



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS**

**LUIZ PAULO S. SANTOS**

**RESPONSABILIDADE POR DÉVIDAS CONDOMINIAIS NO REGIME DA  
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

BRASÍLIA

2013

**LUIZ PAULO S. SANTOS**

**RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS CONDOMINIAIS NO REGIME DA  
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientador: Professor Marlon Tomazette.

**BRASÍLIA**

2013

**LUIZ PAULO S. SANTOS**

**RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS CONDOMINIAIS NO REGIME DA  
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientador: Professor Marlon Tomazette.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Marlon Tomazette**

**Orientador**

---

**Membro**

---

**Membro**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1 DIREITO ECONÔMICO E A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA</b> .....	9
1.1 A relação entre o Direito Econômico e a intervenção do Estado na economia.....	9
1.2 A ordem econômica na Constituição Federal de 1988 .....	13
1.3 O judiciário brasileiro diante do Direito Econômico.....	17
<b>2 OS BANCOS E A CONCESSÃO DE CRÉDITO</b> .....	22
2.1 Sistema Financeiro Nacional .....	22
2.2 Atividade bancária.....	24
2.3 Crédito e mensuração de riscos na atividade econômica .....	30
2.4 Garantias bancárias.....	33
<b>3 RESPONSABILIDADE DAS COTAS CONDOMINIAIS NO REGIME DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA</b> .....	39
3.1 Características do regime da alienação fiduciária .....	39
3.2 O Sistema Financeiro Imobiliário e a Lei 9.514/1997 .....	43
3.3 Exceção criada pela Lei 10.931/2004.....	47
3.4 Os julgados e seus fundamentos para ignorar o art. 27, § 8º, da Lei 9.514/1997.....	49
3.5 Da viabilidade do art. 27, § 8º, da Lei 9.514/1997 .....	53
<b>CONCLUSÃO</b> .....	60
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	64

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a viabilidade e pertinência do § 8º, do art. 27 da Lei 9.514/1997, que, no caso de financiamento de imóvel pelo regime da alienação fiduciária, retira do agente fiduciário a possibilidade de responder solidariamente por dívidas condominiais não pagas pelo devedor fiduciante, ainda que constituídas antes da imissão da posse pela instituição financeira. Essa necessidade se dá no fato de que o poder judiciário (principalmente o Superior Tribunal de Justiça) entende pela não aplicação da aludida normatização, tendo em vista que a cota condominial está inserida no âmbito das obrigações *propter rem* e, desse modo, está intrinsecamente ligada à coisa, fazendo-a acompanhar futuras mutações. A base de toda essa demonstração vai gravitar em torno do fato de que, essa medida, trata de uma política pública econômica implementada no Sistema Financeiro Imobiliário, com a finalidade de fomentar o desenvolvimento da política social de moradia. Para tanto, a lei estabelece um regramento (novo) que diminui o risco para o agente financiador, fazendo com que o volume do crédito disponível para população não só aumente, mas também seja repassado com menores custos.

Palavras-chave: Direito Econômico. Direito Civil. Sistema Financeiro Imobiliário. Política pública econômica. Cotas condominiais. Alienação Fiduciária. Crédito. Risco.

## **ABSTRACT**

The purpose of this essay is to demonstrate the feasibility and relevance of § 8º, art. 27 of Law 9.514/1997, which, in the case of home mortgage by the regime of property liens, takes from the trustee agent the possibility to respond jointly by condominium debts unpaid by the debtor fiduciary, even constituted before the immixture of possession by the financial institution. This need occurs in the fact that the Judiciary (mainly the Supreme Court) understands not to apply of the alluded regulation, in view of the condominium quota is inserted in the framework of the obligations propter rem and thereby is intrinsically linked to the subject, that go a long future changes. The basis of this demonstration will gravitate around the fact that this measure is an economic policy implemented in Real Estate Financial System, with the purpose of fostering the development of social housing policy. Therefore, the law establishes a (new) regulation that reduces the risk to the trustee agent, causing the volume of credit available to people not only to increase, but also to be passed on to lower costs.

**Keywords:** Economic Law. Civil Law. Real Estate Financial System. Economic policy. Condominium quotas. Fiduciary Alienation. Credit. Risk.

## INTRODUÇÃO

A problemática a ser aqui dirimida consiste em definir se, no regime da alienação fiduciária, é possível responsabilizar solidariamente o agente fiduciário pelas dívidas condominiais não pagas pelo devedor fiduciante.

O núcleo do problema nasce devido ao fato de os tribunais brasileiros, mesmo diante de uma determinação expressa da Lei 9.514/1997 em sentido contrário, insistirem em declinar aos bancos a responsabilidade pelos aludidos débitos não adimplidos pelo fiduciante.

Não se ignora aqui o fato das instituições financeiras, em um caráter altamente generalizado, possuírem uma imagem arranhada quando o assunto é abusividade de encargos em sede de financiamento bancário.

Nessa esteira, a lógica natural seria em não facilitar a vida das aludidas entidades financeiras.

No entanto, essa visão (que pode ser aqui taxada como um “preconceito”), deve ser superada (ainda que de forma relativa), quando se passa a observar a relevância pública que essas entidades privadas possuem para o desenvolvimento de um país.

A bem verdade é que, com efeito, os “bancos” estão eivados de uma importância tão elevada que em todas as grandes economias do mundo foram criadas uma verdadeira engenharia para garantir a sustentabilidade e solidez dessas entidades. Nesse passo, é de se notar que toda essa organização não pode ser ignorada por conceitos, preconceitos e fundamentos estanques.

Conforme a experiência moderna nos mostra, a quebra de uma instituição financeira pode significar o declínio econômico de um país inteiro e, desse modo, prejudicar, os indivíduos residentes naquele Estado.

Exatamente por esses motivos, que é de inteira responsabilidade do Estado não só fiscalizar a saúde administrativa e financeira de um banco, mas também criar políticas públicas econômicas que facilitem a atividade bancária, de modo que a população possa usufruir direta (serviços mais baratos) e indiretamente (economia em crescimento sólido) desse tipo medida (finalidade precípua de incentivos econômicos).

Esse tipo prática é tratada no Direito Econômico como sendo uma política pública econômica que possui a finalidade precípua de fomentar o desenvolvimento do Estado, seja em uma área específica (como é o caso), seja na economia em um caráter geral.

Com esse tipo de medida, o governo de um determinado país pode exercer, através de institutos jurídicos e um conjunto de normas, influência nos resultados práticos da economia, de modo a direcionar mais benefícios para sociedade.

Por óbvio que esse tipo de política pública, para ter legitimidade no meio jurídico, precisa está em consonância com o que aduz a ordem econômica do Estado brasileiro, deduzida pelo constituinte na Constituição Federal de 1988.

Os conceitos ali desenvolvidos devem ser observados, sob pena do poder judiciário, ao ser provocado, interferir na política pública e reconhecer a sua ilegalidade (no âmbito do Superior Tribunal de Justiça) ou sua inconstitucionalidade (no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou, no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, nas demais cortes do país).

O problema que será aqui dirimido se refere ao § 8º, do art. 27 da Lei 9.514/1997, que, basicamente, preleciona que as dívidas condominiais relativas ao imóvel dado em garantia no regime da alienação fiduciária, existentes até a imissão na posse do credor fiduciário, são de responsabilidade do devedor fiduciante, não havendo em que se falar em responsabilidade solidária da instituição financeira.

Para demonstrar a viabilidade dessa medida, primeiramente será demonstrado que esse tipo de inovação jurídica deve ser analisada sob a égide do Direito Econômico, tendo em vista tratar-se, como já dito, de uma política pública econômica.

Sendo assim, poderá se entender como e onde uma medida econômica deve ser interrompida pelo poder judiciário, além dos fundamentos constitucionais e infraconstitucionais que serão utilizados para se obstar o seu prosseguimento.

Adiante teremos, ainda, a oportunidade de compreender o funcionamento da atividade bancária dentro Sistema Financeiro e concretizar a importância dessa entidade dentro do organismo financeiro do país, e sua contribuição no desenvolvimento econômico e social do Estado.



Dentro deste contexto, será avaliada a importância e a dificuldade de se criar um crédito que detenha uma acessibilidade maior e mais barata, tanto para agente financeiro, quanto para o indivíduo beneficiário do empréstimo.

A intenção do desenho dessa inteligência é fazer com que o leitor perceba a utilidade do § 8º, do art. 27, da Lei 9.514/1997, dentro do sistema jurídico/econômico do Estado brasileiro.

Ademais, também será demonstrado o encaixe sistêmico da referida medida pública econômica, entendendo a sua relação com o regime da alienação fiduciária, Sistema Financeiro Imobiliário e suas nuances dentro dos direitos reais.

Quase que ao final do presente trabalho, serão apresentados os julgados relativos a matéria e seus fundamentos que, em que pese à medida pública econômica estar em total consonância com os regramentos constitucionais e infraconstitucionais delimitados para a matéria, insistem em não aplicá-lo ao caso concreto.

Por fim, vamos compilar e organizar todos os argumentos que inclinam para manutenção e aplicação, na prática, da não responsabilização para instituição financeira das dívidas condominiais não pagas do imóvel adquirido pela via da alienação fiduciária.

# 1 DIREITO ECONÔMICO E A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

## 1.1 A relação entre o Direito Econômico e a intervenção do Estado na economia

Antes de adentrar e desenvolver as questões postas no presente trabalho, é necessário destacar a importância de uma leitura atenta das medidas econômica implementadas pelo estado, de modo a regulamentar e impulsionar o desenvolvimento econômico do país.

Nesse centro bastante relevante, estão às grandes, médias e pequenas empresas, que nada mais são do que agentes dentro do complexo organismo econômico nacional. Sobre esse aspecto, as anotações de Marco Antonio Karam são significativamente úteis:

“A atividade empresarial é um dos principais vetores de desenvolvimento econômico e social da modernidade. O móvel definidor da atividade econômico-empresarial é a otimização da produção e a maximização de lucro, sob o signo da eficiência econômica. Embora o desenvolvimento da atividade empresarial esteja afeto à iniciativa privada e aos seus cânones – livre mercado, livre iniciativa, livre concorrência (art. 170, caput, da CF/1988 (LGL 1988\3) ) –, ao Estado passou interessar o exercício de atividade empresária, notadamente pelas empresas públicas e sociedades de economia mista (arts. 37, XIX, 173, caput e 175, caput, da CF/1988 ( LGL 1988\3 ) ).”<sup>1</sup>.

Por trás desse mecanismo é que se encontra o Estado, que possui a função de gerenciar e mediar esse grande sistema. É nesse particular que:

“[...] a análise econômica do direito é tomada como instrumental dessa atuação estatal, favorecendo seu aspecto preditivo das possíveis consequências econômicas das normas jurídicas formadoras da base normativa da atuação econômico-empresarial estatal.

[...]

Nesse ponto, o quadro jurídico-econômico-histórico atual mostra uma macro relação jurídico-econômica entre o Estado, a empresa e o mercado. O ambiente de trocas econômicas, palco amiúde frequentado pelos atores privados, passou a interessar aos atores públicos, não mais como reguladores ou interventores (art. 174, caput, da CF/1988 ( LGL 1988\3 ) ), mas como

---

<sup>1</sup> SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A atuação do Estado constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômico do Direito. *Revista Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 912, p. 172, out. 2011.

agentes empresariais. O desenvolvimento da atividade empresária pelo Estado ocorre em um mercado de trocas, em que o cenário jurídico, econômico e político é construído sob bases histórico-normativas próprias dos atores privados. Vale dizer, o Estado adentra em um ambiente sob o domínio de normas jurídicas economicamente forjadas histórico-culturalmente. Por evidente, os modelos de Estado influenciam a estruturação do mercado de trocas, ora livres ora planejados, ora voltado ao interesse particular ora coletivo, como que demonstrando a relação entre direito e economia.”<sup>2</sup>

Essa regulação, ou intervenção, que faz o Estado através de normas e institutos jurídicos na economia deve ser analisada sob o enfoque do Direito Econômico, que domina e leciona a questão estatal interventiva no mercado.

A propósito, para melhor esclarecer essa ligação, cabe trazer a definição de Direito Econômico desenvolvida por Fernando Herren Aguilar:

“Direito econômico é o direito das políticas públicas na economia. É o conjunto de normas e institutos jurídicos que permitem ao Estado exercer influência, orientar, direcionar, estimular, proibir ou reprimir comportamentos dos agentes econômicos num dado país ou conjunto de países. Direito econômico é também a expressão que designa o estudo dessas normas e institutos jurídicos.”<sup>3</sup>

Nesse mesmo sentido, conceitua Fábio Comparato:

“O novo direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica. Ele constitui assim a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico, seja este centralizado ou descentralizado. Frequentemente, tais técnicas são coordenadas num quadro geral que exprime o conjunto da política econômica, e que é o plano.”<sup>4</sup>

Em um singelo resumo do que foi dito, a disciplina de Direito Econômico nada mais é do que o conjunto de normas, regulamentos e institutos jurídicos que regulam as políticas públicas econômicas estatais que interferem, alterando e inovando o sistema econômico pátrio.

---

<sup>2</sup> SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A atuação do Estado constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômico do Direito. *Revista Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 912, p. 173, out. 2011.

<sup>3</sup> AGUILAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 1.

<sup>4</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Indispensável Direito Econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 923, p. 47, set. 2012.

O presente tema está diretamente ligado no conceito engendrado pelos aludidos autores, tendo em vista que a exceção criada pela Lei 10.931/2004<sup>5</sup>, concerne justamente em uma política pública econômica, que objetiva fomentar o desenvolvimento da política imobiliária do país.

É, aliás, por meio desse tipo de norma de Direito Econômico que:

“[...] o Estado introduz variáveis compulsórias ou facultativas ao cálculo do agente econômico, destinadas a influenciar sua tomada de decisões no exercício de sua liberdade de empreender.”<sup>6</sup>

Esse tipo de interferência do Estado Moderno tem como finalidade a harmonização do interesse público (aqui representado pelo Estado e pela população) com o interesse privado (aqui representado entidades que atuam o sistema econômico nacional), sendo que é o interesse público que determina o nível de concentração regulatória no controle da economia do país.<sup>7</sup>

Trata-se, pois, de uma ação estatal de cunho importantíssimo, voltada a regular e ordenar determinada área, conforme aduz Ada Pellegrini:

“Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3.º da CF/88 ( LGL 1988\3) e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas apresentam um núcleo central, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana.”<sup>8</sup>

Eros Grau, avaliando esse tipo prática – só que em questões contratuais –, destaca e define que:

“A ação estatal sobre os contratos é de importância capital, dada a sua configuração como instituto fundamental na economia de mercado. Isso porque a conformação do exercício da própria atividade econômica. Daí a sua transformação – dos contratos que se praticam na economia de mercado administrado, ordenado ou organizado – em instrumentos dinâmicos

<sup>5</sup> BRASIL. *Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004*. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei no 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis no 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2012.

<sup>6</sup> AGUILAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 2.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>8</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 17, dez. 2008.

voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes mas também, na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica.”<sup>9</sup>

Como se pode ver, a prerrogativa constante na Lei 9.514/1997<sup>10</sup> para as instituições financeiras de não responder, no regime da alienação fiduciária, por dívidas condominiais não pagas pelo devedor fiduciário, está inserido no dever do estado de, no âmbito de normas e institutos jurídicos, regular a atuação de agentes econômicos impulsionam o desenvolvimento e crescimento do país.

Isso, por óbvio, deve ser realizado sempre com primazia no interesse público, sem falar da estrita observância dos princípios básicos que regem a ordem econômica do sistema nacional, esses insculpidos na Constituição Federal<sup>11</sup>.

Sobre essa observação, Eros Roberto Grau assinala que:

“A contemplação, nas nossas Constituições, de um conjunto de normas compreensivo de uma “ordem econômica”, ainda que como tal não formalmente referido, é expressiva de marcante transformação que afeta o direito, operada no momento em que deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (no que, de resto, opera-se o reforço da função de legitimação do poder).”<sup>12</sup>

Diante de toda essa contextualização, já se pode ter uma ideia simples de que, o fato do agente fiduciário não responder pelas dívidas condominiais não pagas pelo fiduciante, é resultado de uma política pública econômica, implementada pelo Estado, com o objetivo de diminuir o risco da atividade financeira e, em consequência, facilitar o acesso crédito, bem como fomentar o desenvolvimento.

Tal tipo de medida, quando posta ao crivo do poder judiciário, deve ser analisada sob o espectro do direito constitucional, econômico, financeiro e civil, ao passo que a jurisprudência de nossos tribunais não seja combustível para a desconstrução do sistema econômico financeiro.

---

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 93.

<sup>10</sup> BRASIL. *Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997*. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm)>. Acesso em: 3 junho 2012.

<sup>11</sup> BRASIL. *Constituição da República do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 24 out. 2012.

<sup>12</sup> GRAU, op. cit., p. 105.

## 1.2 A ordem econômica na Constituição Federal de 1988

A intervenção na econômica por via de política pública econômica deve estar em consonância com a ordem econômica desenhada na Constituição Federal de 1988, de modo a atingir uma legitimação jurídica/social.

Antes de relacionar o presente tema com o que determina os preceitos constitucionais, impõe-se analisar o conceito de ordem econômica nas importantes lições de Eros Roberto Grau:

“De uma banda, a *nova* ordem econômica (mundo do dever ser), além de não se exaurir no nível constitucional – deixe-se isso bem vincado –, da antiga se distingue na medida em que, ao contrário do que ocorre em relação a esta, compreende não apenas, fundamentalmente, *normas de ordem pública*, mas também, e em profusão enorme, normas que instrumentam a intervenção do Estado na economia – *normas de intervenção*.”<sup>13</sup>

Normas que instrumentam a economia, esse é o núcleo da ordem econômica delineada na Constituição Federal, de modo que o constituinte originário estipulou princípios, fundamentos e regramentos abstratos, com o fim de reger toda a atuação do estado no âmbito econômico do país.

Luís Roberto Barroso, sobre o papel estatal diante ordem econômica constitucional, aduz que “Cabe ao Estado fiscalizar o regular atendimento, pela iniciativa privada, dos princípios de funcionamento da ordem econômica.”<sup>14</sup>

Com essa base é importante avaliar, no que interessa ao presente trabalho, como dispõe a Constituição Federal na consignação dessa ordem:

“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:  
[...]  
VII - redução das desigualdades regionais e sociais;”

De início, ressalta-se que a Carta Magna, no âmbito da normatização abstrata do organismo econômico, define como primazia “assegurar a todos existência digna”.

---

<sup>13</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 73.

<sup>14</sup> BARROSO, Luis Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 795, p. 55, jan. 2002.

A dúvida que fica, quanto ao ponto, é se o § 8º, do art. 27, da Lei 9.514/1997, respeita essa determinação constitucional e, desse modo, procura garantir a dignidade do indivíduo, consubstanciada, aqui, na moradia própria.

Para esclarecer essa dúvida, observa-se o que foi dito pelo então Ministro da Fazenda, Antônio Palloci, quando da Exposição de Motivos da Lei 10.931/2004, *in verbis*:

“A importância do bom funcionamento do mercado de crédito brasileiro para o desenvolvimento da economia nacional é um fato incontestável. A adequada disponibilização de recursos creditórios, de maneira eficiente e a um baixo custo, é essencial não só para viabilizar a produção, com implicações diretas sobre a geração de emprego e renda, mas também para o fomento à poupança e ao investimento, ou mesmo para a solução de problemas de natureza social relacionados à habitação, saneamento básico, dentre outros.”<sup>15</sup>

Veja que não há qualquer dificuldade em inferir do aludido documento que o principal objetivo do novo dispositivo normativo, que foi inserido na lei que dispõe sobre o sistema imobiliário brasileiro, é a facilitação da garantia de existência digna com o acesso a moradia, nos termos do que preleciona o *caput* do art. 170, da CF.

Ou seja, com a diminuição do risco econômico para agente fiduciário, menor é o preço do mútuo e, conseqüentemente, há uma ampliação o número de pessoas capazes a adquirir uma casa própria pelo financiamento imobiliário.

Esse tipo de medida, a propósito, é uma obrigação para o Estado de Direito, feita através da intervenção no domínio econômico, conforme ensina Alexandre de Moraes:

“Apesar de o texto constitucional de 1988 ter consagrado uma economia descentralizada, de mercado, autorizou o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com a finalidade de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo ao setor privado, sempre com fiel observância aos princípios constitucionais da ordem econômica, pois, como ressaltado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a ordem econômica está “sujeita a uma ação do Estado de caráter normativo.”<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> BRASIL. Lei Nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Exposição de motivos. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm)>. Acesso em: 27 out. 2012.

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 798-799.

Outro ponto importante que deve ser destacado da nossa Constituição se refere ao retrotranscrito inciso VII, do art. 170, que pressupõe ao Estado a diminuição das desigualdades regionais e sociais.

A busca pela igualdade é uma questão marcante da nossa Constituição que, a todo instante busca em diversas concepções a consagração desse direito fundamental. Nesse passo, no que se refere às desigualdades regionais e sociais determinada pelo inciso VII, do art. 170, da CF, um dos sentidos existentes nas políticas públicas econômicas que visam a diminuição do risco empresarial é de fomentar o acesso a certos bens de serviços.

Trata-se de uma íntima relação do direito econômico com os direitos sociais, conforme ensina o Professor José Afonso da Silva:

“Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos.”<sup>17</sup>

Importante destacar, ainda, a legitimação dessa política pública econômica no âmbito dos direitos sociais que, consoante às ideias esposadas acima e com base no art. 170, inciso VII, da CF, tem o escopo de garantir um acesso ao crédito mais barato e, desse modo, permitir a população a realização de possuir uma moradia própria e digna.

Avançando um pouco mais na Constituição, temos o seguinte dispositivo:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Esse dispositivo prevê e permite a intervenção do estado na economia, com o objetivo de incentivar o sistema e, conseqüentemente, garantir o desenvolvimento social do setor público, conforme observa o E. Ministro Luiz Fux, na ementa a seguir:

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. FIXAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO DOS

---

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiro, 1999. p. 289.



PREÇOS DOS PRODUTOS DERIVADOS DA CANA-DE-AÇÚCAR ABAIXO DO PREÇO DE CUSTO. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO CABÍVEL.

1. A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988.

2. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988).

[...]

A intervenção está, substancialmente, consagrada na Constituição Federal nos arts. 173 e 174. Nesse sentido ensina Duciran Van Marsen Farena (RPGE, 32:71) que "O instituto da intervenção, em todas suas modalidades encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. **O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o poder para exercer, na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado**". **Pela intervenção o Estado, com o fito de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social (art. 170 da CF), pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certa área da atividade econômica.** Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção não de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa. Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que "As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" (DIÓGENES GASPARINI, in Curso de Direito Administrativo, 8ª Edição, Ed. Saraiva, págs. 629/630, cit., p. 64).

3. **O Supremo Tribunal Federal firmou a orientação no sentido de que "a desobediência aos próprios termos da política econômica estadual desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor."**

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>18</sup>

A intervenção no sistema econômico e social, no presente caso, se deu quando o Estado ousou em determinar que as instituições financeiras não mais responderiam por dívidas condominiais inadimplidas pelo fiduciário, ao passo que, de um lado, estaria

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *AgRg no RE 632.644/DF*. Primeira Turma. Agravante: União. Agravado: Estreito Agropecuária LTDA. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 10, de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+45.NUME.%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

regulando e incentivando a prática de um crédito mais acessível e seguro e, de outro, fomentando o desenvolvimento da política social de moradia própria.

Essa ação estatal, repita-se, é legítima, conforme os esclarecedores ensinamentos do Professor José Afonso da Silva. Vejamos:

*“Incentivo, como função normativa e reguladora da atividade econômica pelo Estado, traz a ideia do Estado promotor da economia. É o velho fomento, conhecido dos nossos ancestrais, que consiste em *proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar*, sem empregar meios coativos, as atividades particulares que satisfaçam necessidade ou conveniências de caráter geral.”<sup>19</sup>*

É com essa base que já se pode afirmar que, antes mesmo de adentrar em questões mais específicas, é perceptível a legitimação sistêmica constitucional da política pública econômica que ora se analisa, uma vez que em consonância com os ditames da ordem econômica prevista na Constituição Federal.

### **1.3 O judiciário brasileiro diante do Direito Econômico**

Nos itens anteriores analisamos a viabilidade de medidas públicas econômicas que visam o desenvolvimento de direitos sociais. Toda essa análise se deu no âmbito do Direito Econômico – mais precisamente, na legitimação do estado em implementar políticas públicas econômicas –, bem como sob os aspectos da ordem econômica delineada pelo constituinte na Constituição Federal de 1988.

Sem excluir as questões mais específicas do tema – que, a propósito, serão analisadas mais adiante – achamos importante sopesar sobre a relação do poder judiciário com o poder executivo, no que se refere a análise de políticas públicas.

De início, é necessário entender que o estado constitucional é uno, onde se perfaz em três expressões distintas e harmônicas, sendo o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, conforme indica o art. 2º, da Constituição Federal de 1988.

Carlos Ayres Brito, discorrendo sobre o tema, adverte que:

---

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiro, 1999. p. 782.

“[...] a fórmula da separação foi aceita e proclamada como penhor de regime constitucional, ao lado da declaração dos direitos públicos subjetivos, numa concepção tão bem formulada e conscientemente valorada, que ainda hoje se mantêm com força axiomática; pois, contemporaneamente, nos dias que fluem, regime constitucional é, sobretudo, técnica de repartição de competência entre órgãos públicos independentes uns dos outros e, de par com isto, solene declaração dos direitos fundamentais da pessoa humana, com suas indispensáveis garantias de realizabilidade.”<sup>20</sup>

Trata-se, como já dito, de funções distintas, constitucionalmente despendidas em três vertentes de poder estatal onde, precipuamente, o Poder Legislativo legisla e fiscaliza<sup>21</sup>, o Poder Executivo ora chefia o Estado, ora governa e ora administra<sup>22</sup> e o Poder Judiciário jurisdiciona.<sup>23</sup>

Nos ensinamentos de Ada Pellegrini, a função do executivo e do judiciário andam de forma vinculada no sentido da objetivação do Estado, vejamos :

“[...] no Estado democrático de direito o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.”<sup>24</sup>

A despeito de tanto, temos que considerar a possibilidade da intervenção do poder judiciário, quando da sua atividade primária, no sentido de julgar a legalidade ou constitucionalidade de certa medida pública.

Sobre essa possibilidade, vejamos o que consignou o E. Min. Celso de Melo, quando do julgamento da ADPF 45/DF:

“EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO

<sup>20</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição Brasileira. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, n. 59-60, p. 120, dez. 1981.

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 879.

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiro, 1999. p. 540.

<sup>23</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 498.

<sup>24</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 17, out./dez. 2008.

TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO:

Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.” O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

[...]

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

[...]

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto.”<sup>25</sup>

O que de importante se extrai dessa ementa é que o Estado Brasileiro pode e deve intervir no sistema econômico nacional, de modo a privilegiar políticas públicas econômicas que visem garantir os direitos fundamentais presentes na nossa Constituição.

Ocorre que nem sempre a melhor solução jurídica é aplicada pelo poder judiciário, quando da análise dessas medidas. Fernando Aguillar comentando sobre essa questão entende que:

“A grande questão judicial que envolve o Direito Econômico deveria ser a dos limites do poder estatal de regular a economia. A história do Direito Econômico nos tribunais brasileiros, contudo, é extremamente pobre. A maior incidência de feitos questionando as políticas públicas econômicas começa a despontar apenas nos anos 1980.

[...]

A pergunta “o Estado brasileiro pode manipular as condições de mercado para influenciar, reprimir, estimular, dirigir comportamentos econômicos?”, o Judiciário tem respondido “sim, em termos”. Pode, desde que o faça dentro de certos limites fixados na própria Constituição, respeitando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, o direito de propriedade e a coisa julgada. Porém, nem sempre os tribunais superiores têm protegido esses valores de forma satisfatória.”<sup>26</sup>

O ponto em que há irresignação aqui não é o fato da intervenção, por essência, do judiciário, na política pública econômica implementada pelo poder executivo, mas dos avanços de alguns limites impostos para a essa análise.

Fábio Konder Comparato, bem delinea essas balizas, ao consignar:

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 45 MC/DF*. Segunda Trama. Arguente: Partido Social da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 4, de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+45.NUME.%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

<sup>26</sup> AGUILAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 198-199-202.

“Esclarecida, assim, essa clássica falsa objeção à judiciabilidade das políticas governamentais, estabeleçamos, desde logo, que o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto o confronto de tais políticas, não só com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade de governo, mas também com as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade. Na primeira hipótese, por exemplo, uma política econômica voltada exclusivamente para a estabilidade monetária, interna e externa, pode se revelar incompatível com várias normas-objetivo da Constituição, notadamente com a de busca do pleno emprego, inscrita no art. 170, VIII, da CF/1988. Na segunda hipótese, o exemplo é, sem dúvida, o de uma política municipal de saúde pública, desligada do sistema nacional único, imposto pelo art. 198 da CF/1988.

Por outro lado, importa ter em mente que a inconstitucionalidade de uma política governamental pode ocorrer, não apenas em razão de sua própria finalidade, mas também por efeito dos meios ou instrumentos escolhidos para a sua realização. É o que sucederia, por exemplo, se a política agrícola do governo federal instituísse alguma espécie de incentivo, suscetível de favorecer a manutenção de latifúndios improdutivos. Parece óbvio que haveria, aí, afronta à norma constitucional que impõe a compatibilidade da reforma agrária com a política agrícola (art. 187, § 2.º, CF/1988).<sup>27</sup>

A conclusão que facilmente se extrai dessa inteligência, se refere ao fato de que, para uma decisão judicial invalidar ou impedir uma política governamental – seja ela econômica ou não –, se faz necessário que o julgador demonstre a existência de confronto entre o ato invalidado e os objetivos constitucionais fixados pelo constituinte ou, até mesmo, indicar a presença de antagonismo com as regras de regulação do instituto.

---

<sup>27</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade Políticas Públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 46, jun. 1998.

## 2 OS BANCOS E A CONCESSÃO DE CRÉDITO

### 2.1 Sistema Financeiro Nacional

Após análise da viabilidade da presente política pública econômica sob o aspecto principiológico e constitucional, cabe, nessa oportunidade, discorrer sobre a atividade bancária (já que são os bancos, na maioria das vezes, os receptores diretos dessa medida), inicialmente descrita sob o contexto do sistema financeiro nacional, regulado e estruturado pela Lei 4.595/1964.<sup>28</sup>

O Sistema Financeiro Nacional foi criado com o objetivo de facilitar a circulação e o acesso de recursos, de modo que a estrutura de rotação fosse efetivada de forma mais sólida, segura e racional. O objetivo do legislador foi de organizar a engenharia financeira de um modo que houvesse uma consistência mais concreta e transparente, acarretando maior credibilidade e desenvolvimento, beneficiando, desse modo, as condições socioeconômicas da coletividade.

Nesse sentido, são os esclarecimentos de Rogério Farias que, discorrendo sobre o objetivo do Sistema Financeiro Nacional, consigna que:

“O principal objetivo do SFN (Sistema Financeiro Nacional) é aproximar tomadores e aplicadores de recursos de maneira mais racional, segura, objetiva e transparente possível a custos compatíveis com a realidade econômica nacional, oferecendo aos participantes credibilidade e rapidez nas operações de traça dos recursos e alternativas variadas na destinação desses recursos, de modo que promova o desenvolvimento equilibrado do país e sirva aos interesses da coletividade.”<sup>29</sup>

Esse sistema, nos termos do art. 1º, da Lei 4.595/1964, é constituído por diversas instituições, quais sejam:

“Art. 1º O sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído:  
I - do Conselho Monetário Nacional;  
II - do Banco Central do Brasil;

---

<sup>28</sup> BRASIL. *Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2013.

<sup>29</sup> FARIAS, Rogério Gomes. *Mercado Financeiro: instrumentos e operações*. São Paulo: Prentice Hall, 2003. p. 1.

- III - do Banco do Brasil S. A.;
- IV - do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico;
- V - das demais instituições financeiras públicas e privadas.”

Essas instituições foram criadas pelo legislador ordinário, com base no art. 21 da Constituição Federal, que designa a União o poder privativo de legislar sobre política de crédito, sistema monetário, câmbio e transferências de valores.

O dimensionamento do Sistema Financeiro Nacional é tão importante para o desenvolvimento da sociedade que os agentes indicados pela Lei 4.595/1964, contrariamente a outros tipos de regulação (a comercial, por exemplo) não podem efetivar nenhum tipo de regramento ou de ordem sem base autorizativa da legislação ou dos órgãos competentes.

Essa afirmação pode ser facilmente extraída das lições de Jairo Saddi, *in verbis*:

“Na seara de outras áreas da ciência jurídica, por exemplo, no caso de uma sociedade comercial, industrial ou prestadora de serviços, prevalece o princípio de que a referida sociedade somente deixará de exercer as atividades que foram expressamente proibidas nos termos da lei. O entendimento oposto, todavia, prepondera no caso do Sistema Financeiro Nacional: qualquer entidade apenas poderá participar das atividades definidas como permitidas com a aprovação e o consentimento a ela concedida pelas autoridades competentes. A razão disso se insere, de um lado, na natureza da criação da moeda e do crédito pelas instituições financeiras, já que um banco, na hipótese de insolvência, não teria condições de satisfazer todos os seus depositantes simultaneamente.”<sup>30</sup>

A limitação inserta aos órgãos e participantes, nada mais é do que o modo que o legislador escolheu para organizar o sistema. A preocupação em ter um gerenciamento sincronizado e sem erros não é um mero preciosismo do estado.

Essa questão decorre do fato de que, um país desenvolvido, inequivocamente passa por um sistema financeiro moderno e bem engenhoso; e, nesse contexto, não se pode olvidar a importância das instituições financeiras para o aperfeiçoamento do sistema.

Os dizeres de Gabriel Jorge Ferreira, bem esclarecem a importância de um Sistema organizado e a relevância da atividade bancária. Vejamos:

---

<sup>30</sup> SADDI, Jairo. A competência para avaliação da concentração no Sistema Financeiro Nacional. *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 5, n. 21, p. 285, out. 1997.



“Para haver crescimento tem de haver investimento, que tem de ser financiado. O financiamento é a vocação natural do Sistema Financeiro Nacional (SFN), que tem um papel basal nessa retomada, que é o de financiar os investimentos de que o Brasil necessita. Quanto mais eficiente e forte for o SFN, melhor cumprirá a sua vocação e mais investimentos e crescimento teremos no Brasil.”<sup>31</sup>

A atividade bancária também é regulada, por óbvio, pela Lei 4.595 de 1964 (além de outras legislações e resoluções), tendo em vista se enquadrar no conceito consignado no inciso V, do art. 1º, da aludida Lei, que coloca as instituições financeiras como entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

No artigo 17 da Lei 4.595/1964, o legislador conceitua e fixa os liames das instituições financeiras, ao consignar que:

“Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.”

Como se pode ver, os Bancos (instituições financeiras) fazem parte do Sistema Financeiro Nacional tendo grande importância no desenvolvimento deste organismo, bem como da evolução da economia, de modo que a sociedade certamente será privilegiada com o aprimoramento e facilitação da atividade.

## **2.2 Atividade bancária**

Após análise da instituição financeira dentro dos liames da Lei 4.595/1964, passamos a sopesar alguns pontos da atividade bancária, de modo a entender como se perfaz a importância dessa instituição para o desenvolvimento econômico de um país e, por conseguinte, a necessidade de seu estímulo, cooante se fez na exceção criada pela Lei 10.931/2004.

Nas palavras de Eduardo Salomão é possível entender não só o conceito de uma instituição bancária, mas também perceber – ainda que de forma bastante simples – o funcionamento dessa entidade. Vejamos:

---

<sup>31</sup> FERREIRA, Gabriel Jorge. O aprimoramento e o fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 5, n. 15, p. 38, Jan. 2002.

“Conclui-se portanto que bancos são instituições creditícias de caráter genérico, cuja função é a captação e repasse de recursos sem o caráter de especialização em ou preponderância de certo tipo de negócio que caracteriza as sociedades de crédito, financiamento e investimento e as sociedades de arrendamento mercantil.”<sup>32</sup>

Nelson Abrão, em uma análise mais didática, entende que os bancos estão enquadrados da seguinte forma:

“[...] a) uma organização empresária; b) que se utiliza de recursos monetários próprios, ou de terceiros; c) na atividade creditícia (toma e dá emprestado). A mobilização dos recursos, as respectivas aplicações e o direcionamento das importâncias para uma pulverização acentuada explicam em parte a relevância social que identifica as instituições financeiras, donde subministra a preponderância do público sobre o privado, nessa multissecular relação diagnosticada entre o consumidor e atividade desenvolvida pelo banqueiro.”<sup>33</sup>

Em síntese, tendo por todos esses dois conceitos (que tratam de bancos na sua acepção geral, sem especificidades dos Bancos Comerciais, Bancos de Investimento, Bancos de Desenvolvimento, Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento, Sociedade de Crédito Imobiliário e Companhias Hipotecárias e Cooperativas de Crédito), temos que instituição bancária nada mais é que uma organização empresária que tem como escopo primário fazer a circulação da moeda mediante o mecanismo creditício (além, por óbvio, de outros serviços secundários), sendo que tal atividade, aos olhos do Estado, possui um caráter eminentemente social.

A importância da atividade bancária pode ser caracterizada, por suas atividades desenvolvidas. São elas: i) agregar poupanças; ii) propiciar a segurança e a conveniência dos depósitos; iii) possibilitar serviços eficientes de pagamentos que favorecem toda a economia; iv) alocar crédito, constituindo fontes de recursos para diversos setores da economia; v) permitir a investidores acesso a diversas alternativas de investimento; e guardar valores.<sup>34</sup>

Outro importante fator que permeia as atividades dos Bancos é a criação da moeda, que “[...] ocorre mediante a transformação e multiplicação do papel-moeda em moeda

---

<sup>32</sup> SALOMÃO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 65.

<sup>33</sup> ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

<sup>34</sup> LIMA, Iran Siqueira. Regulamentação da atividade bancária e divulgação de informações. Análise comparativa das regras aplicáveis no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 126, Out. 2005.

escritural, haja vista que os bancos mantêm em caixa apenas uma parte dos depósitos que recebem do público.”<sup>35</sup>.

Essa relevância social, derivada de suas funções, não foi esquecida pelo constituinte derivado, que ao citar as características do sistema financeiro, da qual as instituições financeiras fazem parte, entendeu que:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

Como se vê, esses são, pois, os objetivos do sistema que em sua essência não pode fugir de tais características. José Afonso da Silva, bem destaca esses desígnios:

“Mas são importantes o sentido e os objetivos que a Constituição imputou ao sistema financeiro nacional, ao estabelecer que ele será *estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade*, de sorte que as instituições financeiras privadas ficam assim também e de modo muito preciso vinculadas ao cumprimento de função social bem caracterizada.”<sup>36</sup>

Ainda impõe-se destacar que a aludida relevância funcional e lógica das instituições financeiras no âmbito do mercado financeiro fez com que houvesse uma intensificação na regulamentação da atividade bancária, de modo a controlar todo o organismo. Eduardo Salomão bem destaca essa questão. Vejamos:

“Por esse motivo, verifica-se hoje, no âmbito do mercado financeiro, uma intensificação da disciplina da atividade financeira, como forma de controlar riscos sociais relacionados aos fluxos de riquezas, nos quais as instituições financeiras aparecem como importantes intermediárias.”<sup>37</sup>

Também Iran Siqueira Lima aborda essa questão, ao entender que:

“A atividade bancária consiste principalmente na intermediação financeira, por meio da captação e aplicação de recursos financeiros de terceiros. O

---

<sup>35</sup> LIMA, Iran Siqueira. Regulamentação da atividade bancária e divulgação de informações. Análise comparativa das regras aplicáveis no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 127, Out. 2005.

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiro, 1999. p. 799.

<sup>37</sup> SALOMÃO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 81.

banco representa importante elo entre os mais diversos agentes da economia e assume, em regra, os riscos do negócio. Nesse sentido, torna-se imprescindível a regulamentação e fiscalização do Estado para proteger os recursos de terceiros representativos da economia popular. A quebra de um banco afeta não apenas seus acionistas, mas, principalmente, todos os agentes econômicos que entregaram suas poupanças individuais ao banco, caso não existam mecanismos de seguro. A insolvência pode destruir poupanças, limitar acesso a crédito e, ainda, gerar dúvidas sobre a estabilidade das demais instituições financeiras, causando pânico e corridas a instituições sólidas.”<sup>38</sup>

Essa “intensificação da disciplina da atividade financeira” destacada pelos citados autores, se deu, dentre várias outras normas, na edição da Lei 4.595/1964.

Primeiro ponto a se destacar da referida lei é que “Por imposição de preceito legal específico (art. 17 da Lei n. 4.595, de 31-12-1964), a atividade bancária é reservada apenas às pessoas jurídicas públicas ou privadas.”<sup>39</sup>

Outro destaque da Lei 4.595/1964 se refere aos poderes fiscalizadores, concedidos ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil.

Eduardo Salomão, quanto ao ponto, assevera que:

“A Lei nº 4.595/64, de 31 de dezembro de 1964, ao criar o Sistema Financeiro Nacional (SFN), estabeleceu um arcabouço institucional destinado à disciplina da atividade bancária no Brasil. Tal sistema é encabeçado pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e, logo abaixo deste, pelo Banco Central do Brasil (BC), tendo sido atribuída ao primeiro, em linhas gerais, competência regulamentar e ao segundo competência executiva e fiscalizatória e relação à atividade bancária.”<sup>40</sup>

No que se refere ao Conselho Monetário Nacional, ainda nas palavras de Eduardo Salomão, é importante destacar que:

“O CMN foi criado em substituição ao antigo Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito. Trata-se de órgão federal, integrante, portanto, da administração federal direta.

De acordo com o art. 8º, *caput*, da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, o CMN é hoje integrado pelo Ministro de Estado da Fazenda, na qualidade de Presidente, pelo Ministro de Estado do Planejamento e Orçamento e pelo Presidente do Banco Central do Brasil. O regimento interno do CMN

<sup>38</sup> LIMA, Iran Siqueira. Regulamentação da atividade bancária e divulgação de informações. Análise comparativa das regras aplicáveis no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 127-128, Out. 2005.

<sup>39</sup> ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

<sup>40</sup> SALOMÃO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 81-82.

atualmente em vigor foi aprovado pelo Decreto nº 1.307, de 9 de novembro de 1994, e alterado pelo Decreto nº 1.649, de 7 de setembro de 1995.

O CMN tem por finalidade, de acordo com art. 2º da Lei nº 4.565/64, formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do País, dentro dos parâmetros fixados pelo art. 3º [...].”<sup>41</sup>

Já em relação ao Banco Central do Brasil, Nelson Abrão assim dispõe:

“O Banco Central do Brasil é uma autarquia federal, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, administrado por uma diretoria de cinco membros, sendo um presidente, escolhidos pelo Conselho Monetário Nacional. De um modo geral, cabe ao Banco Central cumprir as prescrições legais e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional no que diz respeito à política financeira.

[...]

O relacionamento do Banco Central se dá exclusivamente com as instituições financeiras, públicas ou privadas, não operando com o público em geral, salvo com as pessoas jurídicas expressamente autorizadas por lei, e na disponibilização de informes oriundos de reclamações e outros procedimentos feitos pelo cliente-consumidor, como entidade regulamentadora do mercado.

[...]

Consequência disso, o Banco Central também exerce o controle de atividades e das operações bancárias com um todo, prestando informações, regulando a entrada e saída do capital, a presença de instituições estrangeiras, suscitando metodologia de calibre preventivo na situação de crise, higienizando o mercado e sociedades desprovidas do bom funcionamento na administração de recursos.”<sup>42</sup>

O próprio Supremo Tribunal destaca a função dessas duas entidades, na política monetária, diante, *in casu*, dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

“EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.

[...]

3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que

<sup>41</sup> SALOMÃO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 83.

<sup>42</sup> ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68-71.

importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência.

[...]

6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.<sup>43</sup>

Diante de todas essas análises, que traz de forma bastante simples a atividade bancária e a forma de sua regulação, que é executada de forma precípua pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central, é simples concluir que toda medida engendrada pelo poder executivo, de modo a facilitar, regular ou fomentar esse complexo sistema, desde que não contrarie nenhuma disposição legal ou princípio constitucional, deve ser ratificada pelo Poder Judiciário, pois diretamente ligada, como já dito, ao desenvolvimento

---

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 2591/DF*. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Veloso. Brasília, 29, de setembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>>. Acesso em: 6 abr. 2013.

de políticas do sistema financeiro de habitação, nos termos de todos os ditames fundamentais da Constituição Federal de 1988.

### 2.3 Crédito e mensuração de riscos na atividade econômica

O crédito é, nas palavras de De Plácido e Silva:

“Em sua acepção econômica significa a confiança que uma pessoa deposita em outra, a quem entrega coisa sua, para que, em futuro, receba dela coisa equivalente.

A confiança gozada por uma pessoa no ânimo daquela de quem se vai tornar devedora, em virtude da entrega atual de coisa, que vai ser transformada em prestação futura, fundamenta o próprio conceito de crédito, em seu aspecto econômico.

E esta confiança, indicativa do crédito, generaliza-se a todas as relações comerciais, tomando as mais variadas formas de câmbio de coisas atuais e presentes contra coisa equivalentes no futuro, servindo de base a uma série avantajada de operações mercantis.”<sup>44</sup>

Não se pode negar que o crédito é hoje um dos mais importantes veículos de desenvolvimento econômico, tanto ao um alto como em baixo nível de escala. Vejamos, a propósito, o que aduz Oscar Barreto sobre a importância creditícia no mundo econômico:

“O crédito, hoje em dia, é um pressuposto necessário da atividade econômica. Não se discute que é graças ao crédito que os comerciantes, industriais, agricultores e transportadores conseguem imprimir a seus negócios o volume exigido pela intensidade da vida atual. Não é só, porém. Não se concebe a existência de qualquer particular que já não se haja valido do crédito, para adquirir alimentos, roupas, utensílios domésticos, automóveis ou a própria casa. O crédito transbordou do meio comercial para a vida privada, invadindo o recesso de todos os lares. Ninguém, por mais limitados que sejam seus recursos econômicos, faz um programa de vida sem nêle reservar largo papel ao crédito.”<sup>45</sup>

Ainda com Oscar Barreto, temos que:

“[...] a definição da operação de crédito, geradora de uma série de relações jurídicas expressas sob as mais variadas formas contratuais, que encontram no comércio, principalmente no comércio de banco, o seu ambiente natural. Tão relevante é a função do crédito no mundo moderno, que afirmam os economistas que o estágio em que vivemos se caracteriza como sendo uma economia do crédito. Não é nosso intento, como dissemos, respigar na seara

---

<sup>44</sup> SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 395-396.

<sup>45</sup> BARRETO, Oscar. O Crédito no Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 51, n. 315, p. 433, jan. 1962.

alheia, ainda mais em matéria tão controvertida como as teorias do crédito e da conjuntura.”<sup>46</sup>

Humberto Theodoro bem esclarece esse ponto:

“O crédito, no âmbito do Direito Econômico e da intervenção estatal na macroeconomia, é um bem público, merecedor de tutela jurídica. O Estado que, segundo preconizado pela Constituição Federal ( LGL 1988\3 ), busca a justiça e a paz social, redução de desigualdades sociais, situação de pleno emprego, desenvolvimento e progresso econômico, há de difundir crédito, pulverizá-lo, barateá-lo, colocá-lo a baixo custo, ao alcance do produtor e do consumidor. É preciso que o dinheiro circule com segurança de retorno. A política monetária e as regras jurídicas sobre o crédito têm, pois, fins sociais, públicos, macroeconômicos. Não têm as regras jurídicas, nesse campo, propósitos de tutelar ou favorecer nenhuma das partes, credor ou devedor. Isso se faz, hora ou outra, apenas como meio de se alcançar um fim público.”<sup>47</sup>

O crédito, como visto, tem relevância nacional para o desenvolvimento de diversas áreas do País. Muito se diz que, malgrado essa importância, a legislação que rege os diversos institutos que norteiam o crédito carecem de implementações que diminua os riscos da atividade.

São exatamente essas as palavras do então Ministro da Fazenda Antônio Palocci, quando da exposição de motivos da Lei 10.931/2004, que teve como um dos objetivos a melhoria na atividade do crédito. Vejamos:

“Há o entendimento de que a legislação em vigor que trata das operações de crédito de maneira geral e de outras matérias correlatas carece de dispositivos que reduzam a insegurança econômica e jurídica dessas operações, criando óbices ao bom funcionamento do mercado e à garantia do mutuário. Essa deficiência legal tem, na prática, os efeitos de limitar o acesso ao crédito, de reduzir os recursos disponibilizados e de elevar o custo das operações, em prejuízo do todo social e, em particular, do cidadão comum, tomador do crédito. Além disso, como ilustrado em diversos casos do passado, muitas vezes essa insegurança jurídica implica o não cumprimento da entrega devida do imóvel financiado ao mutuário ou, ainda, a entrega a um custo maior do que o inicialmente contratado.”<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> BARRETO, Oscar. O Crédito no Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 51, n. 315, p. 435, jan. 1962.

<sup>47</sup> THEODORO, Humberto. Cédula de Crédito Bancário. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito de Processo Civil*, São Paulo, v. 20, n. 26, p. 7-8, nov. 2003.

<sup>48</sup> BRASIL. *Lei Nº 10.931, de 2 de agosto de 2004*. Exposição de motivos. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2012.



A diminuição do risco da atividade creditícia é um dos pontos que possui o condão de diminuir a insegurança jurídica/econômica, de modo que o capital, objeto do mútuo, se torne menos oneroso ao mutuário, fazendo, assim, que a quantidade de contratos não cumpridos diminuam e, por conseguinte, demandas judiciais que objetivem o adimplemento desse tipo obrigação também tenham redução na máquina judiciária.

Sobre a importância da mensuração e consequente diminuição dos riscos na atividade bancária, preleciona Bruno Miragem:

“A correta identificação e mensuração dos riscos constituem importantes subsídios para o processo de tomada de decisão, o que, no âmbito da criação do direito – especialmente no tocante à regulação jurídica da economia –, se revela elemento essencial para a intervenção do Estado no domínio econômico.”<sup>49</sup>

O cálculo do risco, com posteriores medidas que concorrem para sua devida diminuição articulam-se, também, para saúde das instituições financeiras.

Bruno Miragem, outrossim, destaca claramente esse ponto, ao definir que:

“Nesse contexto, uma das preocupações centrais da regulação bancária em todo o mundo vem sendo a de adequada identificação e mensuração dos riscos da atividade bancária, com a consequente exigência de que, frente a eles, as instituições bancárias e financeiras adotem as devidas precauções, bem como promovam a correspondente reserva (provisão) de recursos necessários para a hipótese de ocorrência dos riscos apurados. Daí a razão para que, no exame da regulação do setor bancário, se deva interpretar, com exatidão, o sentido e alcance da noção de risco bancário, os deveres da instituição financeira e o comportamento dos seus clientes/consumidores, de modo a preservar, como valor original do sistema financeiro e sua utilidade original, a fidedúcia/confiança no comportamento das instituições bancárias em relação ao cumprimento das obrigações assumidas à conduta de colaboração com sua clientela.”<sup>50</sup>

Humberto Theodoro também destaca que:

“Girando com capitais alheios os bancos têm de equacionar suas operações dentro de padrões mercadológicos que lhes assegurem a reposição ágil das somas mutuadas. Quanto mais pronta e segura essa recuperação, menores serão os encargos devidos pelo empréstimo. A contrario *sensu*, quanto maior

---

<sup>49</sup> MIRAGEM, Bruno. Mercado, fidedúcia e banca uma introdução ao exame do risco bancário e da regulação prudencial do sistema financeiro na perspectiva do crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 20, n. 77, p. 190, jan./mar. 2011.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 188.

a inadimplência e mais demorada a dita recuperação, maior terá de ser a remuneração cobrada no mercado financeiro. O certo é que o operador bancário não tem como assumir os riscos de empréstimos senão exigindo da clientela uma taxa remuneratória que, além de proporcionar-lhe lucro, lhe garanta cobertura para os riscos da inadimplência, neles incluídos os custos da Justiça para cobrar os devedores morosos.”<sup>51</sup>

Todo esse desenho pode ser justificado pelo perigo decorrente de uma instituição financeira mal administrada, com assunção de riscos exorbitantes e, por consequência de tanto, a possibilidade quebra dessa entidade.

Esse risco é bem analisado por Iran Siqueira Lima, que aduz:

“Tendo em vista a importância da atividade bancária, torna-se evidente a gravidade dos prejuízos que podem advir da quebra ou até mesmo da má administração de um banco. Para evitar esses prejuízos, os bancos devem administrar os riscos peculiares a que estão sujeitos, tais como, por exemplo, riscos de crédito, taxa de juros, taxa de câmbio e risco de reputação que consiste na perda de confiança por parte de depositantes, credores e participantes do mercado em geral, como resultado de falhas operacionais, inobservância de regras ou outros aspectos.”<sup>52</sup>

A certeza que se tem, diante de toda essa análise referente a importância da diminuição do risco na atividade bancária, em especial, quando da concessão de crédito para aquisição de bens ou desenvolvimento de empresas, é que o Poder Judiciário, quando da abordagem desses institutos deve levar em consideração a legitimação econômica/social que uma fomento na circulação de riquezas gera no sistema social do Estado.

Com base nisso, se torna simples concluir que a facilitação do crédito para as instituições financeiras, tem reflexo direto no desenvolvimento econômico das comunidades sociais.

## **2.4 Garantias bancárias**

Para se ter uma ideia da importância da redução do risco na atividade de concessão de crédito, devemos analisar diversos institutos existentes no Direito Brasileiro que

---

<sup>51</sup> THEODORO, Humberto. Cédula de Crédito Bancário. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito de Processo Civil*, São Paulo, v. 20, n. 26, p. 6, nov. 2003.

<sup>52</sup> LIMA, Iran Siqueira. Regulamentação da atividade bancária e divulgação de informações. Análise comparativa das regras aplicáveis no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 127, out. 2005.

objetivam garantir a segurança do capital investido, da mesma forma que foi feita pelo legislador quando da edição da Lei 10.931/2004.

A primeira leitura é entender o real significado e objetivo das garantias bancárias. Vejamos, a propósito, a análise de Eduardo Salomão:

“O termo garantia tem como significado vulgar o ato ou efeito de se assegurar, de se conferir certeza, segurança. Em sentido jurídico, é qualquer forma de segurança conferida a determinado titular de direito subjetivo, em relação a tal direito. As garantias são, assim, aqueles mecanismos que buscam assegurar a efetivação, sem prejuízos para o credor, do direito que lhe aproveita.”<sup>53</sup>

A exigência da garantia é uma lógica mercadológica/jurídica, no sentido de que:

“Muitas das operações bancárias que analisamos envolvem a concessão de crédito pela instituição financeira, a qual deve ser lastreada por garantias, evitando a perda do capital da instituição financeira.

A exigência de constituição de garantias suficientes pela instituição financeira em relação aos tomadores de seus recursos transcende a simples boa prática administrativa, chegando mesmo a ser imposição legal.”<sup>54</sup>

Essas garantias, aptas a assegurarem o retorno do capital investido e diminuir o risco intrínseco da própria atividade de captação e concessão de crédito no mercado financeiro, se perfazem, outrossim, no penhor, hipoteca, alienação fiduciária, fiança e aval.

José Reynaldo Peixoto desenvolve essa afirmação de forma clara e objetiva, ao definir que:

“Na concessão de crédito, além da seleção do tomador mediante critérios próprios que preservem a segurança do retorno das quantias aplicadas, faz-se necessária a obtenção de garantias, reais ou fidejussórias, que assegurem esse retorno.

Essas garantias, ordinariamente, são o penhor, a hipoteca, a alienação fiduciária, a fiança e o aval.

E mais, é necessária a sua instrumentação, de modo a poder lançar mão de meios os mais eficazes de realização do crédito pela via judicial.

---

<sup>53</sup> SALOMÃO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 451.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 451.

A Lei 10.931, de 02.08.2004, dentre outras matérias, disciplinou a emissão da cédula de crédito bancário, com a finalidade de instrumentalizar operação de crédito de qualquer modalidade (art. 26).<sup>55</sup>

No que se refere a hipoteca, esta consiste em um direito real de garantia que impõe um gravame em imóvel ou bem especificado em Lei, sem a transmissão da posse ao credor, que tem a vantagem de vender o bem judicialmente no caso de inadimplemento do devedor, conforme ensina Maria Helena Diniz:

“A hipoteca é o direito real de garantia que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende por hipotecável, pertencente ao devedor ou a terceiro, sem a transmissão de posse ao credor, conferindo a este o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se preferentemente, se inadimplente o devedor.”<sup>56</sup>

Já o penhor, nos termos do art. 1.431 do Código Civil, é:

“Art. 1.431. Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação.”<sup>57</sup>

Esse instituto, também de direito de real (que se concretiza com a tradição), consiste na transferência efetiva da posse de um móvel, capaz de ser alienado, pelo devedor ao credor, com o intuito de garantir o pagamento do débito.<sup>58</sup>

Outro tipo de garantia engendrado pelo legislador (art. 818 e seguintes do Código Civil de 2002) se refere a fiança que, nas palavras de Arnaldo Rizzardo, tem a seguinte definição:

“Em termos comuns, fiança quer expressar garantia, concessão de crédito, segurança, responsabilidade. Basicamente, significa a garantia que se dá aos créditos relativamente aos seus titulares, com o objetivo de conceder segurança aos compromissos que alguém assume.”<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> SOUZA, José Reynaldo Peixoto. Anotações sobre Contratos Bancários. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 8, n. 27, p. 301, jan. 2005.

<sup>56</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código Anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1473.

<sup>57</sup> BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2012.

<sup>58</sup> DINIZ, op. cit., p. 1431.

<sup>59</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 979.

Ainda na esteira do Código Civil de 2002, temos o aval (que também é regulado em diversas outras normas) com uma garantia costumeiramente utilizada em títulos de créditos, onde temos nos polos uma instituição financeira e um devedor.

Isso na esteira do que ensina Eduardo Salomão que, ao tratar do aval, pontua que:

“Na prática bancária, a garantia consubstanciada no aval é normalmente dada em nota promissória anexa ao contrato de empréstimo, celebrado entre a instituição financeira e o devedor.

Como já apontado, o avalista é devedor principal, nos termos do artigo 32 da Convenção anexa ao Decreto nº 57.663/66. A consequência prática disso, que configura importante diferença do aval em relação à fiança, é a possibilidade de cobrança do avalista antes do próprio devedor. Não há, portanto, preferência que beneficie o avalista.”<sup>60</sup>

Trata-se, como já dito, de mecanismos que garantem a segurança de um retorno para o capital investido.

Além de todas essas garantias conceituadas que tentam exprimir maior plausibilidade securitista para atividade, cabe agora trazer o conceito da garantia utilizada na inteligência da exceção criada no art. 27, § 8º, no da Lei 9.514/1997, qual seja, a alienação fiduciária.

Melhim Namem Chalhub, trazendo o conceito da lei e diferindo algumas anotações sobre o referido instituto, aduz que:

“A lei define a alienação como o "negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel" (art. 22 da Lei 9.514/97), prevendo que a propriedade fiduciária se constitui "mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título" (art. 23 da Lei 9.514/97), deixando claro que a garantia real é o domínio fiduciário constituído por aquele registro. Prevê, ainda, o desdobramento da posse sobre o imóvel, "tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto..."(art. 23, parágrafo único, da Lei 9.514/97).”<sup>61</sup>

Eduardo Salmão, em linhas gerais, traz as seguintes considerações quanto ao instituto da alienação fiduciária:

---

<sup>60</sup>SALOMÃO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 456.

<sup>61</sup>CHALHUB, Melhim Namem. A Fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 130, ago. 1998.

“A alienação fiduciária em garantia foi introduzida em nosso ordenamento pela lei sobre o mercado de capitais (Lei nº 4.728/65), tendo sua disciplina sofrido alterações em razão do Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Mais recentemente, a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, trouxe novas alterações ao seu regime jurídico.

[...]

A alienação fiduciária transfere a propriedade resolúvel do bem ao credor. O devedor, por sua vez, fica com a posse direta, tornando-se também depositário do bem. A alienação fiduciária não é, assim, um direito real sobre coisa alheia para o credor, porque ele adquire a coisa como própria, deixando de pertencer ao devedor.”<sup>62</sup>

Em relação à alienação fiduciária de bens imóveis, a sua utilização se deu com a inovação no direito brasileiro pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que foi alterada pela Lei 10.931 de 2004, no sentido de evoluir a função do instituto.

Melhim Namem Chalhub, ainda tecendo apontamentos sobre a alienação fiduciária de bens imóveis, nos termos da aludida lei, acentua que:

“A Lei 9.514, de 20.11.1997, que cria o sistema de financiamento imobiliário, altera substancialmente o sistema de garantias reais imobiliárias do direito brasileiro, a ele acrescentando a propriedade fiduciária sobre bens imóveis e a titularidade fiduciária sobre direitos creditórios oriundos da alienação de imóveis.”<sup>63</sup>

A instituição da alienação fiduciária de bens imóveis foi implementada no sistema jurídico pátrio, de modo a aumentar a segurança para captação e concessão de crédito no âmbito do sistema financeiro imobiliário.

Trata-se de medida importante para o desenvolvimento da política habitacional, no sentido de uma possível recuperação do crédito para instituição financeira fiduciária, conforme afirma Melhim Namem Chalhub:

“As garantias existentes em nosso ordenamento não atendem às necessidades modernas de celeridade dos negócios, pois os processos de execução pertinentes não imprimem a rapidez necessária à recuperação dos créditos. Dada essa realidade, o atual sistema de garantias inibe o carreamento de recursos para o setor imobiliário.

Para suprir essa lacuna, a Lei 9.514/97 contempla a modalidade contratual da alienação fiduciária, como instrumento que poderá propiciar rápida

---

<sup>62</sup> SALOMÃO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 468.

<sup>63</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A Fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 113-114, ago. 1998.

recomposição de situações de mora, em prazos compatíveis com os compromissos perante os investidores.”<sup>64</sup>

Como já exaustivamente demonstrado, toda a garantia (dentro, por óbvio, do norteamento constitucional e da regulamentação infraconstitucional) que objetiva a diminuição dos riscos inerentes a atividade creditícia (como é o caso, por exemplo, do art. 27, § 8º, no da Lei 9.514/1997), corrobora para o desenvolvimento da atividade bancária e, por consequência lógica, da política nacional econômica, ao passo que diminuição de riscos, significa segurança na concessão de crédito no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

---

<sup>64</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A Fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 129, ago. 1998.

### 3 RESPONSABILIDADE DAS COTAS CONDOMINIAIS NO REGIME DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

#### 3.1 Características do regime da alienação fiduciária

Nos capítulos acima foram permeados as questões que estão em torno da presente política pública econômica, da atividade bancária e da atividade creditícia dentro do sistema financeiro.

Nesse item será analisado o instituto da alienação fiduciária para as instituições financeiras, avaliando todo o instituto dentro do contexto do Sistema Financeiro Imobiliário, de modo que se entenda o mecanismo da matéria.

A Lei 9.514/1997, no seu art. 22, conceitua alienação fiduciária como sendo “[...] 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.”

Esse negócio jurídico, enquadrado dentro dos direitos de garantias reais, possui sempre um caráter acessório a outro contrato convencionado, de modo que aquele garanta o cumprimento deste e torne toda a convenção um pacto seguro e confiável para ambas as partes.

Para melhor visualização vejamos o pensamento Mario Mezzari, que preleciona:

“A alienação fiduciária em garantia não tem por finalidade precípua a transmissão da propriedade, embora esta seja de sua natureza. A transferência do domínio do bem ao credor não é o fim colimado pelas partes, mas um meio de garantir o credor contra inadimplência do devedor. Por isso que ressalta sua natureza de contrato acessório. Há um crédito, e este é garantido pela propriedade de determinado imóvel, transferida ao credor sob condição resolutória expressa. É um contrato de garantia. Garante um crédito gerado em outro contrato, dito principal, de mútuo ou de parcelamento de preço de venda. Semelhante ao que ocorre com a hipoteca, trata-se de um contrato acessório.”<sup>65</sup>

O caráter acessório do instituto se revela ao passo de que, em um contrato (por exemplo, de financiamento de imóvel), o fiduciário concede a carta creditícia (contrato

---

<sup>65</sup> MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação Fiduciária da Lei n. 9.514, de 20-11-1997*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 13.



acessório) para que o fiduciante compre determinado bem (contrato principal) sendo que, na alienação fiduciária, o agente financeiro adquire a propriedade resolúvel do imóvel adquirido pelo mutuário.

Quanto ao ponto, ensina Melhim Chalhub:

“Trata-se de direito real limitado, constituído estritamente para atender a uma destinação específica, definida no ato traslativo; tem caráter restritivo e temporário, caracterizando-se como espécie de domínio que, por virtude do título de sua constituição, é revogável ou resolúvel, fenômeno este que ocorre quando a causa da aquisição do domínio encerra, em si, um princípio ou condição resolutiva do mesmo domínio, expressa ou tácita.”<sup>66</sup>

Ainda que o agente financeiro tenha a propriedade do bem, esta não é plena, ao passo que a sua transmissão não é a principal finalidade do instituto.

Tanto é assim que, mesmo que inadimplida a obrigação por parte do agente fiduciante, não poderá o fiduciário se resguardar plenamente no imóvel objeto da garantia, tendo em vista que Lei 9.514/1997 obriga a venda em leilão do bem no prazo de máximo de trinta dias. Vejamos o que aduz o art. 27 da aludida legislação:

“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.”

Esse dispositivo é bem característico do regime da alienação fiduciária que, como já dito, não reflete ao agente fiduciário a intenção de permanecer no imóvel dado em garantia ao financiamento bancário.

A propósito, claras são as lições de Arnaldo Rizzardo:

“[...] embora o fiduciário passe a ser dono dos bens alienados pelo fiduciante, a propriedade não é plena, mas restrita e resolúvel, constando prevista a causa de extinção. Há uma condição resolutiva, que se opera no momento em que perde a função, quando da integralização total do pagamento, regressando, então, o domínio ao primitivo titular. Isso em virtude da função da aquisição: o fiduciário adquire a propriedade tão somente para garantir seu crédito. O negócio é traslativo de direito real, mas vinculado a uma obrigação, em que a eficácia fica subordinada ao adimplemento do encargo assumido pelo fiduciante.

---

<sup>66</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis: aspectos da formação, execução e extinção do contrato. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 30, n. 63, p. 83, jul./dez. 2007.

Daí se afirmar que o fiduciário é proprietário sob condição resolutiva. Assume ele o dever de restituir o bem uma vez paga a dívida. O pagamento atua como condição resolutiva, pondo termo à propriedade resolutiva.”<sup>67</sup>

Todo esse entendimento se dá, outrossim, tendo em vista que a propriedade do agente financeiro no instituto da alienação fiduciária é resolúvel, ou seja, ocorrendo o evento futuro e certo ou incerto (adimplemento do contrato principal) resolve-se a propriedade em favor do agente fiduciário.

As palavras de Orlando Gomes, quanto ao ponto, são claras e precisas:

“Não se verifica mediante a cisão por via da qual dois direitos de propriedade contemporaneamente se acumulam na mesma coisa, sem se anularem. Não há duas modalidades coexistentes de domínio, mas, inegavelmente, divisa-se, na alienação fiduciária em garantia, uma duplicidade, porquanto, por esse negócio jurídico, o fiduciário adquire uma propriedade limitada, *sub conditionis*, a denominada propriedade resolúvel. Ele passa a ser proprietário sob condição resolutiva e o fiduciante, que a transmitiu, proprietário sob condição suspensiva. Bem é de ver que, nesta qualidade, o fiduciante não tem propriedade atual do bem transferido, mas simples expectativa de direito, a ser convertida em direito adquirido tão-logo pague a dívida.”<sup>68</sup>

Outra questão importante do regime fiduciário de bens imóveis se refere ao instituto da posse.

Primeiramente, no entendimento de Clóvis Beviláqua, temos que a posse é:

“É o poder de facto sobre a coisa corporea, que caracteriza a posse da mesma; e é o exercício material do direito que constitue a posse da servidão e de outros onus territoriaes. Não se exige o elemento subjetivo da intenção de ter a coisa como própria, ou de exercer a servidão, como se fosse, legitimamente, adquirida. Basta o facto, o poder effectivo.”<sup>69</sup>

A posse pode ser classificada de direta e indireta, tendo essa distinção uma relevante importância para o instituto da alienação fiduciária, tendo em vista que tanto fiduciante quanto o fiduciário vão exercer a posse, sendo um de forma indireta e o outro de direta.

---

<sup>67</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.1300.

<sup>68</sup> GOMES, Orlando. Perfil dogmático da Alienação Fiduciária. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 79, p. 70-71, set. 1970.

<sup>69</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 12. vol. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.32.

A própria Lei 9.514/1997 se refere ao desdobramento da posse, quando do art. 23, parágrafo único, ao prelecionar 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.”

Nessa particular preleciona Arnaldo Rizzardo:

“Classifica-se a posse em direta e indireta. A primeira é aquela cujo titular detém materialmente a coisa. A segunda se verifica quando alguém, afastando de si, por sua própria vontade, a detenção da coisa, continua a exercê-la mediatamente, após haver transferido a outrem a posse direta. Na hipótese em exame, o devedor exerce a posse direta e o credor a indireta, por ser concebido ao primeiro o direito de uso. Em síntese, o credor fiduciário, isto é, as empresas de crédito, financiamento e investimento, considera-se possuidor indireto do bem alienado fiduciariamente. O devedor fiduciário mantém a posse em nome de terceiro, não como simples detentor.”<sup>70</sup>

Além de todos esses pontos do regime a alienação fiduciária é necessário destacar a importância desse regime para a política habitacional brasileira. Uma das questões, além das já mencionadas, que torna o instituto um dos mais requisitados quando o assunto é o financiamento de bens imóveis, se refere à eficiência de seu mecanismo de exigência da garantia, ao contrário de outros tipos de institutos reais.

Podemos tirar essa inteligência dos estudos de Valestan Costa, que aduz:

“Quando se fala em garantia eficaz, portanto, não se está falando necessariamente no bem dado em garantia, mas na forma de se executar essa garantia. É a forma de execução da garantia que determina se ela é ou não eficaz, e, de resto, se o crédito do investidor tem ou não liquidez. Foi exatamente a deficiência do sistema de garantia – sobretudo da hipoteca, modalidade de garantia por excelência nos financiamentos imobiliários –, evidenciada pela morosidade na recomposição do crédito, em caso de mora do devedor, assim como os privilégios que se sobrepunham às garantias até então existentes, um dos fatores que contribuíram para desestimular novos investimentos no mercado imobiliário.”<sup>71</sup>

A bem verdade é que o instituto da alienação fiduciária atenua as dificuldades de execução da garantia, trazendo mais segurança e eficiência em uma possível

---

<sup>70</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.1302.

<sup>71</sup> COSTA, Valestan Milhomem. *A Alienação Fiduciária no financiamento imobiliário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p.57-58.

busca pela instituição financeira (fiduciária) na retomada do crédito não pago pelo devedor fiduciário.<sup>72</sup>

Toda a engenharia da alienação fiduciária de bens imóveis foi montada de modo a transcender as relações de direito privado e alcançar os liames sociais e econômicos fomentar o desenvolvimento do estado brasileiro. Trata-se, como já dito, de importante instituto criado pela Lei 9.514/1997 e aperfeiçoado pela Lei 10.931/2004.

Essa percepção pode ser facilmente inferida do estudo de José Arruda Alvim, que entendeu:

“Não significa isto dizer que a alienação fiduciária consubstancie uma disciplina que a coloque fora do direito privado, senão que, haver-se-á de ter presente que, ao lado de disciplinar relações de direito privado, almeja-se com o instituto determinados fins de caráter social, absolutamente fundamentais para a economia moderna, dentro de um Estado que se impõe objetivos de cunho social, como é o caso, acentuadamente, do Estado brasileiro. Constituiu-se a alienação fiduciária de bens imóveis em poderosíssima alavanca para o desenvolvimento de nossa sociedade, através de alterações profundas a serem provocadas em nossa economia, viabilizando que se incremente a produção de imóveis, entre nós, e, paralelamente, aumentando enormemente o número de empregos, com vistas a absorver mão-de-obra, e, nessa extensa medida, criando riquezas reais. É este sistema, por tudo isto, instrumento que poderá minimizar, acentuadamente, sério problema social.”<sup>73</sup>

Por fim, tudo o que foi exposto revela algumas das características do regime utilizado pelo Sistema Financeiro Imobiliário, a partir da Lei 9.514/1997, como mecanismo para o financiamento imobiliário, ao passo que medida proporciona para o agente financeiro maior segurança na atividade creditícia.

### **3.2 O Sistema Financeiro Imobiliário e a Lei 9.514/1997**

Como visto no item anterior, a alienação fiduciária é um grande aliado para o desenvolvimento da política imobiliária do Estado, isso, devido às características acima espostas. Sozinho, entretanto, o regime não é capaz solucionar o problema habitacional do

---

<sup>72</sup> COSTA, Valestan Milhomem. *A Alienação Fiduciária no financiamento imobiliário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 58.

<sup>73</sup> ALVIM, José Manoel de Arruda. *Alienação Fiduciária de bem imóvel o contexto da inserção do instituto em nosso Direito e em nossa conjuntura econômica*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 149-150, abr. 2000.

país. Esse instituto, por certo, nada mais é do que um novo combustível (da mesma forma que a mitigação da responsabilidade condominial para o agente fiduciário) para o sistema financeiro imobiliário.

Os incentivos, a propósito, devem ser levados em consideração para o almejado sucesso do programa de desenvolvimento da “moradia”, principalmente quando se tem como base o último sistema criado pelo Brasil em 1964 e sobrevivente até os dias atuais.

Com efeito, a política habitacional mais recente do Estado brasileiro teve início com o Sistema Financeiro de Habitação na década de 60, programa que, em que pese ter sobrevivido por vários cenários econômicos, sucumbe às adversidades externas e a políticas mal elaboradas pelos governos comandantes.

Essa questão é tratada por Dionísio Carneiro, que consigna:

“Há dois sistemas que regem os financiamentos imobiliários no Brasil. O Sistema Financeiro de Habitação (SFH) – o mais antigo deles, criado ainda na década de 60 – passou pelos mais diversos ambientes econômicos, ultrapassando momentos de mega-inflação alternados com períodos de relativa estabilidade monetária. Tal volatilidade do ambiente econômico fez com que este sistema sucumbisse às adversidades, sofrendo diversas perdas decorrentes de políticas mal formuladas, chegando à situação de completo desgaste na qual se encontra atualmente.”<sup>74</sup>

Diante desse “fracasso”, que se perfaz no não alcance dos objetivos traçados no Sistema Financeiro de Habitação, foi criado o Sistema Financeiro Imobiliário que teve como um dos objetos a superação dos equívocos existentes no regime precedente.

Como já dito (que ora se repete para contextualização) o objetivo do novo Sistema destinado à regulação do contexto habitacional foi o de fomentar e impulsionar o crescimento social da política de financiamento imobiliária no Estado brasileiro.<sup>75</sup>

Nessa perspectiva, o legislador ordinário criou a figura da Lei 9.514/1997, que tratou basicamente do Sistema Financeiro Imobiliário e criou o instituto da alienação fiduciária de bem imóvel.

---

<sup>74</sup> CANERIO, Dionísio Dias. *Financiamento à habitação e instabilidade econômica: Experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p.23.

<sup>75</sup> ROCHA, Eduardo de Assis Brasil. Algumas considerações sobre a Alienação Fiduciária de coisa imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 21, n. 45, p. 95, set. 1998.

Essa legislação, conforme facilmente infere de seu texto, foi desenhada da seguinte forma: **i)** Capítulo I “Do Sistema Financeiro de Habitação”; **ii)** Capítulo II “Da Alienação Fiduciária de coisa imóvel”; **iii)** Capítulo III “Disposições Gerais e Finais.

Basicamente, a superação do modelo tradicional para o novo sistema se deu com a divisão da engenharia, antes do extinto Banco Nacional de Habitação, para diversas outras instituições de direito público e privado, ao passo que dois segmentos foram particionados, consoante inteligência retirada das lições de José Maria Aragão, da seguinte forma:

“A superação do modelo original do Sistema Financeiro de Habitação, com a extinção do BNH e a distribuição de suas complexas funções entre diversas instituições da administração pública (Conselho Monetário Nacional, Banco Central, Caixa Econômica Federal, Ministério do Trabalho e Superintendência de Seguros Privados), consagrou a tese da divisão do mercado habitacional em dois segmentos distintos, com objetivos e instrumentos próprios: I – o “popular” ou “de interesse social” representados pelos estratos da população cujos níveis de renda não são suficientes para pagar o preço de uma habitação completa, dotada das condições essenciais de habitabilidade, ou ter acesso ao sistema financeiro nas condições normais em que este opera (poupança prévia, prazos, taxas de juros, sistemas de amortização etc.) e II – o “segmento de mercado propriamente dito”, constituído pelas famílias de rendas média e alta, aptas a preencher os requisitos exigidos pelo sistema financeiro para a concessão de créditos de longo prazo.”<sup>76</sup>

Nesse diapasão, já se pode ter uma ideia da complexidade de, na mesma toada, engendrar um sistema e fazer com que ele seja eficaz, sólido e viável, tanto para quem se encontra no polo ativo de regulação (Conselho Monetário Nacional, Banco Central, Ministério do Trabalho, Superintendência de Seguros Privados e instituições financeiras) quanto para seu polo passivo (sociedade em um caráter geral).

No meio evolutivo dos diversos mecanismos que gradativamente podem alcançar o “ponto” ideal do sistema, o emérito jurista Cândido Rangel Dinamarco, faz as seguintes considerações:

“No centro da linha evolutiva das técnicas destinadas a oferecer garantias aos créditos constitui uma constante a busca da justa proporção entre o meio e o fim, caracterizada pela segurança do credor com o mínimo sacrifício possível do devedor. É bem antiga a consciência de que, sendo a segurança

---

<sup>76</sup> ARAGÃO, José Maria. *Sistema Financeiro da Habitação: Uma análise sócio-jurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p.475-476.

daquele o escopo das técnicas garantísticas, é preciso modelá-la e dimensioná-las em vista do escopo final a atingir, minimizando riscos sem agravar mais do que necessário a situação de quem deve (Jhering).<sup>77</sup>

Por não se tratar, como se inferi desse simples esboço, de tarefa fácil a criação de um sistema verdadeiramente eficaz e condizente com as perspectivas da sociedade do Estado brasileiro – que, a propósito, carece de medidas que, de fato, favorecem o coletivo – é que houve a criação da Lei 10.931/2004, que objetivou modernizar a já editada e vigente Lei 9.514, de 1997, que, como já se sabe, instituiu o Sistema Financeiro Imobiliário.

“Por outro lado, em virtude da Lei 10.931, de 02.08.2004, deu-se maior segurança aos credores, nas operações comerciais e industriais e no crédito imobiliário. O Ministro Palocci chegou a afirmar que este último diploma constituía um verdadeiro "novo marco da construção civil no Brasil". Efetivamente, o novo diploma permitiu o bom funcionamento do mercado de securitização do crédito imobiliário, fazendo os necessários ajustes e complementando a Lei 9.514/97, que abriu caminho para uma retomada do mercado imobiliário [...].<sup>78</sup>

Para demonstrar que nada é demais quando se fala em segurança e solidez em um sistema financeiro, vale registrar que ainda há no organismo habitacional o desenvolvimento do processo de securitização, consolidado, conforme explica Dionísio Carneiro, da seguinte forma:

“São três os negócios jurídicos principais que caracterizam a operação de securitização, administrada pelo SFI: (a) a compra e venda de imóvel novo com financiamento, (entre o mutuário e o incorporador, com o financiamento realizado por uma agência de originação); (b) a cessão dos créditos originados neste financiamento (entre a agência originadora e a companhia de securitização); e (c) a emissão e distribuição de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI) no mercado de valores mobiliários (entre a companhia securitizadora e os investidores).<sup>79</sup>

Como se pode constatar, trata-se de um mecanismo complexo, ao passo que qualquer tentativa de interferência, seja pelos órgãos reguladores, seja pelos integrantes do sistema, seja pelo poder judiciário (quando provocado por demandas judiciais), pode desencadear a falência ou enfermidade de um organismo tão tênue.

<sup>77</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 24, n. 51, p. 236-237, jul. 2001.

<sup>78</sup> WALD, Arnoldo. O Direito a serviço da econômica: o novo Direito Bancário. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 8, n. 27, p. 22, jan. 2005.

<sup>79</sup> CANERIO, Dionísio Dias. *Financiamento à habitação e instabilidade econômica: Experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 35-36.

### 3.3 Exceção criada pela Lei 10.931/2004

Apesar da inequívoca evolução que a Lei 9.514, de 1997, trouxe para o sistema de habitação do Estado brasileiro, esse marco não foi suficiente para garantir altos níveis de qualidade para os agentes financeiros e a sociedade beneficiária da nova política habitacional.

Sendo assim, com o escopo de melhorar Sistema Financeiro Imobiliário, foi editada a 10.931/2004 que, dentre outros, alterou alguns dispositivos da Lei que institui a alienação fiduciária de bens imóveis.

Segundo a Exposição de Motivos 27/2004, a novação normativa se deu para facilitar o acesso ao crédito em maior volume e diminuir os custos da operação e o consequencial repasse para aqueles que utilizam do Sistema Financeiro Imobiliário. A propósito, vejamos um trecho do aludido documento:

“É com o objetivo de promover o acesso ao crédito em maior volume, a um custo mais baixo, de maneira eficiente e em condições economicamente viáveis, em especial, no segmento do financiamento imobiliário, que são apresentadas as alterações ora consolidadas no Projeto de Lei em tela.”<sup>80</sup>

Partindo para o ponto que importa ao presente trabalho, a Lei 9.524/1997, especificamente no art. 27, § 8º, trouxe, em consentâneo com fundamentação retro, o dispositivo que determina que o agente fiduciário, no caso de inadimplemento do fiduciante, não irá responder pelas dívidas condominiais não pagas pelo mutuário e que subsistem até a retomada da posse pelo agente financeiro.

É importante verificar a literalidade desse dispositivo, que preleciona:

“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.

[...]

§ 8º Responde o fiduciante 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 imitado na posse.”

---

<sup>80</sup> BRASIL. *Lei Nº 10.931, de 2 de agosto de 2004*. Exposição de motivos. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm)>. Acesso em: 10. abr. 2013.



Trata-se, como claramente se vê, de uma exceção criada pelo legislador ordinário, no sentido de que a instituição financeira não irá responder por débitos advindos de taxas condominiais não pagas até a imissão posse no bem dado em garantia.

Essa distinção, no entanto, encontra resistência no instituto dos direitos reais, tendo em vista ser a taxa condominial uma obrigação *propter rem*, o que significa dizer que esse ônus acompanha a literalidade do imóvel.

Para melhor entender esse questão, vejamos as lições de Cristiano Farias:

“Trata-se de obrigação em que o a pessoa do credor ou devedor individualiza-se não em razão de um ato de autonomia privada, mas em função da titularidade de um direito real. É uma obrigação imposta, em atenção a certa coisa, a quem for titular desta. Sua particularidade consiste na inerência ao objeto da posição do titular ativo ou passivo da relação. O obrigado é o titular do direito real, havendo a possibilidade de sucessão no débito fora das hipóteses normais de transmissão das obrigações.”<sup>81</sup>

Esse instituto, diferentemente de outros dentro do campo dos direitos reais, se caracteriza por estabelecer prestações positivas em desfavor do titular. Nesses termos, é a inteligência desenvolvida por Flávia Castro:

“Uma das características diferenciadoras das obrigações *propter rem* é justamente a de que estas estabelecem prestações positivas e não apenas negativas referidas aos direitos reais.

Ao mesmo tempo que tais obrigações não configuram obrigação passiva universal, pois que sempre visarão a terceiro determinado e não ao conjunto de sujeitos passivos de direito, seu objeto ganha em diversidade, o que seu domínio perde em extensão, eis que elas não traduzem obrigação exclusivamente negativa.

A doutrina pátria, em sua maioria, comunga deste entendimento. As obrigações *propter rem* são percebidas como figuras jurídicas intermediárias inscritas no ordenamento jurídico brasileiro, mantendo traços de semelhança com os direitos reais e com os direitos obrigacionais.”<sup>82</sup>

Existe, entretanto, uma flexibilidade para as lições e determinações da obrigação *propter rem* que, se bem analisadas, contribuem para a estrutura jurídica da exceção criada pela Lei 10.931/2004.

---

<sup>81</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 22.

<sup>82</sup> CASTRO, Flávio de Almeida Viveiros. Obrigações *propter rem* e condomínios atípicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 799, p. 69, maio. 2002.

Trata-se, com efeito, da possibilidade do proprietário, em negócio jurídico estabelecido entre a parte que detém a posse direta do imóvel, convencionar que a obrigação *propter rem* irá ser suportada pelo posseiro imediato.

Esse entendimento pode ser extraído das palavras de Cristiano Farias, que preleciona:

“Nada obstante, é lícito convencionar que as obrigações *propter rem* sejam solvidas pelo usuário da coisa. Isto é, é lícito o negócio jurídico envolvendo o repasse dos encargos condominiais ao locatário, sem que isto implique transferência da obrigação real ou alteração de sujeição passiva, mas apenas um acordo de vontades restrito aos contratantes.

[...]

Todavia, por considerar que o registro da escritura no cartório imobiliário tem apenas a finalidade proteger o direito do comprador, caso o vendedor decida alienar o imóvel para outra pessoa, o Superior Tribunal de Justiça afastou a aplicação da teoria das obrigações *propter rem* em recentes julgados, por evidente negação ao princípio jurídico constitucional da função social da propriedade.”<sup>83</sup>

Como se vê, o legislador ordinário resolveu, com bases ideológicas, econômicas e jurídicas, excetuar a responsabilidade condominial não paga pelo devedor fiduciante em favor do agente fiduciário, na ocasião de se imitado na posse do bem dado em garantia ao mútuo, comando que, com efeito, não pode ser afastado sem ser levado em consideração toda a sua estrutura organizacional.

### **3.4 Os julgados e seus fundamentos para ignorar o art. 27, § 8º, da Lei 9.514/1997**

Como já dito, o objetivo do presente trabalho é demonstrar a pertinência da exceção criada pelo legislador, na edição do art. 27, § 8º, da Lei 9.514, de 1997.

Essa necessidade se perfaz pelo seguinte motivo: o judiciário (em especial o Superior Tribunal de Justiça que, nos termos, do art. 105, da Carta Magna, possui vocação constitucional de pacificar a dicção do direito infraconstitucional) vem, reiteradamente, desconsiderando essa política pública criada pelo poder executivo e, nesse passo, atribuindo ao credor fiduciário à responsabilidade das taxas condominiais inadimplidas pelo devedor fiduciante, relativa ao bem dado em garantia ao financiamento imobiliário.

---

<sup>83</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 23.

Para melhor visualização e entendimento, a despeito de não ser uma matéria costumeiramente analisada pelo judiciário, passamos a verificar em que situação e qual a razão dessa negativa, diante de uma norma tão bem desenhada pelo Poder Executivo.

De início, vejamos a ementa do agravo regimental no agravo de instrumento, autuado sob o número 792.138 de origem do estado do Rio de Janeiro que entendeu pela não aplicação do aludido dispositivo normativo, *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. CONDOMÍNIO. RESPONSABILIDADE. COTAS CONDOMINIAIS CONSTITUÍDAS ANTES DA AQUISIÇÃO PELO CREDOR FIDUCIÁRIO. LEGITIMIDADE DO ATUAL PROPRIETÁRIO. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL. IDENTIDADE ENTRE A ORIENTAÇÃO SUFRAGADA PELA CORTE DE ORIGEM E DECISÃO MONOCRÁTICA E AQUELA TRILHADA POR ESTE TRIBUNAL SUPERIOR. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. A responsabilidade pelo pagamento de cotas condominiais em atraso alcança o atual proprietário, ainda que constituídas antes da aquisição pelo credor fiduciário, por se tratar de obrigações propter rem. Na hipótese de identidade entre a orientação jurisprudencial sufragada pela Corte de origem e adotada pela decisão monocrática e aquela trilhada por este Tribunal Superior, incide a Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido.”<sup>84</sup>

No caso dos autos, trata-se de ação de cobrança ajuizada pelo agravado em face da agravada e do devedor fiduciante para que, em responsabilidade solidária, sejam pagas as dívidas condominiais inadimplidas pelo devedor fiduciante.

Adiante, em caso semelhante, temos o seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - CONDOMÍNIO - TAXAS CONDOMINIAIS - LEGITIMIDADE PASSIVA - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - ADQUIRENTE - RECURSO NÃO CONHECIDO. 1 - Na linha da orientação adotada por esta Corte, o adquirente, em alienação fiduciária, responde pelos encargos condominiais incidentes sobre o imóvel, ainda que anteriores à aquisição, tendo em vista a natureza propter rem das cotas condominiais.

---

<sup>84</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. *AgRg no AI 792.138*. Terceira Turma. Agravante: Brascan Imobiliária Incorporações S/A. Agravado: Condomínio Mar de Itauna. Relator: Min. Paulo Furtado. Brasília, 26, de junho de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200601625533&dt\\_publicacao=26/06/2009](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200601625533&dt_publicacao=26/06/2009)>. Acesso em: 13 abr. 2013.

2 - Recurso não conhecido.<sup>85</sup>

Nesse mesmo sentido, ainda com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, temos que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CIVIL - DIREITO DAS COISAS - PROPRIEDADE - CONDOMÍNIO - TAXAS CONDOMINIAIS - AÇÃO DE COBRANÇA - CREDOR FIDUCIÁRIO - DETENTOR DA PROPRIEDADE RESOLÚVEL DO IMÓVEL - LEGITIMIDADE PASSIVA - POSSIBILIDADE - ENUNCIADO 83 DA SÚMULA DO STJ - RECURSO IMPROVIDO.<sup>86</sup>

Nos três casos acima elencados, as bases fáticas são quase que idênticas. Trata-se de ação de cobrança ajuizada pelo condomínio em face tanto do devedor fiduciante (quem usa e goza do imóvel; verdadeiro possuidor) quanto do credor fiduciário (proprietário apenas resolúvel do bem em questão).

Nesse quadro, as instituições financeiras sempre sustentam a ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda, tendo em vista que não são responsáveis por taxas de condomínios do imóvel dado em garantia, isso diante da novação introduzida pela Lei 10.931/2004.

Em outro passo, para não aplicar ao caso o art. 27, § 8º, da Lei 9.514/1997, e ignorar toda a inteligência que permeia o entendimento veiculado por esse dispositivo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sustenta que, por se tratar de obrigação com reflexo *propter rem*, ainda que entendimento diametralmente oposto previsto em lei, a taxa condominial deve ser cobrada também da instituição financeira, tendo em vista que é esta que detém a propriedade do imóvel.

A propósito, vejamos, na espécie, essas razões, aqui consubstanciadas no voto do E. Ministro Fernando Gonçalves, quando do julgamento do REsp 827.085/SP:

---

<sup>85</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 827.085. Quarta Turma. Recorrente: Rodobens Administração e Promoções LTDA. Recorrido: Condomínio Residencial Santa Catarina. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 22, de maio de 2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600550115&dt\\_publicacao=22/05/2006](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600550115&dt_publicacao=22/05/2006)>. Acesso em: 13 abr. 2013.

<sup>86</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. AG 1.081.873. Terceira Turma. Agravante: Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. Agravado: Condomínio Edifício das Petúncias. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, 24, de março de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=200801642591&dt\\_publicacao=24/3/2009](https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=200801642591&dt_publicacao=24/3/2009)>. Acesso em: 13 abr. 2013.

“Senhores Ministros, as despesas em questão cuidam-se de obrigações de pagar, derivadas da propriedade, direito real por excelência.

**ORLANDO GOMES** afirma que há aquelas obrigações que "nascem de um direito real do devedor sobre determinada coisa, a que aderem, acompanhando-o em suas mutações subjetivas. São denominadas obrigações *in rem*, *ob* ou *propter rem*, em terminologia mais precisa, mas também conhecidas como obrigações reais ou mistas" (in "Obrigações", 12ª ed. p. 21). Para o autor, "esse cordão umbilical jamais se rompe. Se o direito de que se origina é transmitido, a obrigação o segue, seja qual for o título translativo." Nesse sentido, **CAIO MÁRIO**, acerca das taxas condominiais, salienta que "em caso de alienação, o adquirente será obrigado pelo pagamento se o alienante não estiver quite no momento da transferência" (cf. in "Instituições de Direito Civil, Vol. IV, Direitos Reais, 18ª ed., Editora Forense, p. 191/192).

Sob esse prisma, pois, nada obsta que a Rodobens Administração e Promoções Ltda, adquirente do imóvel, em alienação fiduciária, sobre o qual incide a cobrança relatada, seja acionada para efetuar o pagamento das taxas condominiais que estavam pendentes, lastreado, por óbvio, na natureza *propter rem* das quotas, ressaltando-lhe o direito de regresso.<sup>87</sup>

Saindo um pouco da esfera do STJ e, de modo a demonstrar que essa é uma tendência também das demais cortes jurídicas do Estado brasileiro, ressalta-se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que não só desconsiderou o comando da lei em uma das suas decisões, como também demonstrou certa indiferença com a aludida política pública, ao consignar que:

“[...] pouco importa que o art. 27, § 8º, da Lei 9.514/97, disponha que o fiduciante responde pelas contribuições condominiais, cuidando-se, na verdade, de dispositivo para regular as relações entre fiduciante e fiduciário” e ainda “o bem é de propriedade do credor, ainda que resolúvel [...]”<sup>88</sup>

Em suma, a jurisprudência pátria é no sentido de não aplicar o comando inserto do art. 27, § 8º, da Lei 9.514/1997, inovação inserida pela Lei 10.931/2004, sob o argumento de que, sendo as taxas condominiais uma obrigação *propter rem* e, desse modo, atrelada ao imóvel, tanto o proprietário (ainda que sob a forma resolúvel) quanto possuidor

<sup>87</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp* 827.085. Quarta Turma. Recorrente: Rodobens Administração e Promoções LTDA. Recorrido: Condomínio Residencial Santa Catarina. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 22, de maio de 2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600550115&dt\\_publicacao=22/05/2006](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600550115&dt_publicacao=22/05/2006)>. Acesso em: 14 abr. 2013.

<sup>88</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível. *APC* 9059178-77.2007.8.26.0000. 32ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Condomínio Edifício das Petúncias. Apelado: Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. Relator: Des. Kioitsi Chicuta. São Paulo, 14, de setembro de 2007. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NMPARTE&tipoNuProcesso=UNIFICADO&dePesquisa=ALEX+DE+OLIVEIRA+MATOS+&pbEnviar=Pesquisar>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

direto do imóvel (no presente caso, o devedor fiduciante) respondem solidariamente pelas dívidas condominiais não inadimplidas.

Conforme se passa a demonstrar nas razões a seguir, tendo por base todo o conhecimento desenvolvido neste trabalho, não se pode os julgadores, na atual conjuntura do Sistema Financeiro Imobiliário, desconsiderar a inovação dada pela Lei 10.931/2004, sendo a sua legitimidade inequívoca, uma vez que se encontra em total consentâneo com toda a política econômica/jurídica do Estado brasileiro.

### **3.5 Da viabilidade do art. 27, § 8º, da Lei 9.514/1997**

Para melhor visualização, uma vez mais, vejamos a letra do que dispõe o § 8º, do art. 27, da Lei 9.514/1997:

“§ 8º Responde o fiduciante 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 imitado na posse.”

O comando é claro, podendo ser resumido (no que interessa ao presente trabalho) na seguinte proposição: as dívidas condominiais relativas ao imóvel dado em garantia, existentes até a imissão na posse do credor fiduciário, são de responsabilidade do devedor fiduciante.

Quanto à interpretação literal da norma, não há dúvidas, não há questionamentos.

Por outro lado, como se viu no item anterior, o judiciário não considera a aludida normatização, isso, ao singelo fundamento de que essa obrigação é de caráter *propter rem* e, nesse passo, deve ser cobrada também do proprietário resolúvel, ainda que esse ônus seja afastado por um dispositivo de lei.

Esse entendimento, com as mais respeitadas *vênias*, possui relevantes nuances no sentido contrário, consubstanciado em toda a estrutura de inteligência da Lei 10.931/2004, que trouxe para o Sistema Financeiro Imobiliário, um novo incentivo para o desenvolvimento da política imobiliária do país, seja para na melhoria das condições para a população, seja na diminuição do risco da atividade creditícia.

A primeira nuance a ser destacada, se refere ao fato de que esse dispositivo ordinário, como bem delineado no primeiro capítulo desse trabalho, se trata de uma política pública econômica que tem o principal objetivo de fomentar o sistema econômico imobiliário do Estado brasileiro, facilitando o acesso da moradia própria para sociedade<sup>89</sup>.

Nessa mesma toada, até mesmo para fins de concretização dessa pretensão, necessário se faz destacar que essa política pública possui esteio na ordem econômica constitucional, nos termos do já citado e esmiuçado art. 170, da Constituição Federal, que consigna entendimento intimamente ligado com os objetivos da Lei 10.931/2004, condizentes, inclusive, com a garantia da existência digna da população.

O direito a moradia é um direito social (aqui concretizado no direito a moradia) que, da forma com que foi aqui delineado, é pressuposto de uma política econômica. A propósito, repitam-se as lições do Professor José Afonso da Silva:

“Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos.”<sup>90</sup>

Imaginar o contrário seria responder negativamente a seguinte indagação: Estimular o aumento do volume de crédito disponível para população e diminuir o seu custo não seria uma forma de incentivar o avanço do Sistema Financeiro Imobiliário, nos termos do que preleciona a ordem econômica e os direitos sociais previstos na Constituição Federal?

Nesse passo, ainda que pudesse considerar a possibilidade de uma negativa quanto a aplicação dessa medida pública econômica, essa deveria vir, no mínimo, com esteio em argumentos sistematicamente desenvolvidos, tendo por base questões eminentemente constitucionais e que, comprovariam a ineficácia da política, ante a intenção do constituinte.

Essa inteligência é facilmente inferida das palavras de Fábio Konder Comparato:

“Esclarecida, assim, essa clássica falsa objeção à judiciabilidade das políticas governamentais, estabelecamos, desde logo, que o juízo de

---

<sup>89</sup> BRASIL. *Lei Nº 10.931, de 2 de agosto de 2004*. Exposição de motivos. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2012.

<sup>90</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiro, 1999. p. 289.

constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto o confronto de tais políticas, não só com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade de governo, mas também com as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade. Na primeira hipótese, por exemplo, uma política econômica voltada exclusivamente para a estabilidade monetária, interna e externa, pode se revelar incompatível com várias normas-objeto da Constituição, notadamente com a de busca do pleno emprego, inscrita no art. 170, VIII, da CF/1988. Na segunda hipótese, o exemplo é, sem dúvida, o de uma política municipal de saúde pública, desligada do sistema nacional único, imposto pelo art. 198 da CF/1988.

Por outro lado, importa ter em mente que a inconstitucionalidade de uma política governamental pode ocorrer, não apenas em razão de sua própria finalidade, mas também por efeito dos meios ou instrumentos escolhidos para a sua realização. É o que sucederia, por exemplo, se a política agrícola do governo federal instituisse alguma espécie de incentivo, suscetível de favorecer a manutenção de latifúndios improdutivos. Parece óbvio que haveria, aí, afronta à norma constitucional que impõe a compatibilidade da reforma agrária com a política agrícola (art. 187, § 2.º, CF/1988).<sup>91</sup>

De modo a contribuir ainda mais com a inteligência constitucional que se inclina para viabilidade do art. 27, § 8º, da Lei 9.514/1997, impõe-se notar, ainda, que a intervenção do Estado na economia, para incentivo, é legitimamente permitida, consoante se extrai do permissivo do art. 174, da Carta Magna.

Ainda importa consignar que não só por esse cenário é possível verificar a viabilidade do aludido dispositivo.

A exceção inserida na legislação que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, também se destaca por uma medida que visa reduzir o custo da atividade creditícia e, desse modo, diminuir o custo do financiamento para o fiduciante.<sup>92</sup>

Quando da criação do Sistema Financeiro, se intencionou, justamente, por uma estrutura que desse maior segurança para os agentes prestadores de serviços, de modo que as operações fossem permeadas de mecanismos que, por exemplo, diminuísse o risco.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade Políticas Públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 46, jun. 1998.

<sup>92</sup> BRASIL. *Lei Nº 10.931, de 2 de agosto de 2004*. Exposição de motivos. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2012.

<sup>92</sup> MIRAGEM, Bruno. Mercado, fidúcia e banca uma introdução ao exame do risco bancário e da regulação prudencial do sistema financeiro na perspectiva do crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 20, n. 77, p. 190, jan./mar. 2011.

<sup>93</sup> FARIAS, Rogério Gomes. *Mercado Financeiro: instrumentos e operações*. São Paulo: Prentice Hall, 2003. p. 1.



Em todo esse sistema, um dos pontos centrais é a política de concessão de crédito operacionalizada pelas instituições financeiras, onde, quando das regulamentações, temos como ponto nodal a diminuição do risco dessa atividade.<sup>94</sup>

Isso, por óbvio, também está no contexto da presente medida pública, conforme se extrai da Exposição de Motivos que justificou a Lei 10.931/2004. Vejamos:

“A importância do bom funcionamento do mercado de crédito brasileiro para o desenvolvimento da economia nacional é um fato incontestável. A adequada disponibilização de recursos creditórios, de maneira eficiente e a um baixo custo, é essencial não só para viabilizar a produção, com implicações diretas sobre a geração de emprego e renda, mas também para o fomento à poupança e ao investimento, ou mesmo para a solução de problemas de natureza social relacionados à habitação, saneamento básico, dentre outros.

Há o entendimento de que a legislação em vigor que trata das operações de crédito de maneira geral e de outras matérias correlatas carece de dispositivos que reduzam a insegurança econômica e jurídica dessas operações, criando óbices ao bom funcionamento do mercado e à garantia do mutuário. Essa deficiência legal tem, na prática, os efeitos de limitar o acesso ao crédito, de reduzir os recursos disponibilizados e de elevar o custo das operações, em prejuízo do todo social e, em particular, do cidadão comum, tomador do crédito. Além disso, como ilustrado em diversos casos do passado, muitas vezes essa insegurança jurídica implica o não cumprimento da entrega devida do imóvel financiado ao mutuário ou, ainda, a entrega a um custo maior do que o inicialmente contratado.

É com o objetivo de promover o acesso ao crédito em maior volume, a um custo mais baixo, de maneira eficiente e em condições economicamente viáveis, em especial, no segmento do financiamento imobiliário, que são apresentadas as alterações ora consolidadas no Projeto de Lei em tela.”<sup>95</sup>

Conforme claramente se vê, o resultado prático da desconsideração da medida do § 8º, do art. 27 da Lei 9.514/1997 (que se caracteriza com sendo uma dessas ações que possuem o objetivo de sanar a deficiência legal que limitam o acesso ao crédito) é o aumento da insegurança jurídica, por resultar em um financiamento de maior risco e, por consequência, mais caro.

A liberalidade contida na Lei 9.514/97 se deu com base na mensuração dos riscos inerentes a atividade econômica financeira, além de também incentivar o desenvolvimento Sistema Financeiro Imobiliário do país.

---

<sup>94</sup> MIRAGEM, Bruno. Mercado, fidúcia e banca uma introdução ao exame do risco bancário e da regulação prudencial do sistema financeiro na perspectiva do crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 20, n. 77, p. 188, jan./mar. 2011.

<sup>95</sup>BRASIL. *Lei Nº 10.931, de 2 de agosto de 2004*. Exposição de motivos. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2012.

Essa nova regulação, que veio como sucedâneo do Sistema Financeiro de Habitação, deve ser analisada com mais atenção e cuidado por parte do judiciário, tendo em vista que o seu antecessor, justamente por falta de garantias no sistema de financiamento, aos poucos vem sucumbindo por ausência de viabilidade.<sup>96</sup>

Ainda que todas esses fundamentos não fossem considerados, é de se destacar a existência de jurisprudência que, a despeito de não enfrentar diretamente a situação, traz entendimento que corrobora com a viabilidade do § 8º, do art. 27 da Lei 9.514/1997.

Com efeito, a propriedade do credor fiduciário não visa à manutenção do imóvel em si, mas apenas à garantia do cumprimento de um contrato de financiamento (propriedade resolúvel). Tanto é assim que, inadimplido o contrato e retomado o bem, não pode a instituição financeira permanecer com o imóvel, devendo aliená-lo [executar a garantia] para, com o dinheiro obtido na venda, ressarcir-se do saldo devedor referente ao financiamento.<sup>97</sup>

Desse modo, uma vez que a instituição financeira nunca irá usufruir do bem alienado fiduciariamente, inexistente a possibilidade do credor fiduciário responder por tais encargos que, a propósito, derivam do uso e gozo da coisa.

Esse entendimento advém de jurisprudência uníssona do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que somente responde pelas cotas condominiais o usufrutuário do bem, tendo em vista que é ele quem utiliza os serviços prestados pelo condomínio,

Vejamos, propósito, o seguinte julgado:

“Efetivamente, o que se deve levar em conta para vincular o sujeito de direito ao pagamento das cotas condominiais é a utilização dos serviços prestados pelo condomínio, tendo em vista que tais verbas são necessárias à manutenção e conservação do imóvel, tendo, portanto, caráter de obrigação imediata, sob pena, inclusive, de inviabilizar o próprio uso do bem.”<sup>98</sup>

Nesse mesmo sentido:

---

<sup>96</sup> CANERIO, Dionísio Dias. *Financiamento à habitação e instabilidade econômica: Experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p.23.

<sup>97</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis: aspectos da formação, execução e extinção do contrato. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 30, n. 63, p. 83, jul./dez. 2007.

<sup>98</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial. AgRg nos EDCL no *REsp* 743.725. Terceira Turma. Recorrente: Heloísa Camargo Brandi. Recorrido: Condomínio Edifício Vermont. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 19, de novembro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500649960&dt\\_publicacao=19/11/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500649960&dt_publicacao=19/11/2010)>. Acesso em: 17 abr. 2013.

“Civil. Condomínio. Usufrutuário.  
I. - É o usufrutuário o responsável pelo pagamento das cotas de condomínio. Precedente.  
II. - Recurso especial conhecido e provido.”<sup>99</sup>

Ademais, ainda analisando a questão sob a égide do uso e gozo da coisa, bem como do fato de que responde pela obrigação aquele que der causa a ela, também o E. Superior Tribunal de Justiça já assentou jurisprudência, em caso semelhante, no sentido do que:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. MULTAS DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO COMETIDAS PELO ARRENDATÁRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA ARRENDADORA.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte possui o entendimento de que a sociedade empresária de leasing é parte ilegítima para figurar no pólo passivo ad causam de demanda que tenha por objeto a cobrança de multa decorrente de auto de infração imputada ao arrendatário em face da utilização indevida do bem arrendado. Precedentes: REsp 1.095.329/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 5/3/2009; REsp 849.632/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22/9/2008; REsp 1.066.087/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 10/9/2008.”<sup>100</sup>

Desse modo, também com fundamento na inteligência do uso e gozo do imóvel dado em garantia, uma vez que a instituição financeira nunca irá assumir essa posição, por ter somente a propriedade resolúvel do imóvel, não cabe ao credor fiduciário, por ilógica da função da taxa, responder por cotas condominiais inadimplidas.

Todos esses fundamentos são desconsiderados, como já dito, por uma singela afirmação de que a taxa de condomínio é uma obrigação *propter rem* e, portanto, é inerente ao imóvel, sendo também de responsabilidade do credor fiduciário.

<sup>99</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 242.168. Terceira Turma. Recorrente: Condomínio Edifício Lagoa Bella. Recorrido: Mário Sérgio Oliveira de Castro. Relator: Min. Antônio Pádua Ribeiro. Brasília, 19, de dezembro de 2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=199901145775&dt\\_publicacao=19/12/2003](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=199901145775&dt_publicacao=19/12/2003)>. Acesso em: 17 abr. 2013.

<sup>100</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Ag 1.303.257. Primeira Turma. Agravante: Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil. Agravado: União. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 22, de março de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000787547&dt\\_publicacao=22/03/2011](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000787547&dt_publicacao=22/03/2011)>. Acesso em: 17 abr. 2013.

Essa afirmação, todavia, também pode ser superada, tendo em vista essa presunção legal foi afastada para fins do Sistema Financeiro Imobiliário, em relação aos contratos de alienação fiduciária, quando da edição do § 8º do art. 27 da Lei nº 9.514, de 1997.

Como se sabe, o Legislador detém autonomia na conformação do ordenamento jurídico, estando restrito apenas à Constituição. Corolário disso é que, ao aplicador do direito, não é dado esquivar-se de negar vigência à disposição legal, salvo se for inconstitucional. Nesse sentido, já advertia Carlos Maximiliano que “[...] as audácias do hermeneuta não podem ir a ponto de substituir, de fato, a norma por outra.”<sup>101</sup>

Assim, por expressa determinação legal, há de ser afastada a responsabilidade do credor-fiduciário pelo pagamento das dívidas condominiais.

Além de ser essa a determinação legal, por fim, há de reconhecer-se que o dispositivo legal, conforme amplamente esposado, contempla o melhor entendimento sobre a matéria, estando alicerçado em sólidos fundamentos técnicos e principiológicos.

---

<sup>101</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 91.

## CONCLUSÃO

O instituto da alienação fiduciária é um excelente instrumento para a sociedade, tendo em vista que traz para os negócios jurídicos que envolvem patrimônio imobiliário, uma segurança salutar, infundindo interesses não só na entidade credora, mas também para o devedor.

Esse importante e reformulador mecanismo para a estrutura de garantias do setor imobiliário foi inserido no direito brasileiro quando da edição da Lei 9.514, de 1997, com o objetivo de atender diversas áreas que careciam de uma segmentação mais pertinente, concedendo a uma orientação que mais atenda as regras de mercado e que vise uma atuação econômica/social.<sup>102</sup>

Adiante a essa legislação, ainda visando uma evolução no Sistema Imobiliário nacional, o legislador ordinário editou a Lei 10.931, de 2004, que alterou alguns dispositivos da Lei 9.514/1997, e, dentre outros, teve o objetivo de aumentar a segurança na concessão de crédito imobiliário, de modo a tornar mais barato o preço do crédito disponibilizado pela instituição financeira.

Uma das inovações da aludida lei, como já se sabe, se refere a não responsabilização solidária do agente fiduciário nas cotas condominiais (adquiridas antes da imissão da posse ao bem pelo banco) inadimplidas pelo devedor fiduciante.

Ocorre que esse nova determinação foi rechaçada pelos tribunais brasileiros, sob o fundamento de que, tendo em vista ser a instituição financeira detentora da propriedade do imóvel e as taxas condominiais serem uma obrigação *propter rem* (intrínseca ao bem), não pode o proprietário (ainda que resolúvel) delas se desonerar.

Para entender o porquê do § 8º do art. 27 da Lei nº 9.514, de 1997, e, desse modo, afastar a argumentação que vem sendo utilizada pelos julgadores brasileiros, é necessário entender o apanhado sistêmico jurídico/econômico da norma que visa, precipuamente, o desenvolvimento do Sistema Financeiro Imobiliário do país.

---

<sup>102</sup> WALD, Arnaldo. Alguns aspectos jurídicos do regime jurídico do sistema financeiro imobiliário (Lei 9.514/1997). *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 2, n. 4, p. 15, abr. 1999.

A primeira conclusão que se deve ter é que a exceção criada no aludido complexo normativo se refere a uma política pública econômica que tem a finalidade, em específico, de fomentar o desenvolvimento do programa habitacional do nosso país.

Por ser uma medida pública engendrada pelo estado no seu papel de interventor, por óbvio que deve estar em consonância com o que aduz o complexo da ordem econômica editada na Constituição Federal de 1988, o que, sem dúvida, está. Vejam que o legislador ao diminuir o risco da atividade creditícia e, por conseguinte, reduzir o preço crédito, facilita o acesso ao financiamento, corroborando para acesso a moradia própria.

Esse aumento no acesso ao financiamento da moradia atende inteiramente ao que dispõe o art. 170 da Constituição Federal, especificamente, quanto ao ponto de que a ordem econômica deve garantir a “existência digna” para todos.

Quanto a essa primeira conclusão, são pertinentes as lições despendidas na Exposição de Motivos da Lei 10.931/2004, *in verbis*:

“A importância do bom funcionamento do mercado de crédito brasileiro para o desenvolvimento da economia nacional é um fato incontestável. A adequada disponibilização de recursos creditórios, de maneira eficiente e a um baixo custo, é essencial não só para viabilizar a produção, com implicações diretas sobre a geração de emprego e renda, mas também para o fomento à poupança e ao investimento, ou mesmo para a solução de problemas de natureza social relacionados à habitação, saneamento básico, dentre outros.”<sup>103</sup>

Em sendo assim, tendo por base a separação dos poderes adota pela Carta da República, não se pode esquecer que o poder judiciário, para invalidar uma política pública econômica governamental, deve o julgador demonstrar a existência de confronto entre o ato invalidado e os objetivos constitucionais fixados pelo constituinte ou, até mesmo, indicar a presença de antagonismo com as regras de regulação do instituto.<sup>104</sup>

Outro ponto que deve ser analisado se refere ao fato de que, se avaliássemos somente a importância da instituição financeira para o desenvolvimento econômico do país, já seria simples concluir pela necessidade da diminuição do risco da mecanização bancária.

---

<sup>103</sup> BRASIL. *Lei Nº 10.931, de 2 de agosto de 2004*. Exposição de motivos. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm)>. Acesso em: 1 abr. 2013.

<sup>104</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade Políticas Públicas. *Revista de informações legislativas*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 46, jun. 1998.

Tanto a atividade creditícia, quanto as demais realizadas pelos bancos são de alta complexidade e, tendo em si um alto risco no seu desenvolvimento, sendo necessário, para saúde da própria instituição, a sua correta mensuração, conforme explica Bruno Miragem:

“Daí a razão para que, no exame da regulação do setor bancário, se deva interpretar, com exatidão, o sentido e alcance da noção de risco bancário, os deveres da instituição financeira e o comportamento dos seus clientes/consumidores, de modo a preservar, como valor original do sistema financeiro e sua utilidade original, a fidedúcia/confiança no comportamento das instituições bancárias em relação ao cumprimento das obrigações assumidas à conduta de colaboração com sua clientela.”<sup>105</sup>

Dessa forma, se torna simples observar que toda política que visa facilitar, regular ou fomentar essa complexa atividade, desde que não infrinja nenhuma normatização legal ou princípio constitucional, deve ser ratificada pelos julgadores, pois intimamente ligada, como já dito, ao desenvolvimento sistema econômico e social do país, nos termos dos ditames fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Além disso, temos que a exceção do § 8º, do art. 27, da Lei nº 9.514, de 1997, também está de acordo com o regramento atinente ao instituto, ao passo que o responsável pelas cotas condominiais do bem imóvel é a aquele que detém o uso e o gozo da coisa, ou seja, a parte que usufrui das benesses oferecidas pelo condomínio.<sup>106</sup>

Sendo assim, uma vez que a instituição financeira possui tão somente a propriedade resolúvel do bem dado em garantia e, nesse passo, em nenhuma hipótese poderá usar ou gozar da coisa e usufruir dos serviços condominiais, não há lógica jurídica em fiduciário responder solidariamente por tais dívidas.

Por fim, ainda há de se considerar que, se o legislador excetuou alguma responsabilidade a uma entidade, o fez porque detém autonomia na conformação do ordenamento jurídico (desde que não esteja contrário as normas constitucionais), de modo que

---

<sup>105</sup> MIRAGEM, Bruno. Mercado, fidedúcia e banca uma introdução ao exame do risco bancário e da regulação prudencial do sistema financeiro na perspectiva do crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 20, n. 77, p. 188, mar. 2011.

<sup>106</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial. AgRg nos EDCL no *REsp* 743.725. Terceira Turma. Recorrente: Heloísa Camargo Brandi. Recorrido: Condomínio Edifício Vermont. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 19, de novembro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500649960&dt\\_publicacao=19/11/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500649960&dt_publicacao=19/11/2010)>. Acesso em: 17 abr. 2013.

o aplicador direito não é dado a prerrogativa de afastar certa diretriz normativa, salvo se tratar-se de dispositivo inconstitucional.

Por todos os ângulos que se analisa, a única conclusão que se chega é pela total viabilidade e pertinência do § 8º, do art. 27, da Lei nº 9.514, de 1997, já que, além de sua função beneficiar a diretamente a população no que se refere ao desenvolvimento da política habitacional, está de acordo com os ditames constitucionais e infraconstitucionais pelo legislador constituinte e originário, conforme se demonstrou.



## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

AGUILAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVIM, José Manoel de Arruda. Alienação Fiduciária de bem imóvel o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjectura econômica. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 147-176, abr. 2000.

ARAGÃO, José Maria. *Sistema Financeiro da Habitação: Uma análise sócio-jurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

BARRETO, Oscar. O Crédito no Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 51, n. 315, p. 431-439, jan. 1962.

BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação Estatal no controle de preços. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 795, p. 55-76, jan. 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL. *Constituição da República do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 24 out. 2012.

BRASIL. *Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2013.

BRASIL. *Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997*. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm)>. Acesso em: 3 junho 2012.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2012. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2012.

BRASIL. *Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004*. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei no 911, de 1o de outubro de 1969, as Leis no 4.591, de 16 de dezembro de 1964, no 4.728, de 14 de julho de 1965, e no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2012.

BRASIL. *Lei Nº 10.931, de 2 de agosto de 2004*. Exposição de motivos. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. *AG 1.081.873*. Terceira Turma. Agravante: Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. Agravado: Condomínio Edifício das Petúncias. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, 24, de março de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=200801642591&dt\\_publicacao=24/3/2009](https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=200801642591&dt_publicacao=24/3/2009)>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. *Ag 1.303.257*. Primeira Turma. Agravante: Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil. Agravado: União. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 22, de março de 2011. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000787547&dt\\_publicacao=22/03/2011](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000787547&dt_publicacao=22/03/2011)>. Acesso em: 17 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. *AgRg no AI 792.138*. Terceira Turma. Agravante: Brascan Imobiliária Incorporações S/A. Agravado: Condomínio Mar de Itauna. Relator: Min. Paulo Furtado. Brasília, 26, de junho de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601625533&dt\\_publicacao=26/06/2009](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601625533&dt_publicacao=26/06/2009)>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial. *AgRg nos EDCL no REsp 743.725*. Terceira Turma. Recorrente: Heloísa Camargo Brandi. Recorrido: Condomínio Edifício Vermont. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 19, de novembro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500649960&dt\\_publicacao=19/11/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500649960&dt_publicacao=19/11/2010)>. Acesso em: 17 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 242.168*. Terceira Turma. Recorrente: Condomínio Edifício Lagoa Bella. Recorrido: Mário Sérgio Oliveira de Castro. Relator: Min. Antônio Pádua Ribeiro. Brasília, 19, de dezembro de 2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=199901145775&dt\\_publicacao=19/12/2003](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=199901145775&dt_publicacao=19/12/2003)>. Acesso em: 17 abr. 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 827.085*. Quarta Turma. Recorrente: Rodobens Administração e Promoções LTDA. Recorrido: Condomínio Residencial Santa Catarina. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 22, de maio de 2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600550115&dt\\_publicacao=22/05/2006](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600550115&dt_publicacao=22/05/2006)>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 2591*. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Veloso. Brasília, 29, de setembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>>. Acesso em: 6 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 45 MC/DF*. Segunda Turma. Arguente: Partido Social da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 4, de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+45.NUME.%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *AgRg no RE 632.644/DF*. Primeira Turma. Agravante: União. Agravado: Estreito Agropecuária LTDA. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 10, de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+45.NUME.%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível. *APC 9059178-77.2007.8.26.0000*. 32ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Condomínio Edifício das Petúncias. Apelado: Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. Relator: Des. Kioitsi Chicuta. São Paulo, 14, de setembro de 2007. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NMPARTE&tipoNuProcesso=UNIFICADO&dePesquisa=ALEX+DE+OLIVEIRA+MATOS+&pbEnviar=Pesquisar>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. A Separação dos Poderes na Constituição Brasileira. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, dez. 1981.

CANERIO, Dionísio Dias. *Financiamento à habitação e instabilidade econômica: Experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. Obrigações propter rem e condomínios atípicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 799, p. 64-76, maio. 2002.

CHALHUB, Melhim Namem. A Fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 113-139, ago. 1998.

CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis: aspectos da formação, execução e extinção do contrato. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 30, n. 63, p. 83-111, dez. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de Políticas Públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, jun. 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. O Indispensável Direito Econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 923, p. 37-52, set. 2012.

COSTA, Valestan Milhomem. *A Alienação Fiduciária no financiamento imobiliário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 24, n. 51, p. 235-252, jul. 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Código Anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

FARIAS, Rogério Gomes. *Mercado Financeiro: instrumentos e operações*. São Paulo: Prentice Hall, 2003.

FERREIRA, Gabriel Jorge. O aprimoramento e o fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 5, n. 15, p. 38-52, Jan. 2002.

GOMES, Orlando. Perfil dogmático da Alienação Fiduciária. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, vol. 79, p. 68-72, set. 1970.

GRAU, Eros Roberto. *Ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 11-32, dez. 2008.

LIMA, Iran Siqueira. Regulamentação da atividade bancária e divulgação de informações. Análise comparativa das regras aplicáveis no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 126-149, out. 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação Fiduciária da Lei n. 9.514, de 20-11-1997*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRAGEM, Bruno. Mercado, fidúcia e banca uma introdução ao exame do risco bancário e da regulação prudencial do sistema financeiro na perspectiva do crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 20, n. 77, p. 185-238, mar. 2011.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Eduardo de Assis Brasil. Algumas considerações sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 21, n. 45, p. 95-103, set. 1998.

SADDI, Jairo. A competência para avaliação da concentração no Sistema Financeiro Nacional. *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 5, n. 21, p. 283-289, out. 1997.

SALOMÃO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiro, 1999.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A atuação do Estado constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômica do Direito. *Revista Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 912, p. 171-209, out. 2011.

SOUZA, José Reynaldo Peixoto. Anotações sobre contratos bancários. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 8, n. 27, p. 293-305, jan. 2005.

THEODORO, Humberto. A cédula de crédito bancário. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, São Paulo, v. 20, n. 26, p. 5-44, nov. 2003.

WALD, Arnoldo. O Direito a serviço da econômica: o novo Direito bancário. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 8, n. 27, p. 20-25, jan. 2005.