

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA
FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA**

CARLOS ALBERTO SILVA

**O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM
IMÓVEL DADO EM GARANTIA**

**ITUVERAVA
2013**

CARLOS ALBERTO SILVA

**O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM
IMÓVEL DADO EM GARANTIA**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade Dr. Francisco
Moeda Fundação Educacional de
Ituverava para obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Ms. Jean Gustavo
Moisés**

**ITUVERAVA
2013**

CARLOS ALBERTO SILVA

**O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM
IMÓVEL DADO EM GARANTIA**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade Dr. Francisco Maeda.
Fundação Educacional de Ituverava para obtenção do título de Bacharel em Direito.**

Ituverava, 26 de novembro de 2013.

Orientador (a): _____.
Prof. Ms. Jean Gustavo Moisés.

Examinador (a): _____.
Prof. André Luis Jardim Barbosa.

Examinador (a): _____.
Prof. Ana Paula Bagaiolo Moraes.

DEDICATÓRIA

Dedico à minha esposa Kelly Bianchi de Freitas, pelo inegável companheirismo, amor, e dedicação.

Dedico ainda a meus filhos Olavo, Mayra e Matheus, que são fonte de todo o meu esforço e garra para a conclusão de mais uma das etapas da minha vida, pelos os quais sempre terei motivos de buscar outros sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradecimento ao doutor Jean Gustavo Moisés, como orientador que muito me auxiliou no estudo desta pesquisa, sempre se mostrando solícito e atento às minhas dúvidas, mas principalmente, agradeço a este como amigo de longa data, que muito me incentivou e apoiou durante toda esta caminhada de graduação.

Agradeço a todos os professores que comigo estiveram, ensinado e compartilhando do seu tempo.

Ainda, agradeço aos amigos do curso, que sempre fizeram com que meu curso fosse mais prazeroso.

“O insucesso é apenas uma oportunidade para recomeçar de novo com mais inteligência.”

Henry Ford

RESUMO

O presente trabalho busca de forma resumida tratar do instituto da alienação fiduciária de bem imóvel em garantia, regida pela Lei 9.514/97, e estudar os casos na lei em que ocorrerá o enriquecimento sem causa, ora de eventual arrematante, ora do credor fiduciário. Considerando a importância do instituto da alienação no ordenamento jurídico, se buscará apontar medidas alternativas de modo a manter a sua utilização, sem com isso propiciar o enriquecimento sem causa às custas do devedor.

Palavras-chave: Alienação fiduciária. Enriquecimento sem causa. Garantia. Leilão. Imóvel

SUMMARY

This study aims to briefly address the Institute of liens on real property as collateral, governed by Law 9.514/97, and study the cases in which the law of unjust enrichment occurs, sometimes possible bidder, sometimes the lender trustee. Considering the significance of the transfer of the legal system, we will try to point out alternative measures to maintain its use, without thereby provide unjust enrichment at the expense of the debtor.

Keywords: Chattel. Unjust enrichment. Warranty. Auction. still

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE COISA IMÓVEL	12
1.1 Evolução histórica do instituto da alienação fiduciária de bem imóvel em garantia.	12
1.2 Conceito e regulamentação legal da alienação de bem imóvel	12
1.3 Natureza Jurídica.....	15
1.4 As consequências do inadimplemento do fiduciante.....	16
1.5 Da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário	18
1.6 Requisitos do contrato de alienação fiduciária	20
1.7 Da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário	18
2 DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	23
2.1 Conceituação	23
2.2 O enriquecimento sem causa enquanto princípio	24
2.3 Modalidades de enriquecimento sem causa	25
2.4 Requisitos à configuração do enriquecimento sem causa	27
2.5 Subsidiariedade da ação <i>in rem reverso</i>	28
3 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL	29
3.1 O método de apuração do valor do imóvel	29
3.2 Enriquecimento sem causa do eventual arrematante	30
3.3 Enriquecimento sem causa do credor fiduciário.....	31
3.4 Da necessidade de justa avaliação do imóvel.....	32
3.5 Da utilização do valor do imóvel para todos os fins de expropriação	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

Diante da necessidade de incentivar o mercado imobiliário nacional, de modo a conferir maior segurança aos investidores e, em contrapartida, facilitar o acesso ao crédito deste setor de tamanha importância econômico social, o Legislador migrou a alienação fiduciária em garantia prevista no Decreto-Lei 911/69, instituindo a garantia também no setor imobiliário, por meio da Lei 9.514/97.

Com isso, o credor deste setor econômico passou a cada vez investir mais, e em muitos casos, passou a exigir, para a concessão de crédito, em especial para a construção de casas, que houvesse a garantia da alienação fiduciária.

Com a utilização do instituto também com relação a imóveis, várias foram as facilidades para que o credor pudesse efetivamente ter para si o bem dado em garantia. Por exemplo, nesta modalidade de garantia, não é necessária a intervenção do poder judiciário, o que, por si, já torna bem mais rápida a operação para transferência do bem do patrimônio do devedor ao credor.

Além disso, não se tem qualquer gasto financeiro, ou de tempo com avaliação do imóvel à época da expropriação, já que, no momento da contratação, fixa-se de forma totalmente injusta e prejudicial, o valor do imóvel para os fins de leilão.

Não há contraditório tampouco ampla defesa, considerando que os procedimentos são feitos por membros de Cartório de Registro Civil e os prazos são bem mais benéficos ao credor.

Em razão disso, tem-se tornado rara a utilização de outros institutos de garantia real, como a hipoteca, o penhor e anticrese, e a alienação fiduciária se tornou e se reafirma como garantia em diversos contratos. Podendo, inclusive, ser dada por alguém em garantia de outrem.

No entanto, toda esta “celeridade” no procedimento expropriatório, sem dúvidas, causa prejuízos ao devedor e é motivo de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Verifica-se nestes procedimentos o repudiado enriquecimento sem causa, ora para o arrematante, ora, e principalmente, para o credor fiduciário, que poderá, em caso de inexistente arrematação, ficar com o bem para si.

Este trabalho demonstrará esta realidade, posicionando-se cientificamente contra a prática dos credores, buscando, ainda, na medida do possível, encontrar verdadeiras alternativas.

Não se afrontará o instituto em sua essência, mas sim alguns pontos focais que levam ao enriquecimento sem causa. Isto não pode, sem sombra de dúvidas, ser permitida no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se deve buscar outra forma para evitar o locupletamento.

1 O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE COISA IMÓVEL

1.1 Evolução histórica do instituto da alienação fiduciária de bem imóvel em garantia

Essência da própria denominação do instituto, a confiança, ou, fidúcia, é palavra que se originou do latim, e busca trazer a ideia do cumprimento de uma determinada obrigação.

Na Roma antiga, a alienação fiduciária significava uma espécie de venda ficta, onde o devedor transferia ao credor a sua propriedade com a condição de que o bem lhe fosse restituído quando paga a dívida.

Existia uma diferenciação neste negócio na forma como era praticado. Ora se realizava entre amigos, ora entre credor e devedor. No primeiro caso, uma pessoa transferia a propriedade a alguém de sua extrema confiança, como um amigo, quando existia a verdadeira possibilidade de se perder o bem, seja por guerras, crises, calamidades, ou qualquer outro modo análogo .

A alienação fiduciária em garantia foi, segundo Cretella Júnior, a primeira modalidade de garantia real surgida no Direito Romano. Chamada de fidúcia cum creditore, tinha o grave defeito de transmitir a propriedade da coisa ao credor, o que fez com que nascesse o penhor, que não mais transferia ao credor o domínio da coisa dada em garantia.

De qualquer forma, a alienação fiduciária em garantia atual é um pouco diferente da fidúcia cum creditore. Nesta era feita venda simbólica do bem ao credor, ficando o vendedor com o direito de recompra, também simbólica, uma vez paga a dívida. Realizavam-se dois atos: um de compra e venda, o outro de fidúcia, ou seja, as partes pactuavam o direito do devedor de readquirir o bem alienado.

Na alienação fiduciária em garantia, não há estes dois momentos. O próprio contrato de alienação já confere ao devedor o direito de readquirir o bem com o pagamento da obrigação garantida. Ademais, não há qualquer compra e venda simbólica. (FIUZA, 2011,p.922)

A segunda modalidade, realizada entre devedor e credor, é a que chegou aos dias atuais com algumas variações, inclusive do direito anglo-saxônico.

O objetivo atual da utilização da alienação fiduciária, é, basicamente, conferir uma certa medida de segurança ao credor, por transferir a este a propriedade de algum bem, do devedor ou de terceiro que o queria fazer, e que será devolvido ao proprietário original tão logo seja satisfeita a dívida.

A Lei 4.728/65, em seu artigo 66, inaugurou a utilização do instituto no ordenamento jurídico nacional em meio à regulação do desenvolvimento do mercado de capitais. Algum

tempo depois, já no ano de 1969, deu-se maior ênfase à utilização do instituto por meio do Decreto-Lei 911/69, passando assim a reger a sua utilização no mercado brasileiro.

Os bens sujeitos à alienação fiduciária, segundo regulamentação do Decreto-Lei, eram apenas os bens móveis. No entanto, devido à necessidade mercadológica, da qual se tratará a seguir, foi necessária a utilização deste instituto no mercado imobiliário, o que passou a ser regulado pela Lei 9.514/97. Também a Lei 10.931/2004 tratou do tema no setor imobiliário.

Como bem acentual Loureiro, em resumo a esta gama legislativa:

Há, porém, profusa legislação especial tratando da matéria. Pode-se afirmar a atual coexistência de triplo regime jurídico da propriedade fiduciária: o Código Civil disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, quando o credor fiduciário não for instituição financeira; o art. 66-B da Lei nº 4.728/65, acrescentado pela Lei nº 10.931/2004, e o Decreto-lei nº 911/69 disciplinam a propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis quando o credor fiduciário for instituição financeira; a Lei nº 9.514/97, também modificada pela Lei nº 10.931/2004, disciplina a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, quando os protagonistas forem ou não instituições financeiras; a Lei nº 6.404/76 disciplina a propriedade fiduciária de ações; a Lei nº 9.514/97, com redação dada pela Lei nº 10.931/2004, disciplina a titularidade fiduciária de créditos como lastro de operação de securitização de dívidas do Sistema Financeiro Imobiliário. (2011,p.1423)

O fato é que a alienação fiduciária de bem imóvel em garantia têm-se tornado cada vez mais utilizada para a garantia dos investidores, entretanto, algumas considerações precisam ser feitas.

1.2 Conceito e regulamentação legal da alienação fiduciária de bem imóvel

Como foi tratado no tópico anterior, a alienação fiduciária de coisa imóvel em garantia tem sua regulamentação dada pela Lei 9.514/97.

A própria lei, em seu artigo 22, trata por meio de uma conceituação genérica busca atribuir conceito ao instituto: Veja-se:

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.

No entanto, este artigo, por si só, não consegue conceituar toda a alienação fiduciária, que é um tanto mais complexa, invocando a análise dos demais artigos legais. É por isso que cabe à doutrina, em uma análise mais ampla, conceituar o tema: a alienação fiduciária de bem imóvel em garantia. De uma forma mais objetiva, Lima assim conceitua:

A alienação fiduciária, como negócio de garantia que é, desenvolve-se como um direito acessório, dependente de uma obrigação principal, notadamente um contrato de mútuo, pelo qual o devedor – chamado fiduciante – realiza, pro si, ou por intermédio de terceiro, a entrega de bem resolúvel, enquanto durar a obrigação principal. (LIMA, 2009,p,59)

Com maiores detalhes e de uma forma mais abrangente, as conceituações abaixo indicam bem quais são os elementos integrantes da conceituação.

Portanto, a alienação fiduciária é i instituto contratual pelo qual o devedor de uma obrigação principal, que na maioria esmagadora das vezes é contrato de mútuo, como garantia que efetivamente irá honrar sua obrigação e quitar sua dívida, transfere ao credor a propriedade de determinado bem, sob condição resolúvel expressa, ou seja, uma vez quitada a dívida perante o credor, fiduciário, resolvida estará também a propriedade que lhe foi transferida em garantia do cumprimento da obrigação, e, então, o devedor, fiduciantes, terá novamente agregado a seu patrimônio a propriedade plena da coisa outrora alienada fiduciariamente e, conseqüentemente, recobrará de igual modo a posse indireta do bem, que até o efetivo cumprimento da obrigação permanecia em poder do fiduciário.” (DANTZEGGER, 2010, p.40)

Assim, a alienação fiduciária de coisa imóvel é o negócio jurídico que se caracteriza pela constituição da propriedade fiduciária, direito real de garantia que se resolve com o pagamento regular da dívida, em havendo o inadimplemento, pela transferência da propriedade resolúvel do imóvel ao credor, para pagamento da dívida em leilão extrajudicial do bem, hipótese em que, ou a propriedade plena se resolverá em favor do devedor, pagando este a dívida antes da assinatura do arrematante do bem, ou ainda, se consolidará no credor fiduciário, extinguindo-se a dívida. (COSTA, 2005, p.14)

Assim, verifica-se que a alienação fiduciária é realmente um negócio amplo, que ingressa na esfera obrigacional bem como direito real.

Deste modo, o devedor, assim chamado fiduciante, transfere ao credor, fiduciário, a propriedade resolúvel do imóvel dado em garantia de alguma dívida, e este ficará ainda apenas com a posse indireta do bem. Em havendo o pagamento da dívida, o devedor terá restituída a si a plenitude da propriedade, do contrário, o credor passará a ter a propriedade plena e poderá, até mesmo de forma extrajudicial, ter para si o bem como forma de recebimento do débito.

Este segundo procedimento, traz em si alguns problemas, os quais serão considerados neste trabalho.

1.4 Da natureza jurídica

Há uma certo contraponto doutrinário sobre a natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia.

No entanto, não é porque está fora do rol constante no Código Civil que não se pode considerar o instituto como garantia real. Embora o Código trate apenas de hipoteca, penhor e anticrese, é certo que de igual natureza é a alienação fiduciária, uma garantia real.

Uma leitura de diversos textos legais facilmente leva a esta compreensão. É o que se verifica, por exemplo, dos artigos 17, 22 e 23 da Lei 9.514/97.

Ao analisar o artigo 22 comentado, bem como o artigo 22 da Lei 911/69 (que trata da alienação de coisas móveis), pode-se afirmar, então, que o contrato de alienação fiduciária em garantia cria no bem, o efeito translativo da propriedade, e, se o objeto do contrato é propriedade sem dúvidas há o direito ingresso Direito das Coisas. Portanto, é um contrato real, pois seu objeto é constituir um direito real de garantia.

Não se pode negar que existem diferenças entre os direitos reais previstos no Código Civil e na alienação fiduciária. Destaque-se a possibilidade de expropriação extrajudicial do bem. No entanto, isto não exclui a alienação fiduciária do rol de garantias reais da propriedade.

Estes atributos distintivos de outras garantias reais não desnaturam a alienação fiduciária como direito real de garantia, mas, ao contrário, conferem-lhe maior segurança, efetividade, praticidade e utilidade no campo das garantias e recomendam sua ampla contratação. (COSTA, 2005, p.15)

Embora a natureza obrigacional ainda se faça presente de forma considerável no contrato, sua essência enquanto contrato de natureza real deve prevalecer. Este é o posicionamento doutrinário majoritário, com o qual anui esta pesquisa.

1.4 A finalidade da garantia da alienação fiduciária de bem imóvel

O cenário nacional se mostrava tenebroso com relação ao setor da construção civil. As garantias reais trazidas pela Código Civil de 1916 se mostravam totalmente ineficazes para efetivamente criarem uma garantia aos investidores do setor.

Vários obstáculos processuais impediam a transferência definitiva e de fato do imóvel que era dado em garantia ao credor que se via sem receber o débito que de direito. Com isso,

criou-se uma insegurança no mercado imobiliário e os investimentos no setor sofreram uma redução cada vez mais considerável.

A ineficácia das garantias reais já previstas na legislação somada ainda ao retardamento na prestação jurisdicional para assegurar ao credor o efetivo acesso ao imóvel dado em garantia real, estava criando uma instabilidade onde se fazia necessária a intervenção estatal.

O legislativo então, provocado pela necessidade de uma atuação efetiva, buscou no Decreto-Lei 911/69 a “solução para o problema”, e no ano de 1997, aprovou a Lei 9514, estendendo ao ramo imobiliário o instituto da alienação fiduciária em garantia.

As formas de expropriação do bem dado em garantia, a celeridade entre o inadimplemento e o verdadeiro acesso ao bem, dentre as tantas facilidades trazidas pelo diploma legal, criaram uma segurança no mercado imobiliário, a ponto de levar os investidores a acreditar no setor e novamente lhes destinar recursos.

Em dias atuais, a segurança tida no instituto proporcionou um grande avanço do setor, e diversos empreendimentos foram construídos sob a condição de ser garantidos pela alienação fiduciária.

Este é, portanto, o objetivo maior da alienação fiduciária, que busca dar uma maior segurança ao investidor, facilitando, na outra ponta, o acesso ao crédito por aquele que dele necessita, fomentando, assim, o setor imobiliário nacional.

1.5 As consequências do inadimplemento pelo fiduciante

O procedimento para execução de dívida garantida por alienação fiduciária de bem imóvel segue uma sistemática totalmente diversa das fixadas no Código de Processo Civil.

Divide-se basicamente em duas partes: Na primeira delas, o credor precisa, necessariamente, por meio de Oficial do Cartório de Registro de Imóveis, intimar o devedor para que purgue a mora, pagando a dívida em atraso, a qual, se for paga, faz com que convesça o contrato e seguir-se-á com o mesmo até o seu pagamento total.

É esse o regramento trazido pelos artigos da Lei 9.514/97, que assim determinam:

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

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze

dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

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

Entendamos o procedimento. O contrato vai fixar qual o prazo de carência para pagamento da dívida, ou seja, quanto tempo o devedor tem, após vencida a dívida, para realizar o seu pagamento.

Geralmente, a prática demonstra que este prazo tem sido de no máximo 90 dias. Vale destacar que este prazo, na maioria esmagadora das vezes, não é um prazo discutido pelas partes, mas imposto pelo credor fiduciário. Na verdade, quase todo o contrato é imposto.

Verifica-se assim a impossibilidade do devedor em estipular um prazo que realmente lhe permita levantar a quantia necessária para pagamento do valor devido, dificultando assim o pagamento e levando à continuidade dos atos de execução.

Se não houver o pagamento, o credor fiduciante provocará o oficial de registro de imóveis de situação da coisa, o qual providenciará a intimação do devedor.

Segundo o § 3º do artigo 26, a intimação deverá se dar pessoalmente, através do representante legal ou ainda por procurador. Caso a pessoa a ser intimada esteja em local diverso, poderá o oficial solicitar ao Oficial de Registro de Títulos e Documentos ou do Oficial do Registro de Imóveis do domicílio em que se encontre para ser intimado, podendo fazê-lo, ainda, por meio de correio, com aviso de recebimento.

Estando a pessoa a ser intimada em local incerto ou não sabido, será intimada por edital na forma do § 4º do artigo 26.

Intimado, o devedor fiduciante terá o prazo de 15 dias para purgar a mora. Aqui cabe uma crítica. O prazo estabelecido pelo Legislador é muito curto, e efetivamente não permite ao devedor o levantamento do dinheiro para realizado o pagamento do débito.

Purgada a mora, o contrato convalesce, e se prosseguirá com a relação.

Se, no entanto, não for purgada, ocorre o efeito previsto no “caput” do artigo 26 e a propriedade será consolidada em nome do credor fiduciário. Neste ponto, inicia-se a segunda fase da execução. O Oficial averbará na matrícula do bem a existência da consolidação, e iniciar-se-á a fase expropriatória:

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes.

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

[...]

§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

A doutrina também cuida de esmiuçar o procedimento legal estabelecido, o que é demonstrado pelo ensinamento de Vaz (1998, p.55):

Ressalta do contexto da Lei 9.514 que a transmissão da propriedade resolúvel, como parte integrante do contrato de alienação fiduciária, não significa a perda da propriedade pelo fiduciante, nem seu ingresso no patrimônio do fiduciário. A perda da propriedade, com o caráter que lhe empresta o Código Civil, somente ocorrerá quando, não pagas as prestações e seus encargos, consolidar-se a propriedade fiduciária, e, ainda, se for ela alienada no primeiro leilão, pelo valor estipulado no contrato; se for ela alienada no segundo leilão, pelo valor igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais; com a extinção da dívida e respectiva quitação, caso no primeiro e no segundo leilões os maiores lances não alcancem os valores mínimos supra mencionados. Trata-se, pois, de transmissão e aquisição, a que não se podem aplicar, de forma intransigente e dogmática, os conceitos tradicionais da propriedade e da própria alienação.

Nesta fase encontra-se o ponto principal deste trabalho. Verifica-se nestes procedimentos a verdadeira possibilidade de enriquecimento sem causa. Considerando ser este o ponto de enfoque e crítica deste trabalho, será melhor tratado, já com as críticas, no terceiro capítulo deste trabalho.

1.6 Da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário

Conforme visto, em caso de inadimplemento do crédito obtido na alienação fiduciária, ocorrerá a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário na forma do artigo 26 da Lei 9.514/97.

Muito embora o credor possua o direito de receber a quantia emprestada, isso não pode ser feito a todo custo e de forma gravosa ao devedor. Ainda que se confira ao devedor prazo par pagar a dívida antes de que se consolide efetivamente a propriedade em nome do fiduciário, em caso de impossibilidade deste, esta forma gravosa se efetivará.

Caso ocorra a consolidação da propriedade, esta então, passará a pertencer de forma absoluta do credor fiduciário, o qual possuirá a obrigação de vendê-la em leilão para receber o crédito não adimplido.

Segundo o esclarece Lima (2009, p.78): “Restaria para o proprietário formal o direito de reivindicar a propriedade e de, caso não cumprida a obrigação principal pelo devedor fiduciante, ver a mesma consolidada em seu favor, na modalidade de propriedade absoluta”.

Ou seja, não será necessária qualquer intervenção judicial para que o bem que antes servia de garantia, passe a integrar o patrimônio do credor. O imóvel a partir do inadimplemento pertencerá exclusivamente ao fiduciário, que mesmo não conseguindo alienar em leilão, ficará definitivamente com o bem, e é neste segundo ponto, que se verifica a problemática destacada nesta pesquisa.

Ainda tratando do tema, pontua Cláudia Lima Marques:

Para o consumidor, parece-me, salvo melhor juízo, altamente prejudicial à criação desta nova base de direito real (propriedade fiduciária de imóvel), pois a possibilidade de alienação fiduciária da ‘sonhada casa própria’ beneficia desnecessariamente o fornecedor-credor, ao evitar o atual trâmite judicial exigido para as hipotecas. No novo sistema, o fiduciante, isto é, os fornecedores indiretos (bancos e outros financiadores da construção) ou fornecedores diretos (construtores, bancos e financiadores diretos do negócio com o consumidor) como credor fiduciário imobiliário, pode beneficiar-se do rápido e eficaz processo típico de alienação fiduciária, que permite a retomada do bem imóvel, com o despejo do consumidor e sua família, se o devedor estiver constituído em mora, e posterior venda em leilão.

É preciso destacar que neste trabalho não se busca atacar o instituto da alienação fiduciária em sua essência, pois reconhece-se a importância econômica da utilização do instituto.

Nesta oportunidade apenas se está demonstrando o que entende a doutrina sobre o tema, já nos primeiros efeitos da alienação em caso de inadimplemento, qual seja, a consolidação da propriedade.

É certo que o benefício da consolidação da propriedade será somente do credor, o qual confere a este o direito de providenciar a expropriação do bem, e o devedor sofrerá prejuízos muito maiores do que os que deveria responder pelo inadimplemento.

Contudo, o ataque se dará em uma das consequências do inadimplemento, que é quando não existem arrematantes e o banco simplesmente fica com o bem para si. Neste ponto, é que se concentrará o trabalho, sem maiores aprofundamentos na oposição doutrinária à consolidação da propriedade.

No ultimo tópico se demonstrará onde se verifica esta mácula maior, que causa inegável enriquecimento ilícito do credor. No tópico seguinte será abordada a questão do enriquecimento ilícito, e da sua repudia pelo ordenamento jurídico, para, no tópico conclusivo, indicar como se caracteriza o enriquecimento ilícito na alienação fiduciária.

1.7 Requisitos do contrato de alienação fiduciária.

O artigo 104 do Código Civil elenca quais são os requisitos de validade do negócio jurídico. No inciso III deste dispositivo, existe a determinação de que se deve seguir a forma prescrita na Legislação.

Assim, nos contratos que tenham por garantia de alienação fiduciária de bem imóvel, é de rigor que se observe os requisitos elencados na lei, destacadamente no artigo 24. Veja-se:

Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá:
I - o valor do principal da dívida;
II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;
III - a taxa de juros e os encargos incidentes;
IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;
V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;
VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

O primeiro dos requisitos é inerente a quase todos os contratos: o valor que foi emprestado pelo fiduciário ao fiduciante.

O segundo, assim como o terceiro, também, não fogem à regra dos contratos de natureza semelhante. Devem constar no contrato os encargos exigidos na relação.

O quarto inciso já traz especificidades do contrato em estudo. Deve constar no contrato, sob pena de invalidade, cláusula expressa constituindo a alienação fiduciária, com descrições, o mais detalhadas possíveis, e até mesmo o título e o modo de aquisição da propriedade pelo fiduciantes.

Também, na linha do inciso V, deve constar Cláusula que assegure ao fiduciantes a utilização do bem dado em garantia, garantindo-se-lhe, assim a posse direta do bem.

O item VI é um dos objetos centrais da presente pesquisa: a indicação, já no momento do contrato, de qual será o valor do bem para fins de avaliação. Dada a relevância, este tema será tratado tópicos específicos.

Além dos já elencados, o artigo 38 da Lei 9514/97 traz ainda outro, que merece ser estudado. Veja-se a redação legal.

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

O artigo está em total sintonia com a redação do artigo 1.227 do Código Civil, que exige a publicidade registral para produção de efeitos. Tratando do tema, em comentários ao artigo do Código Civil, Loureiro (2011, p.1424), com clareza observa:

O terceiro sistema, denominado misto ou eclético, foi acolhido em nossos Códigos de 1916 e atual. Para nós, o registro é constitutivo de direito real sobre coisa imóvel. É ele que converte o título, gerador de simples direito de crédito, em direito real, irradiando seus efeitos contra todos. Nesse ponto, aproxima-se do sistema alemão. A diferença, porém, está no fato do registro em nosso sistema ter a natureza de ato jurídico causal, pois permanece vinculado ao título que lhe deu origem. Invalidado o título, invalida-se o registro. O registro tem efeito constitutivo, mas não saneador do título causal. Disso decorre que viciado o título, contaminado estará o registro, que será, então, cancelado. Presume-se ser o imóvel daquele que tem o título registrado no sistema imobiliário, mas tal presunção é relativa no direito brasileiro (juris tantum), segundo se extrai dos arts. 1.245, § 2º, e 1.247 do Código civil, adiante examinados.

O artigo 38 trata, pois, de mitigar o que consta do artigo 108 do Código Civil, uma vez que torna desnecessário que ocorra os efeitos de transmissão da propriedade apenas por meio de escritura definitiva.

Como se verifica, no caso de alienação fiduciária pode existir contrato particular com efeitos de escritura pública.

Conforme bem aponta Moraes (2013, p.2), a dispensa na exigência do artigo 108 do Código Civil tem objetivo um tanto mais econômico, o que, porém, pode causar uma verdadeira insegurança neste negócio que é bastante complexo.

A medida visa fomentar a concessão de financiamentos imobiliários e a baratear os custos do crédito para o consumidor. Apesar de louvável a medida, o afastamento da segurança jurídica conferida pela atividade notarial pode gerar um custo ainda maior para a sociedade. Algumas condutas, como a prática abusiva e a falta de informações ao tomador do crédito poderiam ser evitadas com a participação de um oficial público imparcial. O papel do Tabelião é eminentemente preventivo, o que contribui para evitar litígios e, por consequência, desafogar o Judiciário.

Demonstrado o rol legal e o posicionamento doutrinário, destaca-se dos requisitos o constante do artigo 24, VI, pois a partir desta previsão é que se verifica a maior possibilidade

de enriquecimento ilícito na alienação fiduciária. Por esta razão, o tema será melhor abordado oportunamente.

2 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

2.1 Conceituação

O sistema jurídico brasileiro não veda que alguém aumente seu patrimônio, afinal, o sistema financeiro é o capitalista, o qual incentiva o lucro e o conseqüente aumento patrimonial.

O que se veda é o chamado enriquecimento sem causa. Neves, (2011,p.1240) com precisão afirma que “O ordenamento jurídico não admite o acréscimo do patrimônio de uma pessoa em detrimento da perda do patrimônio de outra, sem que ocorra causa jurídica que explique esse deslocamento econômico.”

Ocorre, na maioria das vezes, pelo inadimplemento de uma obrigação, ou ainda de fatos delituosos, como furto, estelionato, entre outros. Casos tais são tutelados, quanto à restituição do valor que foi retirado do patrimônio de outrem indevidamente, pelos princípios da responsabilidade civil.

Existem, todavia, outros casos de enriquecimento à custa alheia que só poderão ser removidos para o patrimônio dos prejudicados se houver princípios específicos.É para estes casos que se fala em...enriquecimento se causa. (NORONHA,2011 p.1087)

Conforme visto, pode ocorrer de o enriquecimento por uma pessoa operar-se sem qualquer causa, sem qualquer fato que legitime aquele acréscimo patrimonial, ou que impeça um decréscimo que deveria ocorrer.

Isso se dá, por exemplo, quando alguém construí em terreno alheio, para a dívida a quem não é o real credor ou paga dívida inexistente. Nestes casos, um patrimônio aumentou em detrimento do outro, e isso sem uma causa jurídica.

Assim, com base no que dispõe o artigo 884 do Código Civil, Venosa (2010, p.808) assevera “que existe enriquecimento injusto sempre que houver uma vantagem de cunho econômico, sem justa causa, em detrimento de outrem.”

Verificada a ocorrência do enriquecimento sem causa, nascerá ao prejudicado o direito de restituição, conforme aponta Michelin Jr.(2007, p.179) “ Há uma cláusula geral de direito restituitório consubstanciada nos arts.884 e 886 do Código Civil, ou seja, do capítulo dedicado ao ‘enriquecimento sem causa’”.

O mesmo autor observa

Como cláusula geral, os arts. 884 a 886 estabelecem alguns parâmetros que têm função estrutural na arquitetura do direito civil brasileiro. É a fonte residual para que sejam desfeitas as atribuições patrimoniais judicialmente injustificáveis. 180

Von Tuhr oferece uma fórmula sintética para identificar o enriquecimento: o enriquecimento, assim como o dano, é a diferença que existe entre o estado atual do patrimônio e o estado no qual estaria esse patrimônio se não houvesse ocorrido o fato que provocou o deslocamento de valor.185

Em suma: qualquer vantagem patrimonial pode ser considerada enriquecimento, seja pela aquisição de um direito ou de uma situação jurídica protegida que implica vantagem patrimonial, seja pela liberação de dívida, seja pela obtenção de vantagens transitórias com valor pecuniário.185

2.2 O enriquecimento sem causa enquanto princípio

A importância de se evitar o enriquecimento sem causa levou ao posicionamento doutrinário de que o mesmo deve ser encarado como princípio integrante de todos os demais ramos do direito.

Com este entendimento, eleva-se a vedação ao enriquecimento sem causa a princípio geral do direito que vem no mesmo sentido da boa-fé objetiva e da função social, que devem reger as relações entre particulares com o objetivo de impedir a ocorrência de danos.

Indubitavelmente, a proibição do enriquecimento ilícito à custa de outrem é um princípio integrante do ordenamento jurídico, não se limitando a uma vaga reminiscência histórica, a uma mera regra de moral ou ética, ou a um preceito equitativo, mas consubstanciando-se em um efetivo mandamento com conteúdo normativo.

Se a ordem civil-constitucional assegura a livre iniciativa, a autonomia privada e outros elementos indispensáveis a fim de garantir a equilibrada relação negocial, com esteio na função social do contrato, a proibição do enriquecimento sem causa é um princípio congênito.

Neste sentido, Agostinho Alvim tipifica o instituto como um princípio geral de direito: ‘ Por outro lado, é inquestionável que a condenação do enriquecimento injustificado é princípio geral de Direito, porque, com maior ou menor extensão, ela tem sido recomendada por todos os sistemas, no tempo e no espaço. Não obstante isso, apesar da teoria em tela ser coerente ao pensamento que se adota, ele é imperfeita.

A teoria que se propõe não é limitada como sustentado nesse segmento, mas tem outros contornos que não se circunscrevem a um mero princípio integrativo do direito, a ser aplicado na omissão da lei, segundo dispõe o art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil. A vedação do enriquecimento sem causa é um princípio norteador do direito obrigacional, que possui fundamento na Constituição Federal e legislação infraconstitucional, possibilitando o seu uso como fonte obrigacional por meio da ação de enriquecimento e como supedâneo a qualquer medida litigiosa.(NANNI, 2004, 123/124)

Corroborando este posicionamento, a doutrina de Michelin Jr. (2007, p.176/177), defende que o enriquecimento sem causa é instituto do direito obrigacional, mas que também deve ser avaliado enquanto princípio limitador do exercício privado.

Em primeiro lugar, a expressão pode referir um princípio que serve tanto como fundamento quanto como critério interpretativo para diversas regras que tratam aspectos específicos de institutos do direito privado e mesmo, em diversos casos, para regras de direito público. [...]

Em segundo lugar, pode-se estar falando especificamente de um instituto do direito privado e, mais especificamente, de um instituto que regula a constituição de certas relações obrigacionais (i.e., uma fonte de obrigações) [...]

A jurisprudência brasileira desde muito reconhece que o direito à devolução das prestações adimplidas é a consequência eficaz normal da resolução de negócios jurídicos.

Verifica-se então, que a vedação ao enriquecimento sem causa é princípio limitador das relações e como “...cláusula geral (a) tem um papel informativo na interpretação e aplicação das regras dos institutos específicos e (b) funciona como forma residual e geral para o desfazimento de atribuições patrimoniais sem causa.” (MICHELON Jr, 2007, p.180).

Eis que então, o valor trazido pela vedação do enriquecimento sem causa não busca apenas atenção à esfera das partes envolvidas, antes, trata-se de proteção principiológicas oriunda da própria constituição, que visam equalizar as relações em benefício da coletividade.

É o reconhecimento jurisprudencial seguindo o mesmo norte da doutrina:

O princípio da vedação do enriquecimento ilícito decorre do sistema constitucional, fundado na equidade hoje sacramentado pelo Novo Código Civil, art.884, pelo qual ninguém poderá enriquecer-se á custa de outrem, sem justa causa.(Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Apelação Cível nº 2003011047793-0, relatora: Desembargadora Vera Andrigui, julgado em 23/03/2007)

1. Constitui princípio universal de direito positivo no Código Civil (art.884) que a ninguém é lícito ‘se enriquecer à custa de outrem’. Encontra-se implicitamente inserido na Constituição da República e, salvo situações excepcionais, se sobrepõe ao da imutabilidade da coisa julgada.(Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Agravo Regimental nº 2004.002468-1, relator: Desembargador Newton Trissoto, julgado em 10/08/2005)

Eis que se nota o valor do instituto no sistema jurídico brasileiro, de forma que a lei, a doutrina e a jurisprudência, em uníssono, repudiam o enriquecimento sem causa.

Neste trabalho, aplicar-se-á este na seara da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel.

2.3 Modalidades de enriquecimento sem causa

O enriquecimento sem causa, segundo aponta Noronha (2011, p,1096), subdivide-se em algumas modalidades, as quais serão brevemente consideradas a seguir.

Na primeira das modalidades, tem-se que o enriquecimento sem causa pode ser dar: por acréscimo patrimonial ou poupança de dispêndios.

No primeiro caso, há um ganho efetivo daquele que, à custa de outrem, aumenta o seu patrimônio. No segundo, alguém deixa de ter despesas por praticar atos para impedir que exista um ônus que de outro modo ocorreria.

No caso de acréscimo patrimonial, tanto pode ter existido um aumento de ativo, com a inclusão de novos valores, quanto ainda pode existir uma redução do passivo, por ser extinta uma dívida de forma irregular.

Com relação ao enriquecimento por poupança de dispêndios, deixa-se de reduzir o ativo, quando este necessariamente deveria ter sido reduzido,.

A segunda das modalidades consiste na: transição de patrimônio, ou a exploração de bens ou trabalhos ou direitos de terceiros.

Noronha, (2011, p.1097) destaca a importância desta classificação para o estudo da matéria, e dada a importância de seus ensinamentos, reproduzimos este na íntegra:

Esta é a classificação mais importante. Se o que caracteriza os direitos com validade erga omnes, ou absolutos (propriedade, outros direitos reais e direitos da personalidade), é a reserva ao titular da disponibilidade e do aproveitamento dos bens, materiais ou imateriais, sobre que eles incidem, daí resulta, primeiro, que nada pode ser deslocado de um patrimônio para outro sem causa justificativa, e, segundo, que ninguém pode colher benefícios através do aproveitamento das coisas, do trabalho ou de outros direitos alheios, se não tiver um título justo deste aproveitamento. Os benefícios colhidos com infração à primeira regra constituem as transferências patrimoniais sem causa; aqueles obtidos em desrespeito à segunda regra, são casos de exploração injustificada de bens, trabalho e direitos alheios.

Terceira modalidade será a do: *enriquecimento ilícito e enriquecimento de boa-fé*. Quando o beneficiado pelo eventual acréscimo patrimonial ignora, de forma legítima, que não tem direito ao acréscimo patrimonial, fala-se em enriquecimento de boa-fé. Esta boa fé é a objetiva, e se verifica pela conduta do agente, somado a elementos fáticos que serão demonstrados quando a apuração da conduta.

Se, contudo, é possível verificar que poderia ser exigida do agente a diligência do homem médio, o que lhe permitira avaliar com maior cuidado a situação e lhe levar a concluir os elementos do enriquecimento seu causa, o enriquecimento será ilícito.

Outra modalidade é a do: *enriquecimento direto e indireto*. O primeiro implica num acréscimo patrimonial diretamente em benefício do agente. O terceiro, implica em benefício obtido por terceiro alheio ao agente.

2.4 Requisitos à configuração do enriquecimento sem causa

Para verificar-se a presença o enriquecimento sem causa, necessário se faz analisar a presente de alguns requisitos.

Grande parte dos requisitos é verificada na própria conceituação do instituto. Veja-se o que a doutrina elenca como sendo necessário se fazer presente no caso concreto para a verificação do locupletamento indevido:

Verifica-se o enriquecimento sem causa se presentes (a) a vantagem patrimonial propriamente dita, consistente no benefício aferível em dinheiro - que se verifica tão apenas no aumento dos bens, mas também na diminuição do passivo e na economia de algumas despesas - ; (b) o empobrecimento, de outra ponta, que se verifica diante da perda de patrimônio; (c) o nexos causal, isto é, o liame entre o enriquecimento de um empobrecimento de outro; (d) e, por fim, a ausência de causa.(NEVES, 2011, p.1248)

O primeiro dos requisitos é óbvio. Enriquecimento é aumento de patrimônio, ou por acréscimo, ou por deixar de diminuí-lo quando se deveria fazê-lo.

O segundo invoca a necessidade de que alguém deverá ser lesado pelo enriquecimento. A lei se utiliza da expressão “ a custa de outrem”, ou seja, se alguém se enriquece, outrem está sendo prejudicado, de modo que seu patrimônio foi indevidamente dilapidado, o que resulta no seu empobrecimento.

O terceiro requisito exige um liame de causalidade entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro. O requisito não invoca proporcionalidade, de modo que um e outro sejam equivalentes, mas invoca que exista um nexos entre ambos, ou seja, que o empobrecimento tenha como causa, o enriquecimento indevido.

Como quarto e ultimo requisito, tem-se que inexistir causa para o justo enriquecimento. Em havendo, o enriquecimento será lícito, afastando a incidência do dispositivo. Neste sentido:

A ausência de causa jurídica é o requisito mais importante para o reconhecimento do enriquecimento sem causa. Não haverá enriquecimento sem causa quando o fato estiver legitimado por um contrato ou outro motivo previsto em lei. Somente quando não houver nenhum destes dois fundamentos é que haverá ilicitude no locupletamento. (BDINE JR, 2007,p.740)

São estes então, os requisitos que devem ser apresentados para configuração do enriquecimento sem causa.

2.5 Subsidiariedade da ação *in rem reverso*

A chamada ação *in rem reverso*, busca equilibrar aquilo que foi desequilibrado por ato de um em detrimento de outro que teve seu patrimônio diretamente reduzido, ou que deixou de auferir algo que de direito. Não abrange, esta modalidade de ação, a indenização por perdas e danos.

É importante a leitura do artigo 886 do Código Civil afim de se analisar o tema:

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Neste dispositivo, o legislador determinou expressamente que o ressarcimento necessário em razão do enriquecimento sem causa deve ser subsidiário a outras formas para o recebimento dos prejuízos sofridos.

Diante deste disto, restou claro que a ação *in rem reverso* só deve ser manejada após esgotadas as demais tentativas de se evitar o enriquecimento.

Assim, ao contrário de diminuir-lhe a importância, a subsidiariedade ressalta ainda mais a validade desse remédio, como a última possibilidade, e definitiva, de o prejudicado se ver ressarcido do investimento. (VENOSA, 2010,p.811)

Com as breves considerações tecidas a respeito do enriquecimento sem causa, sobre as quais não se realizou maiores considerações, posto que, do exposto, já se pode analisar a incidência do instituto na alienação fiduciária, passa-se, nesta oportunidade, à problemática pesquisada.

3 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL EM GARANTIA

Conforme já exposto neste trabalho, o procedimento da alienação fiduciária segue um rito característico, e muitas são as diferenciações com o procedimento expropriatório trazido no Código de Processo Civil.

O que se busca, em verdade, é dar celeridade na transferência do bem, para levantamento de valor que será utilizado para quitação da dívida existente numa relação garantia por um imóvel dado em alienação fiduciária.

Os benefícios para o credor são evidentes, contudo, é de se verificar também os malefícios causados ao devedor em virtude do procedimento trazido pela legislação.

Sem qualquer dúvida, ao menos duas pessoas distintas poderão locupletar-se indevidamente à custa do devedor: o eventual arrematante do bem; e a instituição financeira.

No procedimento criado, na maioria dos casos, o devedor ficará: sem o bem, o qual lhe foi retirado por um preço injusto; com um saldo remanescente da dívida e com seu nome negativado. A situação do devedor pode leva-lo à verdadeira penúria.

Veja-se então, como e porque haverá enriquecimento sem causa em ambos os casos, para então tentar-se encontrar a solução mais acertada.

3.10 método de apuração do valor do imóvel

O problema começa já neste ponto: a fixação do valor do imóvel. Segundo dispõe o artigo 24 da Lei 9514/97, dentre outros requisitos, o contrato deverá trazer: “VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão.”

Segundo disposição legal, já no início da contratação, há a fixação do valor do imóvel para fins de avaliação.

Em contratos de compra e venda de imóvel, principalmente se ocorrerem com relação às instituições bancárias, mas em verdade, em quase, senão em todos os contratos, o credor fiduciário fixa o valor que entende ser o do imóvel.

Na prática, não existe, nem antes, nem durante a contratação, qualquer revisão do valor do imóvel. Em momento algum, se considera elementos peculiares de cada imóvel, tal como localização e benfeitorias, por exemplo. Há uma fixação objetiva, com considerações de

elementos que não permitem a fixação justa do valor do bem, como por exemplo, simplesmente a sua dimensão.

Essa prática é pública e notória, e ocorre sem maiores problemas, diante da omissão do legislador em melhor regular o momento em que este valor é auferido.

O inciso comentado traz em sua redação que deverão existir no contrato critérios para a revisão do valor. Não há, por parte do legislador, qualquer determinação de que se esta revisão deva ser fática, ou tão somente aritmética.

Com isso, é claro que o credor, quando o fizer, apenas fará uma atualização monetária do valor indicado no contrato.

Ora, pode ser que o imóvel tenha sofrido considerável valorização. Talvez a infraestrutura da vizinhança tenha permitido o aumento do seu valor. Ou pode ser que um grande empreendimento nas proximidades também agregou. Considere-se ainda que muitas reformas foram realizadas no bem.

Nada, absolutamente nada disso será objeto da revisão. O credor fiduciário tão somente, quando o fizer, atualizará matematicamente o valor do imóvel com base em índices que não condizem com a realidade de cada bem. Trata-se da atualização de um valor que já teve um início irregular, como acima frisado.

Desta forma, nasce o enriquecimento sem causa, ou para eventual arrematante, ou para o credor fiduciário, conforme melhor será tratado a seguir.

3.2 Enriquecimento sem causa do eventual arrematante

Fora o que acima já foi tratado, com relação à fixação do valor do imóvel, a situação se agrava.

Nos termos do artigo 27, § 1º da Lei nº 9.514/97, no primeiro leilão, o parâmetro a ser observado será o valor do imóvel. Ou seja, o lance mínimo tem que ser no valor do imóvel. Ainda que isso ocorra, segundo ao que acima foi trazido, haveria enriquecimento por parte do eventual arrematante, uma vez que este traria a seu patrimônio um bem que de fato valor determinado valor, por um valor inferior, deixando, pois, de ter despesas que deveria ter tido.

O problema maior, contudo, está em se o bem não for arrematado no primeiro leilão. Proceder-se-á então com o segundo leilão. Neste, segundo reza o § 2º, o valor da arrematação deve ser de no mínimo, o valor da dívida, acrescido de eventuais despesas.

Para ficar mais claro, imagine-se a seguinte situação. Um bem dado em garantia foi fixado no valor de R\$ 500.000,00. No caso hipotético, suponha-se que a dívida, acrescida de encargos fixados na lei, esteja em R\$ 100.000,00.

É de deixar pasmado, mas o arrematante poderá ter para si o bem no valor da dívida. Na situação hipotética, o bem será adquirido pelo valor de R\$ 100.000,00.

O enriquecimento sem causa do arrematante é visível e inquestionável.

O ordenamento jurídico brasileiro não permite, nem o poderia permitir, que alguém se enriqueça às custas de outrem.

Nos procedimentos da alienação fiduciária sem sombra de dúvidas, haverá o enriquecimento do arrematante às custas do devedor fiduciário.

Não há outra forma de evitar o dano, a não ser a modificação da redação legal, por meio de forte oposição da doutrina e da jurisprudência.

3.3 Enriquecimento sem causa do credor fiduciário

Partindo do que já foi exposto, haveria também caso de enriquecimento ilícito com relação ao credor fiduciário em caso de inexistir lance no segundo leilão.

Isto porque, segundo determina o § 5º do artigo 27 da Lei 9514/97, assim diz:

§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

O legislador está dizendo que o credor fiduciário, no caso de insuficiência dos lances dados em segundo leilão, o imóvel ficará para este e a dívida será extinta.

Em outras palavras, o credor fiduciário terá para si um bem pelo valor da dívida acrescida de encargos.

Também se trata de caso de enriquecimento sem causa, pois o credor, no caso hipotético acima, ficaria com um imóvel de no mínimo R\$ 600.000,00 por uma dívida de R\$ 100.000,00.

Não resta qualquer dúvida de que também se trata de enriquecimento sem causa por parte do credor.

Todas as situações apresentadas são inadmissíveis, e eleger a ação in rem reverso para a solução do caso poderia, e certamente será, ineficaz, pois, neste caso assim seria necessário invocar a morosa prestação jurisdicional, enquanto o devedor será privado de seu imóvel, e,

em muitos casos, poderá passar a ter uma situação de penúria, com efeitos muito mais nefastos que os previstos pelo legislador quando da elaboração da norma. É por isso que outra medida deve ser tomada.

3.4 Da necessidade de justa avaliação do imóvel

No que se refere ao imóvel e a sua avaliação, esta deveria ser muito mais detalhada. Quando da elaboração do contrato, basta que o credor fiduciário, às custas diretas ou indiretas do devedor, como por exemplo incluindo os gastos no valor da dívida, custei e realize uma justa e correta avaliação do imóvel.

Para tanto, necessária se faria uma correção legislativa, para determinar expressamente que estas medidas fossem realizadas na alienação fiduciária, sob pena de nulidade da cláusula que fixar o valor sem considerar estes procedimentos.

Se houvesse eventual inadimplemento, outra avaliação deveria ser feita com objetivo de atualizar, de fato, o valor do imóvel, que será o considerado para os fins de leilão.

Referida avaliação poderia ocorrer nos 15 dias para purgação da mora.

Neste caso, as despesas desta avaliação poderiam ser inclusas no valor da dívida, assim como determina, com relação a outras despesas, o § 2º do artigo 27.

Diante desta situação, seria, na medida do possível, evitado o enriquecimento sem causa por qualquer das partes com relação ao valor do imóvel.

3.5 Da utilização do valor do imóvel para todos os fins de expropriação

O § 1º do artigo 27 expressamente prevê que o valor mínimo da arrematação deva ser o valor do imóvel.

Em outro sentido, o § 2º, fixa como lance mínimo, o valor da dívida, o que caracterizaria um verdadeiro enriquecimento sem causa.

Neste caso, basta fixar que, assim como ocorre no primeiro leilão, no segundo, o valor da arrematação também seja igual ao do valor do imóvel e não ao da dívida, como anteriormente ocorre.

Caso se levante a possibilidade de ineficácia do 2º leilão, já que não traz qualquer benefício ao eventual arrematante, poder-se-ia aceitar que o valor então fosse de no mínimo, 80% do valor do imóvel.

Com relação ao credor, o mesmo deveria ocorrer em caso de ineficácia do segundo leilão. Deste modo, se verificado que o valor do bem é superior ao da dívida, o credor deverá ficar com o bem para si no percentual de 80% do valor do imóvel.

Para tanto, necessária modificação legislativa, de modo que cabem aos estudiosos do direito o pleito destas modificações.

Medidas neste sentido, ou ao menos parecidas a estas, afastariam o tão inaceitável enriquecimento sem causa, e manteria em vigor a legislação que regulamentação a lei que instituiu a alienação fiduciária.

Não se pode extinguir o instituto, tampouco se questiona que o procedimento de expropriação seja feito sem participação de um magistrado, ou com ampla defesa, já que o Supremo Tribunal Federal reconhece a constitucionalidade do procedimento, o que se quis, neste trabalho, foi demonstrar a existência do locupletamento indevido, e afastar a este na medida do possível, com modificações na regulamentação trazida pela lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, deste modo, que a alienação fiduciária de bem imóvel em garantia é importante instituto para a continuidade e crescimento principalmente no setor da construção civil, o qual gera grande quantidade de empregos e alimenta a economia.

Entretanto, em alguns pontos, a regulamentação da alienação fiduciária merece ser reformada.

Isto porque, o método de fixação do valor do bem dado em garantia causa inegável enriquecimento sem causa. A legislação é genérica e não determina qual será impõe que, tanto na contratação, quanto em caso de eventual realização de leilão, haja uma legítima avaliação do imóvel dado em garantia. Em razão disso, não se consideram, quando destes momentos, alguns elementos particulares de cada bem, como por exemplo, localização, vizinhança, benfeitorias, ou afins, o que leva a que a avaliação não seja condizente com a realidade.

Assim, o imóvel será expropriado por valor inferior ao que efetivamente vale.

Concluiu-se também, que no caso de segundo leilão, o arrematante poderá ficar com o imóvel pelo valor da dívida. Outro caso, pois, de enriquecimento ilícito. Assim, ficou proposto neste trabalho que, também no segundo leilão, o valor mínimo de lance seja o do valor do imóvel, ou, se for o caso, de no mínimo 80% do valor em que foi avaliado.

No que se refere ao credor, se não houver arrematante no segundo leilão, atualmente este ficará com a propriedade plena, podendo requer a posse, pelo valor da dívida, o que no mesmo sentido, lhe causará o vedado enriquecimento sem causa.

Em razão disso, propõem-se que o banco fique com o bem pelo percentual de 80% do preço em que foi avaliado, devendo descontar a dívida e despesas, na forma da lei, e pagar a devedor o que sobe à dívida.

É este, pois, o entendimento desta pesquisa.

REFERÊNCIAS

- BDINE JR, H. C.; PELUSO, CEZAR (coord). **Código civil comentado**. Barueri: Manole, 2007.
- COSTA, V. M. da. **A Alienação fiduciária no financiamento imobiliário**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.
- DANTZER, A. C. C. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. Rio de Janeiro: Método, 2010.
- FIUZA, C. **Direito civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey ,2011.
- LIMA, F. H. V. de. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**. Curitiba: Juruá,2011.
- LOUREIRO, FRANCISCO EDUARDO; PELUSO, CEZAR. Barueri, SP: Manole, 2011.
- MORAES, J. E. de. **Hipoteca versus alienação fiduciária**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25233/hipoteca-versus-alienacao-fiduciaria/3#ixzz2jtLSc0kG> – Acessado em 1 nov. 2013.
- MICHELON JÚNIOR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.177/264. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v.8)
- NANNI, G. E. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004
- NEVES, J. R. de C. Enriquecimento sem causa como fonte de obrigações .in: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Orgs). **Obrigações e Contratos**: obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.1235/1256 (Coleção doutrinas essenciais; v.1)
- NORONHA, F. Enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Orgs). **Obrigações e contratos**: obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.1085/1122 (Coleção doutrinas essenciais; v.1)
- VAZ, U. F. **Alienação Fiduciária de coisa imóvel**: Reflexos da lei nº 9.514/97 no Registro de Imóveis. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- VENOSA, S. de S. **Código civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.