentais podem ser caracterizados como históricos, universais, limitados, concorrentes, irrenunciáveis, inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis (PACHECO, 2013).

Assim, vejamos melhor a conceituação de cada um.

A característica da **historicidade** é notória pelo o que foi exposto no tópico anterior e pela percepção de que os direitos fundamentais são fruto de um processo histórico, influenciado por ideais políticos, culturais e religiosos.

Sobre tal característica complementa Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, pág. 07).

Além destes direitos passarem por uma lenta evolução ao longo dos anos, pode-se afirmar que continuam em constante mudança e aperfeiçoamento, moldando-se a cada nova necessidade individual ou social.

Para alguns escritores, as conquistas positivadas por meio dos direitos fundamentais equiparam-se aos princípios do retrocesso social, significando que não poderá ocorrer a redução daquilo que já foi conquistado. Este entendimento coaduna no momento que os direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas, destacando o interesse em protegê-los.

A característica da **universalidade** significa que os direitos fundamentais são destinados a todos os indivíduos de forma universal, não havendo distinção a grupos ou momentos históricos, tratando-se de direitos inerentes a própria existência humana.

A característica da **concorrência** é vista quando um indivíduo está à frente de mais de direito fundamental a seu favor, podendo cumulá-los de acordo com a sua necessidade. Em regra, os direitos fundamentais podem ser exercidos conjuntamente, ou seja, eles coexistem, bastando que haja proporcionalidade no momento da sua aplicação, visando a máxima efetividade.

Esta ideia também pode ser aplicada para evitar conflitos entre direitos fundamentais, uma vez que um direito não vale mais que outro, utilizando-se da razoabilidade no momento da sua aplicação e novamente prezando pela máxima efetividade de um direito, sem sacrificar qualquer outro.

A característica da **irrenunciabilidade** é definida pelo escritor Canotilho:

Embora se admitam limitações voluntárias de direitos específicos em certas condições, não é possível renunciar a todos os direitos fundamentais. Além de estar sujeita a revogação a qualquer tempo, a renúncia deve guardar razoável relação com a finalidade pretendida com a mesma (CANOTILHO, 1998, pág. 422-423).

O termo limitação utilizado pelo escritor traduz que existe a possibilidade de um direito fundamental não ser aplicado, contudo, jamais haverá a sua renúncia em razão do caráter de irrenunciabilidade que detém.

Há também as características da **inalienabilidade** e da **imprescritibilidade**. A primeira significa que um direito fundamental não pode ser alienado, justamente por não deter caráter econômico ou patrimonial. Já o segundo, denota que um direito fundamental pode ser exercido a qualquer momento da vida de um indivíduo pois em razão da sua característica de imprescritibilidade, não perderá sua aplicabilidade (LENZA, 2011).

Por fim, para o escritor Antônio Pacheco, a característica da **indisponibilidade** encontra correspondência com a dignidade da pessoa humana, fortemente abarcada pela Constituição Federal. Trata-se de uma característica que não permite que um direito fundamental seja substituído por outro, sendo inerente a natureza do indivíduo, permitindo-se a sua aplicação proporcional frente a outro direito conflito, entretanto, não permitindo o seu afastamento ou renúncia.

Pelo exposto, ficará mais fácil compreender a definição dos direitos fundamentais com base na sua caracterização dentro de cada dimensão que será explorada a seguir.

2.4 Das Dimensões dos Direitos Fundamentais

O grupo de direitos fundamentais abrangidos pelos artigos 5º a 7º da Constituição Federal de 1988 são divididos em gerações ou como prefere a doutrina atual, dimensões. Essa divisão decorre da ordem cronológica dos processos históricos que reconheceram tais direitos como fundamentais.

A preocupação da doutrina quanto ao emprego do termo correto é quanto à possibilidade de criar uma compreensão equivocada sobre o processo histórico de construção dos direitos fundamentais, deixando transparecer que cada geração se refere a determinado período. Cita-se o posicionamento do escritor Ingo Sarlet:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno direito internacional dos Direitos Humanos (SARLET, 2012, pág.55).

Para o presente trabalho, entretanto, não será abordada a discussão existente quanto a terminologia discutida pela doutrina, mas sim, limitar-se a identificar o reconhecimento dos direitos fundamentais durante o passar do tempo.

Os direitos fundamentais de **primeira dimensão** remontam ao estudo do processo histórico visto no tópico anterior, no momento que surgiram as primeiras manifestações de apoio ao seu reconhecimento. Portanto, estes direitos são representativos da ordem individual da pessoa humana, personalíssimos, que visam limitar o poder do Estado frente ao cidadão, constituindo-se como direitos de defesa.

De outra forma, afirma-se com certeza que o titular desses direitos é o indivíduo, tendo por isso, como traço mais característico, a subjetividade. São direitos oponíveis ao Estado, ou seja, constituem direitos de resistência e oposição aos seus eventuais desmandos.

De fato, essa percussão histórica é evidenciada com a Revolução Francesa que em sua época contribuiu para a proteção de direitos, os quais são reconhecidos como liberdade, igualdade e fraternidade.

Sobre isso, Bonavides comenta:

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade (BONAVIDES, 2013, pág. 581).

Assim, como exemplo dos direitos fundamentais de primeira dimensão pode ser citado a vida, a liberdade, a intimidade, a propriedade, a igualdade de todos perante a lei, abrangendo também, as liberdades públicas, bem como direitos civis e políticos, externando a compreensão de liberdade.

Paulo Bonavides escreve acerca da participação dos direitos políticos nesta dimensão:

Os direitos de primeira geração entram na categoria do status negativo da classificação de liberdades e fazem também ressaltar a ordem dos valores políticos a nítida separação entre a sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal teor clássico (BONAVIDES, 2013, pág. 578).

Assim, após haver o reconhecimento daqueles direitos de caráter pessoal, passou-se a exigir do Estado algumas medidas para diminuir as diferenças sociais e econômicas que vinham crescendo, tornando uma sociedade mais igualitária com forte fundamento na dignidade da pessoa humana. Tem-se então, os direitos de garantia social de **segunda dimensão**.

Retomando o estudado anteriormente, estes direitos de segunda dimensão ganham destaque com a Revolução Industrial no tocando as péssimas condições de trabalho, as mudanças econômicas e culturais. Por isso, necessário o reconhecimento de direitos sociais para equilibrar esta situação.

Esta mudança impôs ao Estado a obrigação de fazer em prol dos menos favorecidos, agindo como garantir destes direitos. O artigo 6º da CF elenca quais são os direitos sociais assegurados até os dias atuais.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (PLANALTO, 1998, on-line).

Ou seja, a segunda geração surge com a finalidade primordial de diminuir as diferenças sociais e econômicas, garantindo a todos uma sociedade igualitária conforme o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Depois, surgem os direitos de **terceira dimensão**, no intuito de transpor os interesses individuais, sendo reconhecidos pelo caráter da universalidade. Como exemplo, tem-se a solidariedade, fraternidade, desenvolvimento à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação.

Também, em virtude do forte crescimento tecnológico e científico, que colocou a situação diante de conflitos inovadores e potenciais, aumentou a preocupação quanto a preservação do meio ambiente e a proteção aos consumidores.

A terceira dimensão de direitos fundamentais traz consigo direitos transindividuais, isto é, direito fruto da evolução da sociedade, inerentes a várias pessoas, mas que não pertencem a um ser isoladamente (LENZA, 2011).

Elucida Bonavides:

Com efeito, um novo polo jurídico de auforia do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX, enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano (BONAVIDES, 2013, p. 584).

Quer dizer, o fortalecimento dos direitos a solidariedade, fraternidade, desenvolvimento à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação, tratam-se de direitos fundamentais que buscam assegurar o respeito a multidiversidade cultural e política dos povos (PACHECO, 2013).

Assim, a Constituição Federal reconhece as três dimensões de direitos fundamentais citadas: a primeira influenciada por um Estado Liberal com foco na liberdade, a segunda influenciada pelo Estado Social com foco na igualdade, e a terceira influenciada pelo Estado Democrático de Direitos com foco na fraternidade.

Contudo, a doutrina ainda supõe a existência de uma quarta e quinta dimensões de direitos, que em pese não estejam positivadas no ordenamento jurídico, fazem parte da atual sociedade tecnológica e internacional.

A respeito da **quarta dimensão** dos direitos fundamentais, a sua criação doutrinária decorre dos avanços das pesquisas genéricas e biológicas, a exemplo da manipulação do patrimônio genético dos indivíduos (PACHECO, 2013).

Segundo o entendimento de Bonavides:

Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir (BONAVIDES, 2013, p. 585).

O escritor Marcelo Novelino também defende a existência desta quarta dimensão:

Tais direitos introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreende o direito à democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compreendem o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase institucional do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política (NOVELINO, 2008, p. 229).

Com isso, os direitos amparados por esta dimensão são construídos com base na proteção do futuro da humanidade, pensando-se em algo universal, democrático, revestido de informação, de pluralismo, a fim de proteger os indivíduos de todos os povos, coibindo a utilização desautorizada das formas de vida.

Por fim, no que se refere aos direitos de **quinta dimensão**, em que pese a pequena parte de doutrinadores que defendam sua existência, torna-se prudente destacar brevemente sua repercussão pela doutrina.

Alguns escritos sobre esta quinta geração estão relacionados à evolução da cibernética e de tecnologias como a realidade virtual e a internet. Todavia, a exemplo do escritor Paulo Bonavides, este entende que a quinta dimensão trata-se do direito à paz, defendendo inclusive, a necessidade de haver uma

dimensão individual para o direito a paz, por mais que este direito esteja esculpido pela terceira dimensão.

De acordo com isso, elenca Bonavides:

A ordem interna dos ordenamentos jurídicos deste Continente mostra que o ramo constitucional dos Poderes que mais colide com a harmonia civil da sociedade é, por sem dúvida, o Poder Executivo, cuja competência incha, cujos abusos se traduzem não raro em intervenções funestas à economia, ao desenvolvimento social, a política e a legitimidade do sistema. Além de que, observa-se, o Poder Executivo tudo pode onde não prepondera a Constituição, onde a liberdade se abdica nos estratagemas do absolutismo, onde a centralização dos poderes desfigura o regime político, onde a fraca cidadania faz medrar a forte vocação dos caudilhos (BONAVIDES, 2013, pág.610).

Visto as dimensões positivadas na constituição federal e defendidas pela doutrina, ainda é prudente ressaltar que esta divisão decorre de uma organização para melhor compreender a evolução histórica destes grupos de direitos, não devendo acreditar em uma real divisão dos direitos fundamentais.

2.5 Do direito fundamental à propriedade e a sua função social

Conforme visto no tópico anterior, o direito à propriedade compõe os direitos de primeira dimensão. Na legislação, a propriedade enquadra-se como direito fundamental de acordo com o disposto no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade (PLANALTO, 1998, on-line).

A importância deste direito é facilmente observada quando lembramos que os dispositivos deste artigo quinto tratam-se de cláusulas pétreas, demonstrando a preocupação do legislador em resguardá-los.

Assim, para que este direito adquirisse a proteção legislativa e importância que atualmente possui, muitos foram os movimentos históricos,

culturais e políticos que influenciaram na sua percepção ao longo do tempo, ou ainda, ao longo das cartas constitucionais que vigoraram no Brasil.

E assim começou com a Constituição Política do Império de 25 de março de 1824, que em seu artigo 179, disposto dentro do título que trata das garantias e direitos civis, já considerava a propriedade como garantia dos indivíduos:

Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do império, pela maneira seguinte: [...] XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização (CAMPANHOLE, Adriano; LOBO, Hilton. 1978, pág. 870/871).

Na mesma obra, os escritores Campanhole e Lobo (1978) descrevem que na sequência do ano 1891, agora na vigência da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a carta constitucional continuava preocupando-se com o direito de propriedade o consagrando no artigo 72, que tratava:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes: §17. O direito de propriedade mantêm-se em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indemnização prévia. As minas pertencentes aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria (pág. 804/805).

Conforme se extrai da redação do citado artigo, o direito de propriedade podia ser exercido em sua plenitude, excetuando-se os casos de interesse público mediante prévia indenização. Também, perpetuava o convencimento de que a propriedade poderia ser atribuída a um indivíduo diante do reconhecimento da posse.

Em seguida, o direito de propriedade ganha espaço na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, sem dispor maiores diferenças ao que estava previsto na carta constitucional anterior:

Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 14 - O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis que lhe regulem o exercício (CAMPANHOLE, Adriano; LOBO, Hilton. 1978, pág. 550/551).

Na carta de 18 de setembro de 1946 o direito de propriedade estava consagrado pelo artigo 141:

A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §16. É garantido o direito de propriedade, salvo caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior (CAMPANHOLE, Adriano; LOBO, Hilton. 1978 pág. 251/253).

A respeito deste dispositivo, importante destacar que o uso da propriedade estava condicionado ao bem-estar social, podendo o legislador promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos, conforme previa os artigos seguintes desta carta.

E esta condição de bem-estar social continuou quando da elaboração da Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967, contudo, nesta oportunidade a lei atribuiu ao legislador a responsabilidade de determinar o bem-estar social e a função social da propriedade, vejamos:

Artigo 150: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e á propriedade, nos termos seguintes: [...] §22. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, VI, §1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

Esta Constituição foi emendada em 1969 e absorveu a seguinte alteração no seu artigo 150, §22:

[...] é assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvada o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

A alteração trata do aceite pelo proprietário de pagamento pela sua propriedade em título da dívida pública, nos casos de desapropriação, previsto pelo citado artigo 161 daquela carta.

Como visto brevemente, o direito de propriedade no Brasil foi contemplado em todas as cartas constitucionais, e por sequência lógica, este direito moldou-se as evoluções da sociedade até ser positivado da forma que se encontra, como um direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988.

O texto atual inovou das demais constitucionais nos seguintes pontos: dividiu os efeitos do direito de propriedade em urbana ou rural e ainda inseriu o compromisso da função social da propriedade. **Ao presente trabalho, importa estudar a propriedade urbana e a sua função social.**

O primeiro marco da existência da função social da propriedade pode ser atribuído a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, isso porque, além de considera-la como uma garantia aos indivíduos estabeleceu a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia indenização e que sua limitação deve ser regulada por lei. Também, houve a elaboração do Decreto-lei n.25 de 30 de novembro de 1937 (Lei do Tombamento) que estabelecia ao proprietário o dever de preservar o bem tombado, como um dever decorrente da propriedade.

Assim, estas disposições fizeram nascer a função social da propriedade no momento que é estabelecido aos proprietários o cumprimento de certo obrigações atinentes ao seu imóvel, agindo com conduta adequada ao interesse social para exercer corretamente o seu direito de propriedade. Os interesses considerados sociais podem ser encontrados na lei nº 4.132, de 10/09/1962 que define os casos de desapropriação por interesse social.

Isso é visto novamente na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, citada anteriormente, ao estabelecer que a propriedade deve atender ao

bem-estar social podendo a lei promover a justa distribuição da propriedade, com oportunidade igualitária de todos.

Ainda, a função social da propriedade é evidenciada na Constituição de 1967 no momento que figurou como uns dos princípios da ordem econômica e social que coexiste com o da propriedade como direito individual consagrado no artigo 153, § 22 (DI PIETRO, 2006, pág. 115).

Chegando novamente a CF/88, o direito de propriedade deixou de ser exclusivamente privado, pois diante do seu status de princípio, caminha à frente o interesse do Estado, exigindo assim que a propriedade cumpra com a sua função social, vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: **III - função social da propriedade** (PLANALTO, 1998, on-line).

Nesse sentido, José Afonso da Silva aduz que:

O princípio da função social traduz um novo regime jurídico à propriedade, pois incide no próprio conteúdo deste direito como elemento que determina a aquisição, o gozo e utilização; logo, ela só é considerada legítima enquanto considerada propriedade função (SILVA, 1999, p. 249)

Quando se trata de competência, o art. 21, inciso XX, da CF, descreve que é competência da União “*instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos*” (PLANALTO, 1998, on-line). Esta competência, entretanto, foi concedida ao ente municipal na sequência do art. 182 da CF.

Representando isso, o artigo 182 da CF, disposto no capítulo da política urbana faculta ao poder público municipal exigir do proprietário do solo urbano a promoção de seu adequado aproveitamento, sob pena de sofrer limitações na propriedade, vejamos:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - Parcelamento ou edificação compulsórios;

II - Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - Desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (PLANALTO, 1998, on-line).

A Constituição Federal esclarece que a função social da propriedade privada será cumprida quando está atender a todas as exigências previstas pelas diretrizes criadas por cada município, por meio de um plano diretor. Aliado a isso, a Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta os artigos 182 e 183 citados acima da Constituição, elenca que *“Art. 41 O plano diretor é obrigatório para cidades: I – com mais de vinte mil habitantes”* (PLANALTO, 2001, on-line).

Assim, o plano diretor previsto pela CF será obrigatório para municípios com mais de vinte mil habitantes. Fazendo breve adendo, está exigência aplica-se ao município de Chapecó – Santa Catarina, cidade utilizada para citação de um exemplo prático, que apresentava população estimada para 2017, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE do ano de 2016, o número de 213.279 habitantes.

Ainda, na mesma lei, encontra-se disposto:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas,

respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei (PLANALTO, 2001, on-line).

Assim, percebe-se que objetivo da função social é fazer com que a propriedade atenda ao direito de moradia assegurado na Constituição Federal de 1988, assim como, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, sabendo que o direito constitucional a propriedade, concedido ao indivíduo ocupa posição de princípio, este deve atender ao interesse da coletividade no cumprimento da sua função social, previsto pela constituição federal e também daquelas normas que tratam da organização local aonde está inserida.

3 ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS DA LEI DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA QUE AUTORIZAM A RETOMADA DE IMÓVEIS PELO CREDOR FIDUCIÁRIO EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL A PROPRIEDADE

Neste capítulo será retomado brevemente o contexto histórico da lei de alienação fiduciária no ordenamento jurídico brasileiro, assim como, analisado o procedimento de alienação de bem imóvel.

Aliado a isso, será realizada a análise conjunta da lei as cláusulas de um contrato padrão de compra e venda de imóvel com alienação fiduciária pelo sistema financeiro de habitação, aplicada a aquisição de imóvel na cidade de Chapecó – Santa Catarina.

Também, será explorada a teoria do adimplemento substância como alternativa levada ao poder judiciário para relativizar a aplicação dos dispositivos da lei de alienação fiduciária.

No tópico final, será realizada a análise quanto a (in) constitucionalidade dos dispositivos da lei de alienação fiduciária que autorizam a retomada de imóveis pelo credor fiduciário e verificar se existe afronta ao direito fundamental a propriedade.

3.1 Lei de alienação fiduciária nº 9.514/97: Análise as cláusulas do contrato de compra e venda de imóvel com alienação fiduciária em garantia no sistema financeiro de habitação

Em breve retomada ao contexto histórico brasileiro, foi na década de sessenta que a alienação fiduciária foi regulamentada através da Lei 4.728 de 14 de julho de 1965, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, sendo muito utilizada em virtude da garantia real a qual proporcionava ao credor estimulando o financiamento de bens móveis (MARTINEZ, 2006, pág. 17).

Após, surgiu o Decreto-lei nº 911 de 1º de outubro de 1969 que alterou alguns dispositivos da Lei nº 4.728/1965 no intuito de aprimorá-la (MARTINEZ, 2006, pág. 17).

Ao escrever sobre o assunto, o escritor Silvio de Salvo Venosa sustenta que:

De fato, a Lei nº 4.728/65, estruturadora do mercado de capitais, criou o instituto, que ganhou contornos materiais e processuais definitivos com o Decreto-lei 911/69, que alterou a redação do art. 66 da referida lei e em seus nove artigos disciplinou a garantia fiduciária cuja experiência demonstrou ser muito útil no mundo negocial (VENOSA, 2009, pág. 396).

Contudo, somente em 20 de novembro de 1997 foi criada a Lei 9.514 que trata do sistema de financiamento imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel. A lei foi criada com o objetivo de trazer maior efetividade às garantias prestadas ao credor, tratando-se da lei responsável em instituir o regime fiduciário sobre bens imóveis.

Silvio de Salvo Venosa comenta:

Contudo, o instituto, tal como descrito em nossa lei, agora tanto para móveis como para imóveis, tem por finalidade primordial proporcionar maior facilidade ao consumidor na aquisição de bens, e garantia mais eficaz ao financiador, protegido pela propriedade resolúvel da coisa financiada enquanto não paga a dívida, proporcionando-lhe o legislador instrumentos processuais eficientes (VENOSA, 2009, pág. 397).

Assim, no ano de 2002 a propriedade fiduciária ingressou no rol de direitos reais do artigo 1.225 do Código Civil, constando de forma implícita no inciso I, como propriedade resolúvel: “*Art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade*” (PLANALTO, 2002, on-line).

Os escritores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald comentam sobre o tema:

[...] Aliás, não podemos negar o fato de a propriedade fiduciária ser verdadeiro direito real de garantia, assim como hipoteca e penhor. Contudo, tratando-se de uma nova roupagem de direito de propriedade, preferimos estudar este modelo jurídico ao lado das demais formas diferenciadas de propriedade, como a propriedade resolúvel, aparente e superficiária (FARIAS; ROSENVALD, 2008, pág. 359).

Enfim, no ano de 2004 entra em vigor a Lei nº 10.931/04, que dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, letra de crédito imobiliário, cédula de crédito imobiliário e cédula de crédito bancário, incluindo ainda, o dispositivo 1.1368-A do Código Civil:

Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial (PLANALTO, 2002, on-line).

Resgatada a origem da lei 9.514, cita-se a definição abarcada de alienação fiduciária disposta no artigo 22:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual **o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel** (PLANALTO, 1997, on-line).

Entende-se como alienação fiduciária de bem imóvel o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Melhor conceitua Afrânio Carlos Camargo Dantzger:

A alienação fiduciária caracteriza-se por ser um negócio jurídico bilateral, oneroso ou gratuito, principal ou acessório, solene ou não-solene. Trata-se de instituto pelo qual o devedor de uma obrigação principal, através de um contrato de mútuo, oferece garantia de que certamente irá honrar com a sua obrigação e saldar integralmente sua dívida. Neste caso, o devedor transfere ao credor a propriedade com a garantia de que após quitar a dívida retomarará o bem (DANTZGER, 2007, pág. 37).

Para o escritor Caio Mario Pereira, o instituto da alienação em garantia se materializará quando da transferência da propriedade do bem pertencente ao devedor fiduciante ao credor fiduciário, sob a condição resolutiva que é o adimplemento da dívida. Vejamos:

De sua conceituação legal resulta que é um negócio jurídico de disposição condicional. Subordinado a uma condição resolutiva, porque a propriedade fiduciária cessa em favor do alienante, uma vez verificado o implemento da condição resolutiva, não exige nova declaração de vontade do adquirente ou do alienante, nem requer a realização de qualquer novo ato. O alienante, que transferiu fiduciariamente a propriedade, readquire-a pelo só pagamento da dívida (PEREIRA, 2003, pág. 426).

Do mesmo modo, o escritor Melhim Nemem Chalhub vê a alienação fiduciária como um título constitutivo de propriedade resolúvel:

Ao ser contratada a Alienação Fiduciária, o devedor fiduciante transmite a propriedade ao credor fiduciário e, por esse meio, demite-se do seu direito de propriedade; em decorrência dessa contratação, constitui-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel; por força dessa estruturação, o devedor fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e pode tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal (CHALHUB, 2009, pág.222).

Extraí-se dos conceitos citados que a alienação fiduciária tem como característica a temporariedade e a transitoriedade, onde o credor adquire o imóvel não com o propósito de mantê-lo como sua propriedade, em caráter perpétuo e exclusivo, mas com a finalidade de garantir-se, mantendo-o sob seu domínio até que o devedor fiduciante pague a dívida (DOS SANTOS, 2010, pág. 23).

Com a criação da lei 9.514 de 20 de novembro de 1997, permitiu-se o aumento da quantidade de financiamentos em virtude da segurança proporcionada ao credor/fiduciário para reaver o crédito cedido.

Assim, a partir deste instituto, o Sistema de Financiamento Imobiliário – SFH ganhou força e o Programa Minha Casa, Minha Vida, por exemplo, pode ser executado causando conseqüente impacto positivo no direito fundamental à moradia, estudado no capítulo anterior.

Recentemente, na data de 17/07/2017 foi sancionada a lei nº 13.465/2017 que contemplou diversas alterações para o direito imobiliário, abarcando alterações como a figura do condomínio de lotes, inseriu o direito real de laje e modificou as regras da alienação fiduciária de imóvel.

Tais modificações deixaram o procedimento mais rigoroso para aquele que compra o imóvel, caso se torne inadimplente com as obrigações, facilitando o negócio para as construtoras e incorporadoras.

É oportuno ao presente trabalho compreender melhor o desenvolvimento de um contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, assim como verificar as conseqüências para os casos de inadimplementos.

Deste modo, a fim de melhor visualizar o tema proposto, será descrito na sequência aquelas cláusulas pertinentes ao assunto, dispostas em um contrato padrão de compra e venda de imóvel com alienação fiduciária em garantia no sistema financeiro de habitação, utilizado para aquisição de um imóvel na cidade de Chapecó – Santa Catarina, disponível no anexo 1 deste trabalho.

Pois bem. As partes contratantes deste tipo de negócio podem ser qualificadas como credor fiduciário e devedor fiduciante. O primeiro é aquele que adquire a propriedade fiduciária, e o segundo, é aquele que aliena o bem em garantia ao pagamento de uma dívida.

Ademais, a contratação não está adstrita as entidades que operam o Sistema Financeiro Imobiliário, pelo contrário, o legislador deixou claro que qualquer pessoa física ou jurídica pode contratá-la, nos termos do parágrafo único do artigo 22:

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

- I - Bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;
- II - O direito de uso especial para fins de moradia;
- III - O direito real de uso, desde que suscetível de alienação;
- IV - A propriedade superficiária (PLANALTO, 1997, on-line).

Corroboram a esse entendimento sobre as generalidades quanto às partes destes contratos as lições de Melhim Namem Chalhub, quando sintetiza que os particulares também estão legitimados a figurar no contrato como credores fiduciários:

Diferentemente, a Lei nº 9.514 de 1997, que instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário e disciplinou a Alienação Fiduciária em garantia sobre bens imóveis, atribuiu legitimidade para contratação dessa alienação a qualquer pessoa, quer física, quer jurídica, não restringindo às entidades que operam no mencionado Sistema. Com a generalização, o legislador deixa clara sua intenção de dotar o setor imobiliário, em toda a sua amplitude, de um novo instrumento para dinamização de suas atividades, em atenção à sua função multiplicadora na economia e à sua capacidade de geração de empregos em larga escala, e, em especial, viabilizar o funcionamento do mercado secundário de créditos imobiliários (CHALHUB, 2009, pág. 202-203).

Ainda sobre a redação do § 1º do artigo 22 da Lei 9.514/97, o contrato de alienação fiduciária tem como objeto coisa imóvel, compreendendo o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Logo, podem ser objeto de alienação fiduciária quaisquer bens imóveis, com ou sem acessões, o domínio útil de imóveis ou a propriedade superficiária, bem como o direito de uso, desde que suscetível de alienação.

No contrato em análise, a cláusulas da alienação fiduciária está disposta do seguinte modo:

13 – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – O (s) DEVEDORES (S) aliena (m) à CAIXA o imóvel ora transacionado, em garantia do cumprimento das obrigações deste contrato, conforme a Lei 9.514/97, abrangendo acessões, benfeitorias, melhoramentos, construções e instalações.

13.1 – A propriedade fiduciária é constituída com o registro deste contrato, tornando o (s) DEVEDOR (ES) possuidor (es) direito (s) e a CAIXA, possuidora indireta do imóvel.

13.2 – Aos (s) DEVEDORE (ES) inadimplente (s) é assegurada a livre utilização, por sus conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária.

No que se refere a formalização do contrato, o artigo 23 da lei 9.514/97 dispõe que *“constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título”* E complementa que *“com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel”*.

Diante disso, a alienação fiduciária deve ser realizada por meio de um contrato, e para sua constituição, deve ser levado a registro junto ao cartório de registro de imóveis competente, para que passe a existir a propriedade fiduciária.

Quanto à forma, é consolidado que poderá dar-se mediante escritura pública ou instrumento particular - art. 38 da Lei n. 9.514/97.

Chalhub comenta sobre esta possibilidade:

A lei não faz restrição alguma quanto as modalidades de contrato passíveis de ser formalizados mediante instrumento particular em relação à Lei nº 9.514/97; ao contrário, estende a possibilidade de formalizar por instrumento particular a todos os atos e contratos referidos nesta lei resultantes de sua aplicação. Assim, quando resultantes da referida lei, podem ser celebrados por instrumento particular a compra e venda, a promessa de venda, a hipoteca, a caução de direitos aquisitivos, a cessão fiduciária, a Alienação Fiduciária, enfim, os atos e contratos relacionados à comercialização de imóveis e à constituição de garantias imobiliárias previstas na Lei 9.514/97, ou resultantes dela. Anote-se, ademais, que tais operações – o financiamento, a compra e venda e a Alienação Fiduciária, ou o empréstimo com pacto adjecto de Alienação Fiduciária – são inequivocamente vinculados, não tendo nenhum delas existências autônomas, mas todas dependentes umas das outras; trata-se de contratos coligados, já que se não houver financiamento não haverá compra e venda e se não houver está o tomador do financiamento não será titular do imóvel que em seguida alienará fiduciariamente ao financiador, pois todas essas operações tem como objeto a compra e venda com financiamento e Alienação Fiduciária. Portanto a compra e venda, desde que com financiamento nas condições do sistema de financiamento imobiliário, é resultante da aplicação da Lei nº 9.514/97 e, conseqüentemente, pode ser formalizada por instrumento particular (CHALHUB, 2009, pág. 234-235).

Na sequência, o artigo 24 da Lei nº 9.514/97 elenca requisitos imprescindíveis a celebração do negócio:

Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá:

I - o valor do principal da dívida; II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; III - a taxa de juros e os encargos incidentes; IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição; V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; VII - a cláusula dispendo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

Também é peculiar desta modalidade de contrato um termo final, ou seja, a data prevista para sua extinção. O contrato de alienação fiduciária pode ser resolvido pelo **pagamento** integral da dívida e seus respectivos encargos, cancelando-se o registro da propriedade fiduciária (artigo 25 §§ 1º e 2º e artigo 26 §§ 1º ao 8º, ambos da Lei nº 9.514/97) ou pelo **inadimplemento**, situação em que será consolidada a propriedade do bem ao credor fiduciário.

Na hipótese de pagamento integral da dívida, a lei 9.514/97 em seu § 1º do artigo 25 estabelece prazo de 30 dias para que o credor fiduciário entregue ao devedor fiduciante o termo de quitação, comprovando o adimplemento da dívida. A não entrega do termo de quitação no prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, poderá acarretar pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato (CASSETTARI, 2013, pág. 36).

Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.
§ 1º No prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato.
§ 2º À vista do termo de quitação de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

Melhim Namem Chalhub elucida:

O pagamento é a condição para que a propriedade plena retorne ao fiduciante, pois na Alienação Fiduciária, o fiduciante transfere ao fiduciário a propriedade resolúvel do imóvel com o escopo de garantia, assim permanecendo até que seja paga a dívida. Alude, que; aplicam-se ao pagamento os princípios gerais previstos nos arts. 304 e seguintes do Código Civil, pelo que devem pagar o devedor principal (fiduciante) ou seus coobrigados, ficando estes, caso paguem, sub-rogados no crédito e na garantia fiduciária. O pagamento é o fato jurídico que extingue a obrigação e caracteriza o implemento da condição resolutiva, daí porque dispõe a lei que, com o pagamento da dívida, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel, devendo o fiduciário fornecer ao fiduciante o termo de quitação dentro de 30 dias; à vista do termo de quitação, o oficial do Registro de Imóveis competente cancela o registro da propriedade fiduciária, daí decorrendo a automática reversão da propriedade ao fiduciante (CHALHUB, 2009, pág. 246).

A previsão de entrega do termo de quitação está prevista no contrato analisado:

31 – LIBERAÇÃO DA GARANTIA – Em até 30 (trinta) dias após a liquidação da dívida, a CAXA fornecerá termo de quitação, sob pena de multa em favor dos (s) DEVEDOR (ES) de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato, o qual deverá ser averbado no Registro de Imóveis, sendo as despesas deste ato de responsabilidade do (s) DEVEDOR (ES).

Com o termo de quitação, a propriedade resolúvel se transforma em propriedade plena ao devedor fiduciante, que poderá pleitear junto ao Cartório de Registro de Imóveis a retificação e o registro em favor do devedor fiduciante, para que este tenha a propriedade plena, deixando de existir a alienação fiduciária sobre referido imóvel.

A outra hipótese de extinção do contrato é o inadimplemento. O artigo 26 § 1º da lei 9.514/97 estabelece que *“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”*.

O procedimento acontecerá de forma extrajudicial. Primeiramente, conforme elucida o artigo citado, deverá haver a constituição em mora do devedor, pois a comprovação da mora é requisito necessário a consolidação da propriedade ao credor.

Assevera Cassetari da importância em cumprir os requisitos exigidos pela lei e afirma:

Vencida e não paga, o devedor tem prazo de carência, definido no contrato, antes de ser intimado o devedor para constituição em mora. Passado o prazo de carência, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pessoalmente pelo oficial do RI do local do registro (ou escrevente não pode auxiliar). Este pode: Mandar intimar pessoalmente ou por escrevente; Intimar pelo correio por carta com aviso de recebimento; Encaminhar ao Títulos e Documentos para promover. Se a pessoa se encontrar em local incerto e não sabido, o oficial deve certificar o fato. Em virtude deste fato, poderá ser promovida a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária (CASSETTARI, 2013, pág. 37).

Como visto a intimação para purgação da mora acontecerá depois de transcorrido o prazo contratual, ajustado pelas partes, para pagamento da dívida. Para que se faça cessar a mora, deverá ser apresentado ao Cartório de Registro de Imóveis o comprovante de pagamento do valor cobrado, sob pena de a propriedade ser consolidada a favor do credor fiduciário.

Realizada a intimação, não purgada a mora e transcorridos quinze dias, o credor fiduciário promoverá a averbação na matrícula do imóvel da

consolidação da posse (art. 26, §7º) que ocorrerá independente de intervenção judicial.

No contrato, esta previsão está disposta do seguinte modo:

16 – PRAZO DE CARÊNCIA PARA EXPEDIÇÃO DE INTIMAÇÃO – A carência para expedição da intimação é de 30 (trinta) dias, contados a partir do vencimento do primeiro encargo mensal vencido e não pago.

17 – INTIMAÇÃO – Decorrido o prazo estipulado no item 16, o DEVEDOR (ES) ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído será intimado pessoalmente, com prazo de 15 (quinze) dias para purgação da mora.

17.1 – Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalerá a alienação fiduciária, cabendo ao (s) DEVEDOR (ES) o pagamento das despesas de cobrança e intimação

18 – CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE – Decorrido o prazo de trata o item 17 sem a purgação da mora, a propriedade do imóvel será consolidada em nome da CAIXA mediante o pagamento de tributos devidos pela transmissão.

O escritor Frederico Henrique de Lima defende que a consolidação da posse não é automática, fazendo-se necessário o cumprimento de alguns requisitos:

No caso de o devedor fiduciante deixar de purgar a mora, surge para o credor-fiduciário a possibilidade de exercer o direito na consolidação, para si, da propriedade fiduciária. Decorrido três dias, após a finalização do prazo assinalado para a purgação da mora, o credor fiduciário deverá requerer ao Oficial de Registro de Imóveis que realize a consolidação da propriedade. Para tanto, terá que recolher o imposto de transmissão entre vivos, incidente em virtude da transmissão da propriedade e apresentar, também, em original, o comprovante de que a intimação não foi atendida. A notificação deve ser no original, não sendo admissível a cópia do mesmo, ainda que autenticada. Uma vez registrada a consolidação da propriedade fiduciária, tendo como novo titular, o credor fiduciário, desaparece a propriedade fiduciária resolúvel com escopo de garantia. Porém, esta nova propriedade, recém-adquirida pelo credor-fiduciário não é propriedade plena. Isto porque o poder do credor não é ilimitado como em geral ocorre nesta forma de propriedade, já que tem ele a obrigação de, no prazo de trinta dias contados da data do registro da consolidação, de aliená-la para satisfazer seu crédito (LIMA, 2006, pág. 160).

Consolidada a posse da propriedade ao credor, este não poderá permanecer com o bem imóvel, em virtude de exigência legal que determina a venda deste imóvel. Por outro lado, o devedor fiduciante também não poderá permanecer no imóvel quando a causa for a inadimplência das prestações, o

que concede ao credor fiduciário, o artigo 30 da Lei 9.514/97, o direito de ser reintegrado na posse do imóvel, tendo em vista a consolidação da propriedade fiduciária.

Art. 30. É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome (PLANALTO, 1997, on-line).

O artigo citado também prevê que há possibilidade do credor, requerer liminarmente, em Juízo, a reintegração da posse, e a desocupação do imóvel, pelo devedor fiduciante, no prazo de até sessenta dias, se este se mantiver no imóvel.

No presente contrato, resta consignado:

20 – DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL EM GARANTIA – A CAIXA receberá do poder expropriante a indenização, abatendo o valor da dívida e disponibilizando o sando, se houver, ao (s) DEVEDOR (ES), que permanece (m) responsável (is) pelo pagamento na hipótese de indenização inferior a dívida.

Não efetivando a causa resolutive da propriedade (pagamento da dívida), por uma das formas apontadas na lei (purgação da mora pelo devedor fiduciante ou arrematação em público leilão), a propriedade plena se consolida na pessoa do credor fiduciário, visto que a partir daí poderá utilizar-se dela como bem lhe aprouver.

Havendo a purgação da mora pelo devedor fiduciante antes da assinatura do auto de arrematação, resolve-se a propriedade, e o devedor fiduciante deixa de ser proprietário sob condição suspensiva e retorna ao *status quo ante*: o de proprietário pleno do bem, como se o contrato de alienação jamais houvesse existido.

Enfim, quanto ao procedimento do leilão, cabe esclarecer brevemente: De acordo com o disposto no artigo 27 da lei. 9.514/97 deverá o credor promover leilão para a venda do imóvel. A exceção a este procedimento ocorre na hipótese do § 8º que esclarece: “o fiduciante pode, com a anuência

do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensado os procedimentos previstos no art. 27”.

Inaplicada a exceção, o imóvel será levado a leilão pelo valor estabelecido no artigo 24, inciso VI da referida lei. Não sendo alcançado o valor estabelecido será feito segundo leilão. Nesta conjectura o preço mínimo do imóvel será o valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais, conforme disciplinam os §§ 2º e 3º do art. 27 da Lei nº 9.514/97.

Ocorrendo o arremate do imóvel, no segundo público leilão, por valor superior à dívida e às despesas, o credor deverá devolver dentro dos cinco dias subsequentes à venda, o saldo remanescente ao devedor, o que importará em quitação recíproca.

De outra forma, caso o valor pago pelo bem seja integralmente utilizado na satisfação do crédito, haverá quitação de fiduciário e fiduciante, sem que nenhuma quantia seja entregue a este. O fiduciário nada terá de devolver ou indenizar a título de benfeitorias e de valores pagos como entrada ou prestações.

Se frustrado o segundo leilão, isto é, se o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida e dos encargos, a dívida será considerada extinta, sendo fornecido ao fiduciante termo de quitação nos cinco dias posteriores ao segundo leilão, de acordo com o preceituado nos §§ 5º e 6º do artigo 27 da Lei nº 9.514/1997.

Em contrapartida, o fiduciário passará a possuir a propriedade plena do imóvel, podendo dispor do mesmo da maneira que melhor lhe aprouver, ou ainda, podendo ficar com ele.

Observa Frederico Henrique Viegas de Lima que:

[...] o título hábil para que o credor leve a registro sua propriedade plena é a carta de adjudicação judicial ou passada pelo leiloeiro público, que deverá conter a circunstância de haverem sido realizados dois leilões com resultados negativos (LIMA, 2006, pág. 142).

Ainda sobre o procedimento do leilão, contrato em análise igualmente sintetiza este procedimento:

19 – LEILÃO EXTRAJUDICIAL – Consolidada a propriedade em nome da CAIXA, o imóvel será alienado a terceiros, conforme art. 27 da Lei 9.514/97.

19.1 – Para fins do leilão extrajudicial, as partes adotam os seguintes conceitos:

I – O valor do imóvel: valor da avaliação constante na letra B7, acrescidos os valores das benfeitorias existentes e que lhe integrem, atualizado monetariamente até a data do leilão, reservando-se a CAIXA o direito de reavaliar o imóvel;

II – Valor da dívida: saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, incluindo juros convencionais, penalidades e demais encargos contratuais (por exemplo, prêmios de seguro, encargos legais, inclusive tributos e contribuições condominiais);

III – Valor das despesas: soma das importâncias dos encargos, custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, incluindo despesas relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

19.2 – O 1º leilão será realizado dentro de 30 (trinta) dias contados do registro da consolidação da propriedade em nome da CAIXA, pelo valor do imóvel.

19.3 – Não havendo oferta em valor no mínimo igual ao fixado no 1º leilão o imóvel será ofertado em 2º leilão, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data do primeiro público leilão, no qual será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior à soma dos valores da dívida e das despesas, assim conceituados no item 19.1

19.4 – Alienado o imóvel, nos 05 (cinco) dias subsequentes ao integral e efetivo pagamento, a CAIXA entregará ao (s) DEVEDOR (ES) a importância de sobrar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos, importando em recíproca quitação.

19.5 – No 2º leilão na ausência de lance maior ou igual ao valor da dívida, ou na ausência de licitante será considerada extinta a dívida e exonerada a CAIXA da obrigação de restituição ao (s) DEVEDOR (ES) de qualquer quantia, a que título for.

19.6 – Extinta a dívida, dentro de 05 (cinco) dias a contar da data da realização do 2º leilão, a CAIXA dará ao devedor termo de quitação.

Diante de todo o estudado até o momento, necessário registrar que o procedimento previsto pela lei 9.514 de 20 de novembro de 1997 somente acontecerá para aqueles casos que cumpram todos os requisitos previstos, em razão do princípio da boa-fé e ainda a função social da propriedade.

Da mesma forma, a citação das cláusulas do contrato padrão utilizado pelo agente financeiro Caixa Econômica Federal, denotam que seu teor está em sintonia ao que prevê a lei de alienação fiduciária.

Outrossim, considerando que fora explorado o contrato de compra e venda de imóvel com alienação fiduciária em garantia no sistema financeiro de habitação com recursos do programa MCMV – Minha Casa, Minha Vida,

necessário citar brevemente as faixas de financiamento oferecidas para aquisição das habitações sociais, assim como, demonstrar que a desocupação do imóvel igualmente pode ser requerida pelo credor fiduciário quando houver o descumprimento de regramento previsto em lei ou cláusulas do contrato, além da hipótese do inadimplemento já abordada.

O programa de habitação Minha Casa, Minha Vida é obra do Governo Federal, regulamentado pela Lei nº 11.977 de 07 de julho de 2009, no intuito de facilitar a aquisição da casa própria, incentivando a população à aquisição e também a produção de novas residências, sejam elas na área urbana ou rural. Ainda como forma de incentivo o Governo apresentou taxas de juros baixas em comparação aos valores de mercado comum.

Já no início da lei, é destacada a finalidade do programa:

Art. 1º O Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais) e compreende os seguintes subprogramas: [...] (PLANALTO, 2009, on-line).

Assim, o programa vem sendo devolvido em parceria com os Estados, municípios, empresas e entidades sem fins lucrativos.

Em consulta ao sitio da CEF – Caixa Econômica Federal, agente financeiro descrito no contrato citado, é possível identificar quatro faixas de financiamento, conforme transcreve-se:

Famílias com renda de até R\$ 1.800,00:

Faixa 1 - A Caixa oferece várias vantagens para a sua família. Conte com um financiamento de até 120 meses, com prestações mensais que variam de R\$ 80,00 a R\$ 270,00, conforme a renda bruta familiar. A garantia para o financiamento é o imóvel que você vai adquirir. Assim, fica muito mais fácil realizar o sonho da casa própria.

Famílias com renda de até R\$ 2.600,00:

Faixa 1,5: Você pode adquirir um imóvel cujo empreendimento é financiado pela Caixa com taxas de juros de apenas 5% ao ano e até 30 anos para pagar e subsídios de até 47,5 mil reais.

Famílias com renda de até R\$ 4.000,00:

FAIXA 2: Se sua família tem renda bruta de até R\$ 4.000,00, você se encaixa nesta faixa do Programa Minha Casa Minha Vida e pode ter subsídios de até R\$ 29.000,00.

Famílias com renda de até R\$ 7.000,00:

FAIXA 3: Para famílias com renda bruta de até R\$ 7.000,00, o Programa Minha Casa Minha Vida oferece taxas de juros diferenciadas em relação ao mercado para você conquistar uma casa própria (GOVERNO, n.p.).

Dentre os requisitos para participação do programa, destaca-se o enquadramento da renda em uma das faixas do programada, não ser proprietário de outro imóvel e o essencial, ter a intenção de residir no imóvel.

Sobre o requisito intenção de residir no imóvel, nos deparamos com o abordado no capítulo inicial, quanto ao direito de propriedade e a sua função social. O programa visa facilitar a obtenção da propriedade de acordo com o preceito constitucional, todavia, condiciona os imóveis com o fim de moradia.

Neste sentido, caso o imóvel esteja sendo utilizado em desacordo a sua finalidade, a exemplo do uso irregular, invasão, venda ou algum tipo de ociosidade, o credor fiduciário, na maioria dos casos abrangidos pelo programa a Caixa Econômica Federal, poderá tomar as providências para regularizar a situação, dispondo inclusive, da reintegração de posse.

Para exemplificar esta situação, considerando que o contrato padrão citado fora utilizado no município de Chapecó, é pertinente mencionar um caso prático de reintegração de posse ocorrida na data de 10 de abril de 2018 na cidade de Chapecó – Santa Catarina, junto ao Loteamento Expoente.

O Loteamento Expoente é um empreendimento construído em parceria entre Caixa Econômica Federal e o Município de Chapecó com objetivo de atender 470 famílias por meio do Programa Minha Casa, Minha Vida. Os beneficiados receberam as regras do programa, principalmente as que previam a obrigatoriedade de residir no imóvel, não podendo deixar desocupado, vender/alugar ou colocar terceiros no mesmo, as exigências quanto a animais

domésticos, ampliações e alterações da estrutura, transporte coletivo, ligações de energia elétrica e água, coleta de lixo, dentre outras (CHAPECÓ, 2018, n.p.)

A medida ocorreu através da CEF que após vistorias no local, constatou que vários imóveis foram ocupados irregularmente por famílias, outros foram vendidos contra as normas do programa Minha Casa, Minha Vida e até mesmo invadidos por criminosos, que mesmo após notificação para regularização, a situação permaneceu inalterada.

Em nota, a Caixa Econômica Federal manifestou-se:

A Caixa Econômica Federal informa que entrou com pedido de reintegração de posse de vários imóveis residenciais do Loteamento Expoente, em Chapecó (SC), com denúncias de ocupação irregular, sendo que, para 38 (trinta e oito) deles, por não ter havido entrega consensual, houve a necessidade de expedição dos respectivos mandados judiciais de reintegração. A CAIXA acompanha o cumprimento destas decisões judiciais. Após a efetiva reintegração, as moradias serão direcionadas aos beneficiários selecionados pela prefeitura local de acordo com as regras do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV). A CAIXA esclarece ainda que as ocorrências de ociosidade e/ou ocupação irregular de imóveis da faixa 1 do Programa Minha Casa Minha Vida são tratadas pelo banco após o recebimento das denúncias, que podem ser feitas via Prefeitura ou através do Programa Caixa de Olho na Qualidade, que tem objetivo de atender aos beneficiários do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV). Neste Programa eles têm a opção de fazer denúncias de uso irregular, invasão, venda ou ociosidade. O telefone é 0800-721-6268 e a ligação é gratuita.

Ao receber denúncia de imóvel não ocupado, bem como demais irregularidades, a CAIXA notifica os moradores para que comprovem a ocupação regular do imóvel. Caso fique comprovada a irregularidade, a CAIXA adota medidas judiciais cabíveis, no sentido de buscar a rescisão do contrato e a reintegração de posse do imóvel e seu redirecionamento para outra família que esteja no cadastro habitacional do Município (CHAPECÓ, 2018, n.p.).

Desta situação, percebe-se que como o contrato de compra e venda está amparado nos dispositivos da lei de alienação fiduciária é possível executá-lo quando da ocorrência de inobservância as suas regras.

Logo, a facilitação da aquisição da moradia está intimamente ligada ao cumprimento da sua função social, e não sendo cumprida esta exigência pelo adquirente coloca-se o imóvel a disposição do credor fiduciário.

3.2 Teoria do Adimplemento Substancial

Conforme visto no tópico anterior, em observação restrita as cláusulas contratuais, o seu descumprimento pela inobservância de regras do próprio contrato ou o inadimplemento, ensejam a rescisão. Para os contratos com alienação fiduciária, a retomada do bem pelo credor fiduciário é a alternativa prevista para resolução do impasse.

Entretanto, é de longa data que a doutrina e a jurisprudência buscam alternativas para manter o equilíbrio contratual naqueles casos em que há boa-fé do devedor fiduciário e cumprimento da maior parte da obrigação, no intuito de substituir a rescisão do contrato, e a consequente perda do bem, em perdas e danos.

Essa medida que visa resolução diversa a certos negócios jurídicos é chama de teoria do adimplemento substancial. A teoria trata dos casos impeditivos a resolução unilateral do contrato, ainda que haja a inexecução parcial por uma das partes, naquelas situações em que ocorreu o cumprimento da maior parte da obrigação.

A essência da teoria do adimplemento substancial é impedir o credor de requerer a resolução do contrato caso haja cumprimento significativo de seu conteúdo. Na prática, uma de suas consequências é afastar a possibilidade de busca e apreensão da coisa na alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

Sobre o assunto, o escritor Flávio Tartuce defende que pela teoria de adimplemento substancial *“em hipóteses em que o contrato tiver sido quase todo cumprido, não caberá a sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, visando sempre a manutenção da avença”* (TARTUCE, 2014, pág. 251).

A teoria tem sua origem no Direito Inglês, com seu primeiro registro oficial datado da década de 70 do século XVIII. Após, teve a primeira previsão em texto legal no direito Italiano, porém sem uma especificação quanto aos critérios objetivos para sua aplicação.

No direito Brasileiro, a teoria inaugurou por meio de um acórdão do STJ – Superior Tribunal de Justiça no ano de 1995. Naquela oportunidade, o relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar deu provimento ao recurso utilizando-se da

doutrina do adimplemento substancial (BRASIL, 1995, disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100810/Julgado_1.pdf, n.p.).

Comentou o Ministro do STJ Antônio Carlos Ferreira a respeito do julgado:

A introdução da teoria do adimplemento substancial no STJ é um perfeito exemplo da virtuosa associação entre doutrina e jurisprudência, um diálogo cada vez mais raro em função do enorme acervo que os tribunais são levados a vencer todos os dias e, infelizmente, pela postura mais reativa que parte dos doutrinadores acabou por assumir em seus ofícios nas universidades e nos livros (FERREIRA, 2015, n.p.).

Em que pese a utilização deste entendimento em nossos Tribunais a teoria do adimplemento substancial não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico, ou seja, não está positivada em texto de lei, entretanto, tem-se associado à sua aplicabilidade aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, construídos pela doutrina.

Diante da crescente discussão sobre o assunto, e frente a ausência de dispositivo legal que legisle sobre a matéria, foi promovido pelo Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça a IV Jornada de Direito Civil, ocorrida no ano de 2006, que aprovou o Enunciado nº 361, com o objetivo de relativizar a aplicação do artigo 475 do Código Civil. Vejamos:

O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475 (BRASIL, 2006, on-line).

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos (PLANALTO, 2002, on-line).

Citado entendimento buscou relativizar a aplicação do artigo 475 do Código Civil a todo e qualquer contrato, principalmente para aqueles que possuem bens como garantia do pagamento da dívida, alienados fiduciariamente, para que antes da declaração da rescisão e posse do bem pelo credor fiduciário, sejam analisadas as particularidades do contrato e sopesado os princípios da boa-fé e da função social do contrato.

O princípio da boa-fé objetiva é contemplado pelo artigo 422 do Código Civil que prevê: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*” (PLANALTO, 2002, on-line).

A boa-fé direciona a análise da conduta da parte contratante, aplicada a todo negócio jurídico, e decorre de análise do Magistrado para sua aferição, pois a ideia central é limitar os excessos e coibir qualquer prática ou tentativa que vise ludibriar a sua aplicação. Nas palavras de Sílvia de Salvo Venosa, “*Na análise do princípio da boa-fé dos contratantes, devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, o momento histórico e econômico.*” (VENOSA, 2006, pág. 374).

Já o princípio da função social do contrato está intimamente ligado ao interesse social, uma vez que a conservação dos contratos importa a coletividade a fim de evitar insegurança nas relações jurídicas. Com aplicabilidade a teoria do adimplemento substância, igualmente se mostra relevante a função social do contrato no intuito de manter um contrato ao invés de rescindi-lo em razão do tempo em que as partes se mantiveram atreladas a ele.

Muito embora a função social do contrato esteja relacionada a um princípio jurídico que tem por finalidade limitar a liberdade de contratar, em prol do interesse comum, temos que ter a presente ideia que o termo social não está vinculado à visão socialista pois não há a vontade de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas sim de tornar a propriedade privada aos interesses sociais (GAGLIANO, 2012, pág. 86).

Assim, a função social do contrato tem como característica evitar o desfazimento da relação contratual em momentos em que há um adimplemento substancial frente a um pequeno inadimplemento, permitindo assim a manutenção do contrato. Neste sentido, os contratos não são mais vistos como meio individual, mas engajado em um sistema social (CARLI, 2005, pág. 123).

De qualquer forma, os princípios servem de norte para que os Julgadores façam análise de cada caso e identifiquem a sua ocorrência a determinado contrato, decidindo pela aplicação da teoria.

Atualmente, em razão da demanda que chega ao Poder Judiciário, o órgão vem se posicionando a respeito da aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária de imóveis, embora não haja definição quanto ao percentual mínimo de cumprimento da obrigação para cabimento da teoria.

Para exemplificar a aplicabilidade da teoria, transcreve-se o julgamento do Resp. 1351670/GO do Ministro Lázaro Guimarães, Desembargador Convocado do TRT-5, publicado na data de 14/05/2018:

DIREITO CONTRATUAL. CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL A PRESTAÇÃO. INADIMPLEMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO DO CONTRATO, REINTEGRAÇÃO NA POSSE E INDENIZAÇÃO POR FRUIÇÃO. INCONSISTÊNCIA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. POSSIBILIDADE. Cumprindo a parte mais de 80% de sua obrigação, não se mostra razoável a rescisão do Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda de imóvel impondo-se o reconhecimento do adimplemento substancial pela incidência do princípio da boa-fé objetiva, a teor do artigo 422, CC/2002, e consagrada no art. 51, inc. IV do CDC. Apelação Cível conhecida e desprovida. (Resp. 1351670/GO. Relator Ministro Lázaro Guimarães. Data da Publicação 14/05/2018) (BRASIL, 2018, n.p.).

O entendimento utilizado na fundamentação denota justamente a preocupação quanto ao equilíbrio contratual, demonstrando-se razoável a rescisão do contrato com base na teoria do adimplemento substancial, considerando que mais de 80% da obrigação fora cumprida pelo devedor, disponibilizando ao credor meio menos gravosos a obtenção do crédito devido, com a conversão do saldo devedor em perdas e danos.

Ademais, é importante referenciar que a aceitação da teoria do adimplemento substancial vai de encontro ao disposto no artigo 26, “caput”, da Lei 9.514/97 ao estabelecer que “*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*”.

A mudança de posicionamento do Tribunal está relativizando a aplicabilidade desta cláusula disposta nos contratos com alienação fiduciária e abrindo precedentes para que o devedor fiduciário possa pleitear a renegociação da dívida sem que tenha obrigatoriamente que perder o imóvel, conforme atualmente estabelece a lei.

Percebe-se com tais mudanças no cenário jurídico que os princípios fundamentais ao direito de moradia e a própria função social do contrato estão servindo de balizadores ao cumprimento de regras pré-dispostas contratualmente, em primazia a manutenção do contrato e menor onerosidade ao adquirente do bem.

Mostra-se crescente que o inadimplemento contratual nem sempre dará causa a extinção do negócio jurídico e a posse do bem pelo credor do bem alienado fiduciariamente, desde que haja: o adimplemento substancial das obrigações; a parcela descumprida puder ser alcançada por outro meio alternativo e útil ao credor e quando caracterizado que o devedor agiu com boa-fé, mediante a demonstração do esforço e a diligências em adimplir na integralidade do contrato (CAVALCANTI, 2012, on-line).

De toda forma, nota-se que o Judiciário atua pontualmente quanto a aplicação desta teoria, principalmente para não incorrer na sua banalização, conforme ocorre com grandes partes dos institutos atuais.

Diante disso, os defensores da teoria reforçam que ela não serve para incentivar o inadimplemento contratual, mas pelo contrário, destina-se a equilibrar as relações contratuais.

3.3 Análise da (in) constitucionalidade dos dispositivos da lei de alienação fiduciária que autorizam a retomada de imóveis pelo credor fiduciário

Neste tópico final, resta analisar se àquelas cláusulas dispostas no contrato de financiamento habitacional com alienação fiduciária (anexo 1), extraídas da lei 9.514 de 20 de novembro de 1997, que tratam da retomada de imóveis pelo credor fiduciário, implicam em afronta aos princípios fundamentais constitucionalmente previstos, como o direito à propriedade.

Conforme visto, a alienação fiduciária foi introduzida no ordenamento jurídico com o objetivo de facilitar a aquisição de imóveis pelos consumidores e ao mesmo tempo ser uma garantia eficaz ao recebimento do crédito cedido pelo agente financeiro.

Deste modo, o adquirente assume a propriedade resolúvel do bem, deixando-o como garantia ao pagamento da dívida contraída e somente adquirindo a propriedade plena com a quitação da dívida.

Aliado a isso, surgiram programas com a finalidade de estimular a aquisição da propriedade privada, a exemplo do citado programa de habitação Minha Casa, Minha Vida, que é obra do Governo Federal, regulamentado pela Lei nº 11.977 de 07 de julho de 2009, que certamente impulsiona o direito fundamental a propriedade esculpida no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal.

Em razão disso, é que grande parte dos contratos para aquisição da casa própria possuem alienação fiduciária, pois a contrapartida a liberação de grande financiamento e contratação de juros menores decorre da garantia de pagamento pela alienação do bem.

Tratando-se da retomada de imóveis pelo credor fiduciário, os apontamentos pela doutrina e as irresignações por parte dos adquirentes ganham maior discussão no mundo jurídico, porquanto o fato de a moradia ser um direito fundamental, resguardada pela Constituição Federal, a retirada deste direito gera forte impacto ao mundo dos negócios jurídicos.

Sergio Iglesias Nunes de Souza comenta sobre a importância da moradia:

A moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, que permite a fixação em lugar determinado, não só físico, como também a fixação dos seus interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo, e, secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da "moradia" é inerente à pessoa e independente de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, "moradia" é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. "Residência" é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a habitação é o exercício efetivo da "moradia" sobre determinado bem imóvel. Assim, a "moradia" é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico [...] (SOUZA, 2004, pág. 45).

Deste modo, em virtude da previsão do artigo 26 da Lei 9.514/97 que prevê a perda do imóvel nos casos de inadimplemento é que o Poder Judiciário

vem sendo acionado pelos adquirentes para dirimir os conflitos gerados na alegação de onerosidade excessiva da lei.

Pelo exposto nos tópicos anteriores, nota-se que os argumentos utilizados tratam da aplicação dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da teoria do adimplemento substancial, que por vezes, são embaixadores de decisões judiciais.

O acolhimento de tais teses implica em alternativas a rescisão contratual, impossibilitando a retomada do bem (imóvel) pelo credor fiduciário em substituição por medidas menos onerosas ao adquirente, a exemplo da conversão do débito em perdas e danos.

Todavia, existe parte da doutrina e do Judiciário que em pese os argumentos expostos, compreendem que não existe contrariedade ou negação à garantia constitucional ao direito de propriedade o fato de o credor fiduciário pleitear a retomada do bem que garante o pagamento da dívida, uma vez que não há condicionamento ou limitação legal estabelecido pela legislação vigente.

Afrânio Carlos Camargo Dantzger elucida:

Assim, uma vez noticiada a execução, todos os meios de reação, de resistência, extrajudiciais ou judiciais, restam à disposição do mutuário, inclusive com a latente oportunidade do devedor, em objetivando a recuperação do bem, purgar a mora até a expedição da carta de arrematação, nos termos do art. 34 do Dec.-lei 70/1966. Ademais, atualmente, à luz da redação do art. 273 do CPC, que possibilita a antecipação, parcial ou total da tutela, abriu-se caminho máximo e instantâneo de acesso ao Judiciário, tudo dependendo, única e exclusivamente, da iniciativa do interessado (DANTGZER, 2007, pág. 103).

O entendimento é que além de não haver vedação no ordenamento jurídico quanto a entrega do bem como garantia, ou ainda, vedação ao credor de exigir o cumprimento da obrigação de acordo com o procedimento da lei 9.514/97, vislumbra-se que em nenhum momento é tolhido ao devedor o direito de ingressar com a ação que julgar cabível para discutir o procedimento de retomada do imóvel alienado fiduciariamente, não havendo assim, violação a direito fundamental.

Igualmente encontra-se respaldada a garantia constitucional do devido processo legal, porquanto o devedor fiduciante é titular de uma expectativa de

direito de propriedade do bem imóvel, pois no ato de transmissão da garantia ao credor fiduciário ele próprio despoja-se da propriedade (TERRA, 1998, pág. 54).

Caso verificada a condição resolutiva ou suspensiva da alienação fiduciária, o titular adquire o direito automaticamente, ou esse direito se extingue independentemente da intervenção judicial. Esse é o princípio do direito sob condição, ou seja, um direito resolúvel consolidado há séculos, não havendo nenhuma violação ao princípio do contraditório na consolidação da propriedade (CHALHUB, 2008, on-line).

Ademais, no caso de efetivada a consolidação da propriedade, o credor ingressa com ação de reintegração de posse, e é nesse momento que o devedor pode também exercer o contraditório, alegando toda e qualquer matéria de defesa atinente ao caso.

Nesse sentido, Manoel de Queiroz Pereira Calças leciona:

Observando-se, com rigor, os artigos 22 a 30 da Lei n. 9.514/97 e consolidada a propriedade fiduciária em nome do credor, assegura-lhe a lei o direito à concessão liminar de reintegração de posse do imóvel, que deverá ser desocupado no prazo de sessenta dias. A previsão do leilão extrajudicial e consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor por ato do registrador imobiliário não afronta a Constituição Federal, já que o acesso ao Judiciário, a ampla defesa e o contraditório continuam assegurados ao devedor que se sentir prejudicado (CALÇAS, 2008, on-line).

Diante disso, entende-se que não há inconstitucionalidade ou afronta ao direito fundamental a propriedade a perda do imóvel ao credor fiduciário, resumidamente porque o adquirindo conhece desde o princípio que o bem assegura o pagamento da dívida, assim como, tem a sua disposição mecanismo para evitar a perda do bem: purgação da mora, intervenção do Judiciário.

Ademais, a jurisprudência pátria tem compreendido que a alienação fiduciária é um instrumento que visa assegurar a circulação do crédito para preservar a efetividade desse instrumento, uma vez reconhecida a efetividade da Lei 9.514/97.

Então, se o devedor cumpre o avençado lhe é restituída a propriedade do bem dado em garantia fiduciária ao credor. Caso contrário, em não

cumprindo com o que lhe cabe, a propriedade é consolidada para o credor e este deve promover as providências necessárias dispostas em lei.

O devedor, em momento algum, é privado de seu bem, pois ele mesmo o transferiu em garantia ao credor, por livre e espontânea vontade, e sabe que com o pagamento da dívida terá o bem incorporado ao seu patrimônio. Contudo, inadimplindo com a obrigação, o bem permanece na propriedade de quem já a possui por direito, o credor, a qual somente é consolidada para fins de leilão.

Siccardi comenta o assunto explicando tratar-se de propriedade resolúvel, ou seja, uma propriedade temporária:

[...] Conforme lembra Melhim Namem Chalhub, a propriedade fiduciária que o credor possui, ao celebrar o contrato de alienação fiduciária em garantia, é temporária, ou seja, durará até o implemento da condição resolutiva que é o pagamento da dívida. Assim, adimplida a mesma, o credor perde a propriedade. Por outro lado, caso a condição não ocorra, o credor consolida a propriedade em seu nome. Nas palavras do jurista, 'uma eventual proibição a que o proprietário fiduciário fique com o imóvel, se a dívida não for paga, implicaria a própria negação da teoria da propriedade resolúvel, desnaturando-a inteiramente'. Completa o renomado jurista que a Lei n. 9.514/97 optou por atribuir ao credor a propriedade resolúvel, ainda que com limitações, caso o fiduciante deixe de pagar a dívida e desde que cumpridas as formalidades legais (SICCARDI, 2008, on-line).

Além do que a consolidação da propriedade plena na pessoa do fiduciário reside no fato de que se trata de direito real sobre bem próprio e não de direito real sobre coisa alheia.

Ademais, a incorporação do imóvel ao patrimônio do credor fiduciário não configura em locupletamento, porquanto o fiduciário emprestou dinheiro ao fiduciante e recebe o imóvel, cuja apreciação de mercado não lhe considera valioso, consistindo, portanto, em bem de liquidez duvidosa. (SICCARDI, 2008, on-line).

Conclui-se assim, que a alienação fiduciária, bem como as cláusulas que autorizam a retomada dos bens pelo credor, não foram criadas para beneficiar o Sistema Financeiro de Habitação, pelo contrário, possuem o cunho de incentivar a aquisição da propriedade privada, sem, contudo, prejudicar o credor.

Não há reconhecimento de inconstitucionalidade no procedimento utilizado, sendo que quando o assunto é levado ao crivo do Judiciário, cabe aos Julgadores realizarem a análise e utilizar a melhor alternativa para resolução do impasse, seja pela autorização da perda do imóvel ou credor ou pela utilização da teoria que visa equilibrar a relação contratual.

4 CONCLUSÃO

A lei de alienação fiduciária nº 9.514 de 20 de novembro de 1997, foi introduzida no ordenamento jurídico com o objetivo de facilitar a aquisição de imóveis pelos consumidores e ao mesmo tempo ser uma garantia eficaz ao recebimento do crédito cedido pelo agente financeiro.

Aliado a isso, surgiram programas com a finalidade de estimular a aquisição da propriedade privada, a exemplo do programa de habitação Minha Casa, Minha Vida, que é obra do Governo Federal, regulamentado pela Lei nº 11.977 de 07 de julho de 2009.

Tais medidas destinam-se a impulsionar a aquisição da propriedade privada, que se trata de um direito fundamental esculpido no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal, e conforme o exposto, é a base utilizada para diversos contratos de financiamento habitacional.

Assim, adentrando na proposta deste trabalho, percebe-se a partir da análise da lei de alienação fiduciária que há previsão legislativa que assegura o credor fiduciária a retomar o bem entregue como pagamento da dívida sem ferir o direito fundamental a propriedade do adquirente.

Conforme comenta a doutrina, não há cerceamento de qualquer direito do adquirente no sentido de perder a sua propriedade, uma vez que a própria lei coloca à disposição mecanismo para evitar a perda do imóvel como a purgação da mora e a intervenção do Judiciário.

Além de não haver vedação no ordenamento jurídico quanto a entrega do bem como garantia, ou ainda, vedação ao credor de exigir o cumprimento da obrigação de acordo com o procedimento da lei 9.514/97, vislumbra-se que em nenhum momento é tolhido ao devedor o direito de ingressar com a ação que julgar cabível para discutir o procedimento de retomada do imóvel alienado fiduciariamente, não havendo assim, violação a direito fundamental.

Ademais, conforme estudado, o devedor fiduciante é titular de uma expectativa de direito de propriedade do bem imóvel, pois ele mesmo o transferiu em garantia ao credor, por livre e espontânea vontade, e sabe que com o pagamento da dívida terá o bem incorporado ao seu patrimônio, contudo

inadimplindo com a obrigação, o bem permanece na propriedade de quem já a possui por direito, o credor.

Por tais razões, a lei de alienação fiduciária encontra grande respaldo para sua aplicabilidade, sendo que as teses de boa-fé objetiva e da teoria do adimplemento substancial ficam em um segundo plano, e a sua aplicação é analisada pontualmente.

Deste modo, a regra é o cumprimento do contrato, contudo, não se extingue a possibilidade de aplicação de teses substitutivas a rescisão do contrato no intuito de equilibrar as relações contratuais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. Saraiva, 2015.

BRASIL. **Portal do Governo Brasileiro - IBGE**. Disponível <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/chapeco>. Acesso em 20 de julho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Julgamento do Recurso Especial nº 76.362/MT**. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento ocorrido em 11 de dezembro de 1995. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100810/Julgado_1.pdf. Acesso em 06 de setembro de 2018.

BRASIL. **CJF – Enunciados**. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>. Acesso em 06 de setembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Julgamento de Recurso Especial**. Relator Ministro Lázaro Guimarães. Julgamento ocorrido em 10 de maio de 2018. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577509437/recurso-especial-resp-1351670-go-2011-0033781-6>. Acesso em 06 de setembro de 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAMPANHOLE, Adriano; LOBO, Hilton. **Todas as Constituições do Brasil**. 3ª Ed. Editora Atlas, 1978.

CARLI, Vilma Maria Inocência. **Teoria e direito das obrigações contratuais: uma nova visão das relações econômicas - códigos civil e consumidor**. Campinas: Brookseller, 2005.

CASSETTARI, Christiano. **Registro de Imóveis II, Atos Ordinário**. 6ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva: 2013.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negocio fiduciário**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CHALHUB, Melhim Namem. **24º Encontro Regional dos Oficiais de Registro de Imóveis: 10 anos de alienação fiduciária**. Disponível em: http://www.irib.org.br/notas_noti/boletimel3318.asp. Acesso 07 de setembro de 2018.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **Aspectos e questões polêmicas da alienação fiduciária de imóveis**. Disponível em: http://www.secovi.com.br/noticias/arq_not/Palestra%20de%20Manoel%20Calças_100407.pdf. Acesso 07 de setembro de 2018.

CAVALCANTI, Marisa Pinheiro. **O adimplemento substancial como causa impeditiva da resolução contratual**. 2012. Disponível em <http://ravenaseida.jusbrasil.com.br/artigos/114154946/alienacao-fiduciaria-de-bens-imoveis-aspectos-gerais-e-especificos>. Acesso em 07 de setembro de 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação dos direitos humanos**. 3ª Ed. revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. São Paulo: Método, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DOS SANTOS, Eloir Gasparim. **Aspectos Relevantes da Alienação Fiduciária de Bem Imóvel**. Disponível em <http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/06/ASPECTOS-RELEVANTES-DA-ALIENACAO-FIDUCIARIA-DE-BEM-IMOVEL.pdf>. Acesso em 04 de setembro de 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

FERREIRA, Antônio Carlos. **A Interpretação da Doutrina do Adimplemento Substancial**. Revista Eletrônica Conjur, 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-fev-09/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>. Acesso 06 de setembro de 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. 8ª Ed. Revisada, atual e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2012.

GOVERNO. **Minha Casa, Minha Vida Habitação Urbana**. Disponível em <http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minha-vida/urbana/Paginas/default.aspx>. Acesso em 05 de setembro de 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Da Alienação Fiduciária em garantia de coisa imóvel**. 3ª. Ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2006.

MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006.

MORAIS, José Luiz Bolzon de. **Direitos Humanos, constituição e Direito Internacional**. In. AGRA, Walber de Moura (coord.). Comentários à reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro. Forense, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª. Ed. São Paulo: Método, 2008.

PACHECO, Antônio Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18 Ed. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PINHEIRO, Carla. **Direito Internacional e Direitos Fundamentais**. São Paulo – SP. Editora Atlas, 2001.

PLANALTO. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Acesso em 31 de maio 2018.

PLANALTO. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em 18 de julho de 2018.

PLANALTO. **Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm. Acesso em 04 de setembro de 2018.

PLANALTO. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 04 de setembro de 2018.

PLANALTO. **Lei nº 11.977 de 07 de julho de 2009**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-

[2010/2009/lei/L11977compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11977compilado.htm). Acesso em 05 de setembro de 2018.

Radio Chapecó. **Reintegração de Posse no Expoente**. Disponível em

<https://www.google.com/url?q=http://www.radiochapeco.com.br/2018/04/10/reintegracao-de-posse-no->

expoente/&source=gmail&ust=1536236366359000&usg=AFQjCNFUoSFnZxJv
cQ8F3irMFj9oYaNuhA. Acesso em 05 de setembro de 2018.

ROSSATO, Ricardo. **Século XXI: saberes em construção**. 2ª ed. Passo
Fundo: UPF Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria
dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª edição, Porto
Alegre – RS. Editora Livraria do Advogado, 2012.

SICCARDI, Fabiana Peixoto. **Alienação fiduciária em garantia de bem
imóvel: uma análise do instituto**. Disponível em:
[http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/cgi-bin/
PRG_0599.EXE/12008.PDF?NrOcoSis=38982&CdLinPrg=pt](http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/cgi-bin/PRG_0599.EXE/12008.PDF?NrOcoSis=38982&CdLinPrg=pt). Acesso em 07 de
setembro de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª. Ed.
São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª Ed.
São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise
Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da
Personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil Vol. 3 – Teoria Geral dos Contratos e
Contratos Em Espécie**. Editora Método. São Paulo, 2014.

TERRA, Marcelo. **Alienação fiduciária de imóvel em garantia: Lei n.
9.514/97, primeiras linhas**. Porto Alegre: Safe. 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos reais**. 9ª Ed. v.5. São Paulo:
Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria
geral dos contratos**. 6ª Ed., volume 2, São Paulo: Atlas, 2006.

ANEXO 1 – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, MÚTUO E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – CARTA DE CRÉDITO INDIVIDUAL FGTS/PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA – CCFGTS/PMCMV – SFH COM UTILIZAÇÃO DO FGTS DO (S) DEVEDOR (ES)

CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, MÚTUO E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – CARTA DE CRÉDITO INDIVIDUAL FGTS/PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA – CCFGTS/PMCMV – SFH COM UTILIZAÇÃO DO FGTS DO(S) DEVEDOR(ES)

Por este instrumento particular, com caráter de escritura pública, na forma do §5º do art. 61 da Lei 4380/64, as partes adiante mencionadas e qualificadas contratam a presente operação de venda e compra de imóvel, mútuo com obrigações e alienação fiduciária em garantia, no âmbito dos programas CCFGTS e MCMV, na forma da Lei 11977/09, mediante condições seguintes:

A – QUALIFICAÇÃO DAS PARTES

VENDEDOR(ES): _____, inscrita no CNPJ _____, situada em R Iguazu, 587, Letra E, Sai em Chapecó/SC com seus atos constitutivos arquivados na JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA, registrada sob NIRE nº _____, representada na conformidade da cláusula décima quarta de seu Contrato Social registrado em JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA, registrada sob NIRE nº _____, em sessão de 01 de março de 2017, pelo(s) sócio(s) _____, nacionalidade brasileira, nascido(a) em 25/12/1966, administrador, portador(a) de Carteira de Identidade nº _____, expedida por Secretaria de Segurança Pública/SC em 02/02/2017 e do CPF _____, casado(a) no regime de comunhão parcial de bens, residente e domiciliado(a) em R Achilles Tomazelli, 99, AP 802, Centro em Chapecó/SC e _____, nacionalidade brasileira, nascido(a) em 30/11/1962, engenheiro, portador(a) de Carteira de Identidade nº _____, expedida por Secretaria de Segurança Pública/SC em 18/01/2012 e do CPF _____, casado(a) no regime de comunhão parcial de bens, residente e domiciliado(a) em R Iguazu, 444, E, Saic em Chapecó/SC e _____, nacionalidade brasileira, nascido(a) em 16/11/1976, proprietário de microempresa, portador(a) de Carteira de Identidade nº _____, expedida por Secretaria de Segurança Pública/SC em 26/06/2014 e do CPF _____, casado(a) no regime de comunhão parcial de bens, residente e domiciliado(a) em R Acácias, 280, D, Palmital em Chapecó/SC.

COMPRADOR(ES) E DEVEDOR(ES) FIDUCIANTE(S), doravante denominado(s) DEVEDOR(ES): _____, nacionalidade brasileira, nascido(a) em 06/04/1991, encarregado de produção, portador(a) de CNH nº _____, expedida por DETRAN/SC em 11/09/2013 e do CPF _____, solteiro(a), residente e domiciliado(a) em Rua Adelaide Rodrigues, 454, D, Alvorada em Chapecó/SC. e _____, nacionalidade brasileira, nascido(a) em 10/03/1994, assistente jurídico, portador(a) de Carteira de Identidade nº _____, expedida por Secretaria de Segurança Pública/SC em 19/02/2013 e do CPF _____, solteiro(a), residente e domiciliado(a) em R Adelaide Rodrigues, 454, D, Bela Vista em Chapecó/SC. Ambos declaram viver em união estável.

CAIXA

CREDORA FIDUCIÁRIA: Instituição financeira sob a forma de empresa pública, pessoa jurídica de direito privado, criada pelo Decreto-Lei 759/1969, regendo-se pelo Estatuto vigente na data da presente contratação, com sede em Brasília-DF no Setor Bancário Sul, Quadra 4, lotes 3/4, CNPJ nº _____, neste ato representada por _____, nacionalidade brasileira, casada no regime de comunhão parcial de bens, na vigência da Lei 6.515/77 nascido(a) em 18/07/1967, economiário, portador(a) da carteira de identidade nº _____, expedida em 01/08/2014 por SSP/SP e do CPF _____ conforme procuração lavrada às folhas 143/144, do livro 3201-P, em 20/05/2016, no 2º Tabelionato de Notas e Protestos de Brasília/DF e substabelecimento lavrado às folhas 277, do livro 0014-S, em 26/07/2016, no 1º Tabelionato de Notas e Protestos de Chapecó/SC, doravante designada CAIXA, doravante denominada CAIXA.

Agência responsável pelo contrato: 580 INDUSTRIAL, SC

B – CONDIÇÕES DO FINANCIAMENTO

B1 – Modalidade:

Aquisição de Imóvel Residencial:

B2 – Origem de Recursos: B3 – Sistema de Amortização: SAC
FGTS/UNIÃO

B4 – Valor de Compra e Venda e Composição dos Recursos

O valor destinado ao pagamento da compra e venda do imóvel objeto deste contato é R\$ 128.000,00 (cento e vinte e oito mil reais), composto pela integralização dos valores abaixo:

Financiamento concedido pela CAIXA	R\$ 92.564,41
Desconto concedido pelo FGTS/União (complemento)	R\$ 2.290,00
Recursos próprios	R\$ 32.024,74
Recursos da conta vinculada do FGTS	R\$ 1.120,85

B5 – Valor de Financiamento para Despesas Acessórias (Custas Cartorárias: Registro e ITBI)
R\$ 0,00

B6 – Valor Total da Dívida (Financiamento + Despesas Acessórias)
R\$ 92.564,41

B7 – Valor da Garantia Fiduciária e do imóvel para fins de venda em público leilão:
R\$ 128.000,00

B8 – Prazo Total (meses)
360

B9 – Taxa de Juros % a.a

B9.1 – Sem Desconto		B9.2 – Com Desconto	B9.3 – Redutor 0,5% FGTS
Nominal	8.16	7.00	6.50
Efetiva	8.4722	7.2290	6.6972

B9.4 – Taxa de Juros contratada

Nominal:
6.5000%a.a.

Efetiva: 6.6971%a.a.

B10 – Encargo Mensal Inicial

Prestação (a+j): R\$ 758,51	Taxa de Administração: R\$ 0,00	Seguros: R\$ 18,60	TOTAL: R\$ 777,11
--------------------------------	------------------------------------	-----------------------	----------------------

B10.1 – Vencimento do Primeiro Encargo Mensal
10/08/2017

B10.2 – Reajuste dos Encargos
De acordo com item 4

B10.3 – Forma de Pagamento na data da contratação		
DEBITO EM CONTA		
B10.4 – Encargos devidos pelo proponente no prazo contratado e pagos à vista pelo FGTS/União (Resolução Conselho Curador do FGTS 702/2012)		
Taxa de Administração: R\$ 2.737,31	Diferencial na Taxa de Juros: R\$ 2.238,86	
B11 – DATA DO HABITE-SE	22/03/2017	
C – COMPOSIÇÃO DE RENDA		
C1 - COMPOSIÇÃO DE RENDA INICIAL DO DEVEDOR PARA PAGAMENTO DO ENCARGO MENSAL:		
Devedor	Comprovada R\$	Não comprovada R\$
	1.250,00	0,00
	1.858,44	0,00
C2 – PARA COBERTURA SECURITÁRIA		
Devedor	Percentual	
	40,21	
	59,79	
D – DESCRIÇÃO DO IMÓVEL OBJETO DESTES CONTRATOS		
<p>IMÓVEL: Apartamento , Bloco , do Residencial Popular , sítio na Rua 25 de julho, nº 1049-D, na Cidade e Comarca de Chapecó/SC. Unidade com 02 (dois) dormitórios, 01 (uma) sala de estar, 01 (um) banheiro social, circulação, área de serviço, cozinha e sacada com churrasqueira. Localizado no quarto pavimento, confrontando ao Norte com a circulação do condomínio, ao Sul com o apartamento , ao Leste com o apartamento e ao Oeste com as vagas de estacionamento. Possuindo uma área privativa real de 46,3358m², área de uso comum de 7,9892m² e uma área comum de divisão não proporcional de 11,04m² correspondente a vaga de estacionamento descoberta nº , sendo esta uma área não computada como área edificada, devidamente localizada no projeto arquitetônico aprovado, totalizando uma área total de 65,3650m², fração ideal de terreno de 0,002453% ou 61,1148m². Está edificada sobre a Área urbana n.º , da quadra n.º , com área superficial de 24.916,40 m², sítio à Rua 25 de Julho, Bairro Efapi, na Cidade e Comarca de Chapecó. Com demais especificações e confrontações descritas na matrícula n.º do CRI de Chapecó/SC.</p>		
E – ELEMENTOS IDENTIFICADORES DO DÉBITO ORIGINÁRIO (Interveniente Quitante)		
Não se aplica		

1 – VENDA, COMPRA e FINANCIAMENTO – O(s) VENDEDOR(ES) declara(m)-se proprietário(s) e possuidor(es) do imóvel descrito na letra D, livre de ônus, exceto se identificado na letra "E" e o vende(m) pelo preço constante da letra B4.

1.1 – Satisfeita a venda, o(s) VENDEDOR(ES) dá(dão) ao(s) DEVEDOR(ES) plena e irrevogável quitação e, transmite(m) ao(s) DEVEDOR(ES) toda posse, domínio, direito e ação sobre o imóvel vendido, aceitando por si, seus herdeiros e sucessores a presente venda e compra nos termos efetivados, respondendo pela evicção de direito.

1.2 – O(s) DEVEDOR(ES) contrata(m) financiamento no valor constante na letra B6, junto à CAIXA, para a aquisição do imóvel descrito na letra D e confessa(m) dever a referida importância.

CAIXA

1.3 – O(s) DEVEDOR(ES) declara(m) que recebeu(ram) previamente, planilha de cálculo do Custo Efetivo Total – CET com valores na forma nominal e que está(ão) ciente(s): (I) dos fluxos considerados no cálculo do CET, (II) de que a taxa de juros anual é a vigente na data da contratação; (III) do saldo devedor e dos encargos na forma contratual.

1.4 – O valor dos descontos, Complemento especificado na letra 'B4' e para redução do valor do encargo mensal, representado pela redução na taxa de juros e isenção no pagamento da Taxa de Administração, constante na letra B9 e B10 respectivamente, são concedidos uma única vez e para aquisição de único imóvel, sendo integralmente suportado pelo FGTS e pela União.

1.5 – No caso de quitação do financiamento imobiliário até o 5º (quinto) ano de vigência do contrato, o desconto, descrito na letra B-4, deverá ser restituído proporcionalmente.

2 – DESTINAÇÃO DOS RECURSOS – Os recursos constantes na letra B4, exceto os recursos próprios e/ou valores destinados a liquidação de saldo devedor se imóvel financiado, serão pagos ao(s) VENDEDOR(ES) após a entrega do contrato registrado, mediante depósito em conta de titularidade de _____ no Banco _____ Agência _____. Operação _____, com o que todos os VENDEDORES dão integral quitação à CAIXA.

2.1 – Ao valor a ser pago ao(s) VENDEDOR(ES) serão acrescidos juros e atualização monetária, ao índice aplicado aos depósitos de poupança, da data da contratação, inclusive, até a data da liberação dos recursos, exclusive.

2.2 – Se financiadas as despesas acessórias, a liberação ao(s) DEVEDOR(ES) deste valor será efetuada, após a entrega do contrato registrado, em sua conta de livre movimentação informada no ato da contratação.

3 – CONDIÇÕES DO FINANCIAMENTO – São as estabelecidas na letra B.

4 – ENCARGO MENSAL, COMPOSIÇÃO, CÁLCULO, FORMA E LOCAL DE PAGAMENTO – O encargo mensal é composto pelos itens conforme letra B10, cujo pagamento deve ser realizado até a data de vencimento independentemente de qualquer aviso ou notificação sendo que se não existir, nos meses subsequentes, o dia do vencimento a obrigação vencerá no último dia daqueles meses e, se o vencimento for em dia não útil, o pagamento deverá ser realizado no primeiro dia útil subsequente, sem acréscimo.

4.1 – A data de vencimento do encargo mensal pode ser alterada por meio de requerimento, exceto se débito em folha de pagamento.

4.1.1 – Na alteração da data do vencimento do encargo mensal, o valor devido será atualizado, *pro rata die*, no período compreendido entre a data do vencimento do último encargo, inclusive e a nova data do vencimento, exclusive.

4.1.2 – A Taxa de Administração e a parcela do seguro, devidos no mês, serão pagos independentemente de haver encargo com vencimento no respectivo mês.

4.2 – O valor das 12 (doze) primeira parcela de amortização é estabelecido na contratação, com base no valor de financiamento, taxa de juros, sistema e prazo de amortização contratados.

4.3 – As parcelas de Amortização são recalculadas anualmente, na data correspondente a do vencimento do encargo, e as de Juros mensalmente, com base no saldo devedor atualizado.

4.3.1 – A Taxa de Administração não é reajustada e deverá ser paga independentemente de haver encargo com vencimento no respectivo mês.

4.4 – Os Prêmios de Seguro são calculados mensalmente pelo índice de atualização dos depósitos de poupança do dia do vencimento do encargo mensal, sendo o prêmio Morte e Invalidez Permanente – MIP calculado sobre o saldo devedor e o prêmio Danos Físicos ao Imóvel – DFI sobre o valor da garantia atualizada.

5 – JUROS REMUNERATÓRIOS – Incidem sobre a quantia mutuada às taxas fixadas neste contrato e sobre importâncias despendidas pela CAIXA para preservação de seus direitos e das necessidades à manutenção e realização da garantia.

6 – ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR E DA GARANTIA – Ocorre mensalmente, na data de vencimento do encargo mensal, pelo mesmo coeficiente de atualização aplicável às contas vinculadas do FGTS e na hipótese de extinção desse coeficiente, a atualização passará a ser efetuada pelo índice determinado em legislação específica.

6.1 – Independente da periodicidade da atualização das contas vinculadas do FGTS, a atualização será mensal.

6.2 – Na apuração do saldo devedor, para qualquer evento, será aplicada a atualização proporcional e diária, no período entre a data correspondente ao vencimento do encargo ou a da última atualização contratual do saldo devedor, se já ocorrida e a data do evento.

6.3 – Na data de vencimento do último encargo mensal, eventual saldo devedor residual deverá ser pago pelo(s) DEVEDOR(ES).

7 – IMPONTUALIDADE – O valor da obrigação em atraso será atualizado monetariamente aplicando-se o índice de atualização do saldo devedor do financiamento *proporcional e diariamente*, da data de vencimento, inclusive, até a do pagamento, exclusive.

7.1 – Sobre o valor atualizado incidirão: I) juros remuneratórios calculados pelo método de juros compostos, com capitalização mensal à taxa de juros prevista na letra B9; II) juros moratórios à razão de 0,033% (trinta e três milésimos por cento) por dia de atraso; III) multa moratória de 2% (dois por cento), nos termos da legislação vigente.

7.2 – Na ocorrência de mais de um encargo vencido e não pago, o pagamento do último encargo não presume quitação do(s) anterior(es).

7.3 – Ocorrendo eventuais atrasos no pagamento de prestações e encargos mensais decorrentes do contrato de financiamento imobiliário, a CAIXA poderá, a seu exclusivo critério, efetuar a **INCORPORAÇÃO** do valor vencido ao saldo devedor do respectivo contrato.

7.4 – Deste modo, aperfeiçoando-se a incorporação, as prestações mensais vincendas sofrerão acréscimo decorrente do valor incorporado ao saldo devedor, devido à impossibilidade de ampliação do prazo para pagamento. Contudo, não efetuada a incorporação, o(s) DEVEDOR(ES) permanece(m) obrigado(s) a efetuar o pagamento das obrigações originariamente assumidas.

7.5 - É facultado à CAIXA utilizar o valor de prestação paga para quitar prestação mais antiga em aberto.

8 – AMORTIZAÇÃO EXTRAORDINÁRIA – O(s) DEVEDOR(ES) adimplente(s) pode(m) amortizar a dívida para redução do valor dos encargos ou do prazo do financiamento, sendo o abatimento do valor a ser amortizado precedido da cobrança de juros remuneratórios na forma do item 5.

8.1 – O valor correspondente à Taxa de Administração permanece inalterado.

9 – LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA – É facultada ao(s) DEVEDOR(ES) a liquidação antecipada da dívida, apurada pelo saldo devedor atualizado, acrescido de juros remuneratórios.



10 – DECLARAÇÕES E AUTORIZAÇÕES – O(S) VENDEDOR(ES) E DEVEDOR(ES) – Declaram, sob as penas da lei:

- a) estão cientificadas da possibilidade de obtenção prévia no site do www.tst.jus.br da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), nos termos do art. 642-A da CLT.
 - b) O imóvel objeto da venda descrito e caracterizado na letra D possui "habite-se" emitido a menos de 180 (cento e oitenta) dias ou se mais de 180 (cento e oitenta) dias nunca foi habitado, alienado, doado, transacionado.
 - c) que o valor total do preço do imóvel é aquele que consta como VALOR DA VENDA E COMPRA e que não houve/haverá celebração de outros instrumentos contratuais que prevejam pagamento/recebimento de quaisquer outros valores, seja em razão de corretagem ou a qualquer outro título, e que o pagamento/recebimento de valores não previstos expressamente neste contrato caracteriza CRIME de FALSIDADE IDEOLÓGICA e FRAUDE contra as políticas públicas do programa MCMV, sujeitando as partes às penas criminais e sanções civis previstas na legislação aplicável, além do vencimento antecipado da dívida, obrigação de ressarcir o FGTS pelas despesas referentes aos valores de desconto recebidos, e demais penalidades previstas neste contrato.
 - d) que são autênticas as indicações de estado civil, nacionalidade, profissão e identificação.
- 10.1 O(s) VENDEDOR(ES) declara(m) que:
- a) sobre o objeto deste contrato inexistente débito ou ação que comprometa a transação e responsabiliza(m)-se por eventuais débitos até esta data;
 - b) sob pena de responsabilidade civil e penal, inexistem ações reais e pessoais reipersecutórias relativas ao imóvel ou outros ônus reais incidentes sobre o mesmo (art. 1º, IV, § 3º, do Decreto 93240/86);
 - c) não existe débito ou qualquer outra obrigação do alienante para com o respectivo condomínio (parágrafo único do art. 4º da Lei 4591/64 c/c §2º do art. 2º da Lei 7433/85);
 - d) no caso de VENDEDOR Pessoa Física, para os efeitos da Lei 8212/91, não está vinculado(a) à Previdência Social como empregador e que não é contribuinte do INSS, na qualidade de produtor rural, não estando, portanto, sujeito às obrigações abrangidas pela legislação previdenciária. Caso contrário, será apresentada, no ato do registro deste contrato no Registro de Imóveis, a Certidão Negativa de Débito – CND do INSS;
 - e) no caso de VENDEDOR pessoa jurídica que exerce exclusivamente atividade de compra e venda de imóveis, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de prédios destinados à venda, sob penas da lei, o imóvel objeto da presente transação não faz, nem nunca fez, parte integrante do seu ativo permanente, estando contabilmente lançado em seu ativo circulante (art. 257, § 8º, IV, do Decreto 3048/99).
- 10.2 O(s) DEVEDOR(ES) declara(m) que:
- a) **TEM CIÊNCIA DO MÉTODO CONSTRUTIVO EMPREGADO PARA EDIFICAÇÃO DO IMÓVEL (ALVENARIA ESTRUTURAL OU ASSEMELHADO), COMPROMETENDO-SE A OBSERVAR A RESTRIÇÃO ESPECIAL DE USO, CONSISTENTE NA PROIBIÇÃO DE ABERTURA DE PAREDES, INSTALAÇÕES DIVERSAS E REMOÇÃO OU DESLOCAMENTO DE PAREDES.**
 - b) **TEM CIÊNCIA DE QUE A RESTRIÇÃO ESPECIAL INDICADA NO ITEM (A) É NECESSÁRIA À SOLIDEZ E À SEGURANÇA DO IMÓVEL, BEM ASSIM QUE A SUA INOBSERVÂNCIA PODERÁ ACARREAR PERIGO DE DESABAMENTO, PELO QUE RESPONDERÁ NOS TERMOS DA LEI E DESTA CONTRATO.**
 - c) são autênticos os comprovantes e informações de renda e despesas apresentados e assume(m) subsidiariamente a responsabilidade pelo pagamento dos débitos sobre o imóvel, caso o(s) VENDEDOR(ES) não o faça(m);

CAIXA

- d) autoriza(m) a CAIXA a fornecer seus dados pessoais e bancários sempre que solicitado pelos seguintes órgãos e independentemente de autorização judicial: Polícia Civil e Federal; Ministério Público Estadual e Federal; Controladoria Geral da União e Tribunal de Contas da União;
- e) autoriza(m) a CAIXA e o Agente Operador do FGTS divulgar informações vinculadas à presente contratação necessárias ao acompanhamento das operações com recursos do FGTS pelo Conselho Curador do FGTS, Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério das Cidades, Agente Operador e órgãos de controle interno e externo da União;
- f) não foi(ram) beneficiado(s) no Programa Minha Casa, Minha Vida nem adquiriu(am) imóvel com benefício de desconto do FGTS a partir de maio/2005.
- g) preenche(m) todos os requisitos previstos legalmente e na Resolução do Conselho Curador do FGTS 702/12 para o enquadramento no programa Carta de Crédito FGTS e condições do Programa Minha Casa, Minha Vida, conforme letra B4.
- h) que tomou(aram) conhecimento da vedação legal do art. 36 da Lei nº. 11.977/2009 – impedimento pelo prazo de quinze anos de lembrar o imóvel descrito neste contrato.

11 – Sem prejuízo das sanções legais aplicáveis, a falsidade das declarações, inclusive a omissão da informação de que vive em união estável, gerará para o(s) DEVEDOR(ES), dentre outras conseqüências, (i) a obrigação de restituir à sua conta vinculada os valores do FGTS que tenham sido utilizados na presente operação e (ii) o vencimento antecipado da dívida.

12 – Havendo constatação pela CAIXA acerca da falsidade das declarações prestadas pelo(s) DEVEDOR(ES) ou do não cumprimento dos requisitos exigidos para o enquadramento nos Programas Carta de Crédito FGTS e Minha Casa, Minha Vida, implicará no seu imediato desenquadramento do referido programa, sendo-lhe atribuído o dever de ressarcir ao FGTS os valores recebidos a título de desconto.

12.1 – A CAIXA atesta que o(s) DEVEDOR(ES) comprovou(aram) mediante documentação e declarações pessoais, o atendimento aos requisitos e às condições exigidas pela Lei 11.977/2009, de 07 de julho de 2009, alterada pela Lei 12.424, de 16 de junho de 2011, para enquadramento da presente operação ao Programa Minha Casa Minha Vida, tanto no que se refere às características do tomador, quanto às características do imóvel.

13 – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – O(s) DEVEDOR(ES) aliena(m) à CAIXA o imóvel ora transacionado, em garantia do cumprimento das obrigações deste contrato, conforme a Lei 9514/97, abrangendo acessões, benfeitorias, melhoramentos, construções e instalações.

13.1 – A propriedade fiduciária é constituída com o registro deste contrato, tornando o(s) DEVEDOR(ES) possuidor(es) direto(s) e a CAIXA, possuidora indireta do imóvel.

13.2 – Ao(s) DEVEDOR(ES) adimplente(s) é assegurada a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária.

14 – BENFEITORIAS, CONSERVAÇÃO E OBRAS – Fica(m) o(s) DEVEDOR(ES) obrigado(s) a manter o imóvel alienado em perfeito estado de conservação, segurança e habitabilidade, fazendo os reparos necessários, bem como as obras que forem solicitadas pela CAIXA para preservação da garantia.

14.1 – É expressamente vedada a realização de obras de demolição, alteração ou acréscimo, sem prévio e exposto consentimento da CAIXA. Para constatação do exato cumprimento deste item, fica assegurada à CAIXA a faculdade de, em qualquer tempo, vistoriar o imóvel alienado.

14.2 – O descumprimento do presente item poderá ensejar o vencimento antecipado da dívida, sem prejuízo da obrigação de reparar os danos causados.

CAIXA

15 – VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA – A dívida será considerada antecipadamente vencida, nas hipóteses:

- a) atraso a partir de 30 (trinta) dias no pagamento das obrigações ou falta de pagamento de quaisquer tributos incidentes sobre o imóvel;
- b) transferência ou cessão a terceiros, no todo ou em parte, dos direitos e obrigações decorrentes deste contrato, sem autorização da CAIXA;
- c) falta de manutenção do imóvel que deprecie a garantia;
- d) constituição sobre o imóvel, no todo ou em parte, de outro ônus real;
- e) incidência de ato de constrição judicial ou decretação de medida judicial/administrativa que afete a garantia;
- f) declaração/informação falsa prestada pelo(s) DEVEDOR(ES);
- g) propositura de ação, contra qualquer um do(s) DEVEDOR(ES), que ameace ou afete o imóvel em garantia;
- h) não registro do contrato em até 30 (trinta) dias após a sua assinatura;
- i) descumprimento das obrigações estipuladas em lei ou neste contrato.

15.1 – Ocorrendo vencimento antecipado da dívida, quando se tratar de operação com uso dos recursos da conta vinculada do FGTS, os valores serão devolvidos à referida conta atualizados.

16 – PRAZO DE CARÊNCIA PARA EXPEDIÇÃO DA INTIMAÇÃO – A carência para expedição da intimação é de 30 (trinta) dias, contados a partir do vencimento do primeiro encargo mensal vencido e não pago.

17 – INTIMAÇÃO – Decorrido o prazo estipulado no item 16, o DEVEDOR(ES) ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído será intimado pessoalmente, com prazo de 15 (quinze) dias para purgação da mora.

17.1 – Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalidará a alienação fiduciária, cabendo ao(s) DEVEDOR(ES) o pagamento das despesas de cobrança e intimação.

17.2 – Eventual diferença entre o valor pago a título da purgação da mora e o devido no dia da purgação deverá ser paga juntamente com o encargo vincendo.

18 – CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE – Decorrido o prazo de que trata o item 17 sem purgação da mora, a propriedade do imóvel será consolidada em nome da CAIXA mediante o pagamento de tributos devidos pela transmissão.

19 – LEILÃO EXTRAJUDICIAL – Consolidada a propriedade em nome da CAIXA, o imóvel será alienado a terceiros, conforme art. 27 da Lei 9514/97.

19.1 – Para fins do leilão extrajudicial, as partes adotam os seguintes conceitos:

I – Valor do imóvel: valor da avaliação constante na letra B7, acrescidos os valores das benfeitorias existentes e que lhe integrem, atualizado monetariamente até a data do leilão, reservando-se a CAIXA o direito de reavaliar o imóvel;

II – Valor da dívida: saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, incluídos juros convencionais, penalidades e demais encargos contratuais (por exemplo, prêmios de seguro, encargos legais, inclusive tributos e contribuições condominiais);

III – Valor das despesas: soma das importâncias dos encargos, custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, incluindo as despesas relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

19.2 – O 1º leilão será realizado dentro de 30 (trinta) dias, contados do registro da consolidação da propriedade em nome da CAIXA, pelo valor do imóvel.

CAIXA

19.3 – Não havendo oferta em valor no mínimo igual ao fixado no 1º leilão o imóvel será ofertado em 2º leilão, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data do primeiro público leilão, no qual será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior à soma dos valores da dívida e das despesas, assim conceituados no item 19.1.

19.4 – Alienado o imóvel, nos 05 (cinco) dias subsequentes ao integral e efetivo pagamento, a CAIXA entregará ao(s) DEVEDOR(ES) a importância que sobrar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos, importando em recíproca quitação.

19.5 – No 2º leilão, na ausência de lance maior ou igual ao valor da dívida, ou na ausência de licitante será considerada extinta a dívida e exonerada a CAIXA da obrigação de restituição ao(s) DEVEDOR(ES) de qualquer quantia, a que título for.

19.6 – Extinta a dívida, dentro de 05 (cinco) dias a contar da data da realização do 2º leilão, a CAIXA dará ao devedor termo de quitação.

19.7 – Consolidada a propriedade em nome da CAIXA, o(s) DEVEDOR(ES) lhe entregará(ão) o imóvel, livre e desimpedido, sob pena de pagamento à CAIXA, ou àquele que tiver adquirido o imóvel em leilão, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, o valor correspondente a 1% (um por cento) do valor do imóvel, atualizado na forma contratual, exigível desde a data da alienação em leilão até a efetiva imissão na posse.

19.8 – Responde(m) o(s) DEVEDOR(ES) pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitido na posse.

19.9 – Não se aplica ao imóvel objeto do presente contrato o direito de preferência em favor do locatário, estabelecido pelo art. 27 da Lei 8245/91.

19.10 – Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com prazo de 30 (trinta) dias para desocupação, devendo a denúncia ser realizada no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da consolidação da propriedade.

20 – DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL EM GARANTIA – A CAIXA receberá do poder expropriante a indenização, abatendo o valor da dívida e disponibilizando o saldo, se houver, ao(s) DEVEDOR(ES), que permanece(m) responsável(is) pelo pagamento na hipótese de indenização inferior à dívida.

20.1 – O(s) DEVEDOR(ES) declara(m)-se ciente(s) de que a desapropriação do imóvel não gera direito a indenização securitária.

21 – SEGUROS – É obrigatória a contratação pelo(s) DEVEDOR(ES) de seguro com cobertura, no mínimo, de MIP – Morte e Invalidez Permanente e DFI – Danos Físicos ao Imóvel, durante a vigência deste contrato e até a liquidação da dívida, nos termos do art. 79 da Lei 11.977/09.

21.1 – O(s) DEVEDOR(ES)/FIDUCIANTE(S) concorda(m), e assim se obriga(m), em manter e pagar os prêmios de seguro, acrescidos de eventuais tributos, de acordo com estipulado na Apólice de Seguro contratada por livre escolha, conforme declara(m) o(s) mesmo(s) DEVEDOR(ES)/FIDUCIANTE(S) em documento anexo a este contrato, destinados às coberturas.

21.1.1 – MIP – morte decorrente de causas naturais ou acidentais e invalidez permanente ocorrida em data posterior à data da assinatura do contrato de financiamento do imóvel, causada por acidente pessoal ou doença, que determine a incapacidade total e permanente para o exercício da atividade laborativa principal do segurado, no momento do sinistro.

CAIXA

21.1.2 – DFI – prejuízos decorrentes de danos físicos ao imóvel dado em garantia do financiamento, de acordo com estipulado na Apólice de Seguro contratada, por livre escolha.

21.2 – O(s) DEVEDOR(ES)/FIDUCIANTE(S) confirma(m) que lhe(s) foi(ram) oferecida mais de uma opção de apólice de sociedades seguradoras diferentes com os respectivos custos efetivos do seguro habitacional.

21.2.1 – O DEVEDOR/FIDUCIANTE tem ciência que pode apresentar apólice diversa daquelas disponibilizadas pelo agente financeiro, desde que a cobertura securitária prevista observe a exigência mínima estabelecida no item 21 e o ente segurador cumpra as condições estabelecidas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, para apólices direcionadas a operações desta espécie.

21.3 – Os prêmios de seguros, acrescidos de eventuais tributos, serão devidos até a liquidação final do saldo devedor e deverão ser pagos sempre em valores compatíveis com a cobertura total do referido saldo devedor do financiamento, bem como para reposição integral do imóvel dado em garantia em caso de DFI (Danos Físicos ao Imóvel).

21.4 – A cobertura do seguro dar-se-á a partir da assinatura deste instrumento, regendo-se pelas cláusulas e condições constantes da Apólice, as quais foram pactuadas pelo(s) DEVEDOR(ES)/FIDUCIANTE(S) e aceitas pela CAIXA, especialmente as de exclusão de cobertura securitária e forma de recálculo de prêmios de seguro, bem como dos fluxos referentes aos pagamentos e recebimentos considerados no cálculo do Custo Efetivo do Seguro Habitacional - CESH, conforme estabelecido pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP.

21.5 – Em caso de negativa de cobertura por parte da Seguradora, tanto nos casos de sinistro de natureza pessoal, como nos de natureza material, o(s) DEVEDOR(ES)/FIDUCIANTE(S), seu cônjuge, herdeiros e/ou sucessores ficarão responsáveis pelo pagamento do saldo devedor do financiamento ou pela recomposição da garantia, em seu estado anterior ao do sinistro, respectivamente, sob pena de antecipar o vencimento da dívida.

21.6 – **SEGURO DO VENDEDOR** – O VENDEDOR apresentou Apólice Responsabilidade Civil, Profissional e Material - RCPM, com vigência de até 60 (sessenta) meses a partir da expedição do “Habite-se”.

21.6.1 – Seguro RCPM é uma apólice que garante o pagamento de indenizações cobertas, decorrentes de reclamações que tenham sido originadas, a partir de vícios no imóvel, descrito na especificação da apólice, desde que as reclamações estejam relacionadas a danos materiais e corporais, decorrentes de ações ou omissões culposas do segurado na prestação de serviços (execução e/ou materiais utilizados), vinculados ao imóvel objeto do presente, e que respeitem os prazos estipulados pelo manual de responsabilidade da norma ABNT NBR 155775, por um período de até 05 (cinco) anos.

22 – **COMUNICAÇÃO DO SINISTRO** - O(s) DEVEDOR(ES)/FIDUCIANTE(S) declara(m) estar ciente(s) de que na ocorrência de evento, amparado pelos seguros estipulados acima, relativamente as coberturas de MIP – Morte e Invalidez Permanente do(s) DEVEDOR(ES)/FIDUCIANTE(S) e DFI – danos físicos ao imóvel dado em garantia, o sinistro deverá ser comunicado à CAIXA, por escrito e imediatamente, comprometendo-se o(s) DEVEDOR(ES)/FIDUCIANTE(S), para esse efeito, a dar(em) conhecimento a seus beneficiários, logo após a assinatura deste instrumento, da existência do Seguro e da obrigatoriedade da comunicação a que se refere esta cláusula.

CAIXA

22.1 – O(s) DEVEDOR(ES)/FIDUCIANTE(S) declara(m), ainda, que ele e seus beneficiários deverão comunicar imediatamente à CAIXA, por escrito, qualquer evento suscetível de agravar, consideravelmente, o risco coberto, sob pena de perder o direito à indenização, se for provado que silenciou de má fé.

23 – ENCARGOS FISCAIS – Os impostos, taxas ou outros tributos incidentes sobre o imóvel deverão ser pagos em dia, pelo(s) DEVEDOR(ES), podendo a CAIXA exigir sua comprovação. O atraso no pagamento poderá ensejar no vencimento antecipado da dívida ou no pagamento pela CAIXA para posterior reembolso, atualizados monetariamente e acrescidos de juros contratuais.

24 – CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS – O(s) DEVEDOR(ES) declara(m)-se ciente(s) que a tolerância no cumprimento das obrigações contratuais não acarretará cancelamento das penalidades e poderes ora conferidos, que poderão ser exercidos a qualquer tempo, sendo as obrigações extensivas aos herdeiros, sucessores e cessionários ou promitentes cessionários dos contratantes.

25 – COMUNICAÇÃO COM DEVEDOR(ES) – O(s) DEVEDOR(ES) autoriza(m) a CAIXA a enviar-lhe(s) informações referentes a este contrato, bem como outras informações que julgar pertinentes, aos endereços e números de telefone que constam em suas informações cadastrais, por quaisquer meios de comunicação, inclusive SMS.

25.1 – É de responsabilidade do(s) DEVEDOR(ES) informar(em) imediatamente à CAIXA, eventual alteração referente à titularidade, número do aparelho celular, cancelamento do contrato de telefonia junto à operadora, e outras referentes a seus dados.

26 – CERTIDÕES APRESENTADAS - As partes apresentam neste ato o comprovante de recolhimento do ITBI - Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e as certidões de propriedade e de ônus reais (art. 1º, § 2º da Lei 7.433/85).

27 – DISPENSA DE CERTIDÕES – O(s) DEVEDOR(ES) declara(m) que dispensa(m) a apresentação da certidão fiscal em relação ao imóvel nos termos do art. 1º, § 2º do Decreto 93.240/86.

28 – NOVAÇÃO – Não configurará NOVAÇÃO a regularização de débitos em atraso.

29 – OUTORGA DE PROCURAÇÕES – Havendo dois ou mais DEVEDOR(ES), todos se declaram solidariamente responsáveis pelas obrigações assumidas perante a CAIXA e constituem-se procuradores recíprocos, até o cumprimento de todas as obrigações deste contrato com poderes irrevogáveis para foro em geral e os especiais para requerer, concordar, recorrer, transigir, receber e dar quitação, desistir, receber citações, notificações, intimações, inclusive de penhora, leilão ou praça, embargar, enfim, praticar todos os atos necessários ao bom e fiel desempenho do presente mandato.

30 – QUIESCÊNCIA DO CONTEÚDO CONTRATUAL – O(s) DEVEDOR(ES) declara(m), que teve(tiveram) prévio conhecimento, leu(ram) e entendeu(ram) o contrato, concordou(aram) com as estipulações previstas, e está(ão) ciente(s) dos direitos e obrigações contratuais.

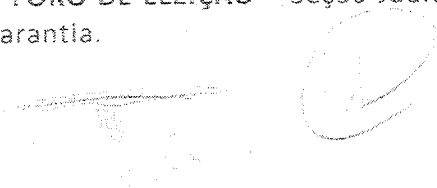
31 – LIBERAÇÃO DA GARANTIA – Em até 30 (trinta) dias após a liquidação da dívida, a CAIXA fornecerá o termo de quitação, sob pena de multa em favor do(s) DEVEDOR(ES) de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato, o qual deverá ser averbado no Registro de Imóveis, sendo as despesas deste ato de responsabilidade do(s) DEVEDOR(ES).

CAIXA

32 – REGISTRO – O(s) DEVEDOR(ES) apresentará(ão) à CAIXA o contrato registrado em até 30 (trinta) dias da sua assinatura, sendo que após este prazo é facultado à CAIXA considerar vencida antecipadamente a dívida ou registrar o contrato, para posterior reembolso pelo(s) DEVEDOR(ES).

32.1 – As custas e emolumentos decorrentes do registro da alienação de imóvel, de correspondentes garantias reais e aos demais atos relativos ao imóvel residencial adquirido ou financiado, no âmbito do PMCMV, são reduzidas de acordo com as disposições do art. 43 da Lei 11977/09.

33 – FORO DE ELEIÇÃO – Seção Judiciária da Justiça Federal da localidade do imóvel objeto da garantia.



CAIXA

IMPOSTOS E DEMAIS ENCARGOS

Os devedores declaram, sob as penas da lei, tratar-se da primeira aquisição imobiliária financiada pelo sistema financeiro da habitação, que não possuiu e não possui outro imóvel residencial no território brasileiro, que gozam do benefício de custas e emolumentos, conforme previsto nas leis nº 6.015/73 e 6.941/81. O documento de arrecadação do imposto de transição inter-vivos, a ser colhido, quando da apresentação deste contrato no competente cartório de registro de imóveis.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS/RESSALVAS

Os VENDEDORES declaram, sob as penas da lei, que não possuem débitos decorrentes de tributos e contribuições federais, assim como outras imposições pecuniárias e compulsórias; Os VENDEDORES declaram não ser contribuintes para com a Previdência Social, na qualidade de empregador ou a ele equiparado, como pessoa física, ou caso tenham sido ou sejam contribuintes encontram-se em dia com estas contribuições previdenciárias.

Os VENDEDORES e COMPRADORES declaram sob as penas da lei, que a transação comercial resultante no presente instrumento não foi intermediada por meio de corretor de imóveis.

Declaramos que foi apresentada a Certidão de Inteiro Teor da matrícula do imóvel ora transacionado, assim como as certidões negativas de Ações Reais e Pessoais Reipersecutórias, e de Ônus Reais. Lei 7.433/85 c/c decreto 93.240/86 c/c art. 802, CNCGJ/SC.

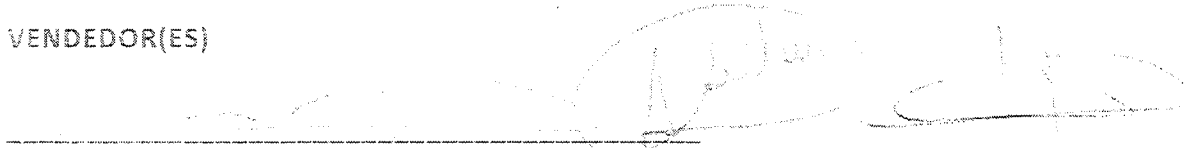
CAIXA

E por estarem de acordo com os termos e condições deste contrato, as partes assinam o presente em 03 (três) vias com as testemunhas.

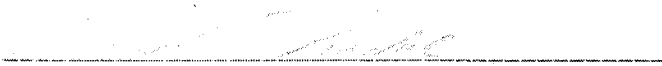
O(S) DEVEDOR(ES) declara(m) que recebeu(ram) uma das vias deste instrumento assinado por todas as partes.

CHAPECO, SC 27 de Julho de 2017

VENDEDOR(ES)



COMPRADOR(ES)





CAIXA -

Testemunhas:

Nome:

CPF:

Nome:

CPF: