

REPERCUSSÕES DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL NA LOCAÇÃO

NELSON KOJRANSKI
Ex-Presidente do Instituto
dos Advogados de São Paulo

1.- LEASING IMOBILIÁRIO:

A Lei nº 9.514, de 20.11.97, que dispõe sobre o “Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel” vem repercutindo nas relações locativas como já prometia sua edição. É que a Lei faz expressas referências à locação, até para confirmar que “Às operações de arrendamento mercantil de imóveis não se aplica a legislação pertinente à locação de imóveis residenciais, não residenciais e comerciais.” (art. 37)

A disposição surpreende, na medida em que a mesma não afirma que às operações de arrendamento mercantil não se aplica a lei nº 9.514/97, já que está inserida em seu contexto, e sim que lhe é inaplicável a legislação pertinente à locação de imóveis, ou seja, a Lei nº 8.245, de 18.10.91.

Ora, em sendo regra de hermenêutica a presunção de que a lei não contém palavras supérfluas, há de se concluir, pelo processo lógico de interpretação, que o legislador pretendeu confirmar, ou mesmo ampliar a exclusão já prevista na letra “b” do parágrafo único art. 1º, da Lei do Inquilinato, quando preceitua que: *“Continuam reguladas pelo Código Civil e pelas leis especiais” “o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades”*. No caso, portanto, quer se referir ao denominado *leasing imobiliário*.

Neste passo, subsistiria a legislação do Código Civil (arts. 1.118 a 1215) e a Lei nº 6.099, de 12.9.74, que tratam da matéria tributária das operações *leasing*, realizada entre pessoas jurídicas, *“que tenham por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária, e que atendam às especificações desta”* (cf. art. 1º). Salvo melhor juízo, não deixa de ser esquisita a inserção, sendo justificada a suspeita de que o legislador pretendeu dizer que ao “arrendamento mercantil” não se aplica esta nova lei de alienação fiduciária, já que tem contornos bem diferenciados.

Contudo, uma vez que o art. 37 faz parte do contexto do novo Diploma Legal, que institui o “Sistema de Financiamento Imobiliário”, há de se admitir que não se pretendeu alterar a regência legal do *leasing imobiliário*, ficando à disposição das novas operações de crédito o último figurino de financiamento

imobiliário. Até porque é inteiramente diferenciado do arrendamento imobiliário. Neste último, a relação principal é de arrendamento (com eventual alienação futura), enquanto, na nova modalidade legal, o objeto fundamental e imediato do contrato é a alienação, acoplada da garantia da fiducia *cum creditore*. Há mais: o modelo tradicional do *leasing imobiliário* não se reveste da agilidade do novo modelo contratual, para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação de pagamento. Agora, a nova modalidade contratual não mais depende do decreto judicial, pelo que a execução flui com a velocidade sonhada pelo credor fiduciário.

Enfim, com a exclusão do *leasing*, que, em verdade, já estava expressamente excluído pela Lei n° 8.245/91, sobra a repercussão na área da locação de todos os imóveis urbanos ou rurais, prédio e terrenos, como proclama o art. 1°: “*tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral*”.

2.- ANTICRESE:

A Lei n° 9.514/97, em seu art. 17, §3°, faz ressurgir das cinzas o velho instituto da anticrese, ao prever que: “*As operações do SFI (Sistema de Financiamento Imobiliário) que envolvam locação poderão ser garantidas suplementarmente por anticrese.*” Vale lembrar que, por força da anticrese, o devedor entrega ao credor a posse direta de um imóvel, concedendo-lhe o direito de auferir os seus

rendimentos, em paga de seu débito, ou de seus juros, ou de ambos, capital e juros (art. 805 CC). E como se trata de direito real (cf. art. 674, VIII, e 755, CC) é contemplado pelo registro imobiliário (Lei n - 6.015/73, art. 167, inciso 11).

Vale a pena ainda recordar que ao credor anticrético é concedido o direito de retenção, enquanto a dívida não for paga (cf. art. 760 CC), cujos requisitos contratuais são elencados no artigo seguinte (art. 761). De outra parte, tendo em linha de conta que se cuida de direito real de garantia, o contrato de anticrese há de ser lavrado por escritura pública, na esteira do preceituado pelo art. 134, II, CC. Contudo, se a anticrese se constituir num pacto complementar ao contrato principal, poderá ser pactuado por instrumento particular, a teor do que faculta o art. 38, da Lei n° 9514/97, objeto destes devaneios, quando for celebrado com pessoa física “beneficiária final da operação”.

Contrastando este rápido perfil da anticrese com o disposto no §3° do art. 17 da Lei n° 9.514/97, é de se admitir duas situações em relação à locação: (a) ou o imóvel já se encontra locado (b) ou o devedor fiduciante (proprietário do imóvel) desde logo entrega a posse direta ao credor fiduciário, que passa a exercer sua administração, para o fim de ele próprio e diretamente pactuar nova locação e receber seus aluguéis. No caso (a) a outorga da anticrese não depende de consentimento do inquilino, que apenas será informado da alteração verificada quanto ao seu novo locador. No

caso (b) o credor fiduciário é quem passa a comandar a operação locatícia, como se fosse o dono absoluto do imóvel.

Quer numa, quer noutra hipótese, o credor fiduciário passa a ter dupla garantia: não apenas da propriedade do imóvel, pela fidúcia, mas também de sua posse direta, pela garantia complementar da anticrese. Vale dizer que o credor passa a deter, ao mesmo tempo, as figuras de **credor fiduciário** e de **credor anticrético**. Verifica-se, portanto, não somente inegável cessão de crédito dos aluguéis, mas também, por força de subrogação, a substituição da figura do locador, embora continue subsistindo na pessoa do **devedor fiduciante** a titularidade da propriedade do imóvel locado.

A partir daí o credor anticrético fica legitimado para figurar no polo passivo de todas as ações que o locatário poderia endereçar ao primitivo locador, em defesa de seus direitos: a observância do prazo contratual, a preservação do imóvel e do uso pacífico do imóvel locado, as ações de consignação, as revisionais de aluguel, as renovatórias, etc. (cf. arts. 22 e 23 da Lei nº 8.245/91). E, obviamente, a recíproca também é verdadeira, uma vez que, enquanto perdurar a anticrese, o credor anticrético é o legítimo locador do imóvel fiduciariamente alienado.

3.- ALIENAÇÃO A TERCEIRO ADQUIRENTE:

Prevê o art. 8º da Lei nº 8.245/91, copiando o art. 1197 do CC, que o **novo adquirente** não ficará obrigado a respeitar o contrato de locação, se o contrato for por tempo determinado e contiver **cláusula de vigência** no caso de alienação, devidamente **registrado** (e não averbado como diz o texto da lei) no Registro Imobiliário.

Ora, se se concretiza a hipótese prevista no art. 26 da Lei nº 9.514/97, ou seja, a **consolidação da propriedade do imóvel** em nome do fiduciário, após ser caracterizada a mora do devedor fiduciante (no caso o locador), verifica-se automática substituição do locador. E, se foi observada a cautela de ser pactuada a **cláusula de vigência** e de seu conseqüente **registro imobiliário**, o credor fiduciário terá de respeitar o contrato como se tivesse ele próprio celebrado.

Mas, se a cláusula de vigência deixou de ser pactuada e o direito de preferência não foi exercido, a ruptura da locação não encontrará resistência, ainda que esteja em curso prazo determinado (cf. art. 8º, da Lei nº 8.245/91). Nesse ponto, tudo leva a crer que se verificará incontornável colisão de normas legais: é que o art. 30 (da Lei nº 9.514/97) preconiza que, uma vez consolidada a propriedade fiduciária em favor do credor fiduciário poderá ele, seus cessionários e sucessores, a se valer da “**reintegração na posse do**

imóvel que será concedida **liminarmente**, para desocupação em sessenta dias...”

Esta disposição será eficaz, se não houver locação, como quando o próprio devedor fiduciante ocupar o imóvel. Mas se locação existir, há de prevalecer o art. 5º da Lei nº 8.245/91, que dispõe: “Seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de **despejo**.” Isto porque a Lei do Inquilinato, além de especial, é norma de ordem pública, o que não ocorre com a nova Lei nº 9.514/97, ao instituir o Sistema de Financiamento Imobiliário.

Demais disso, não pode passar sem reparo a imprecisão técnica do novo texto legal, ao atribuir ao credor fiduciário legitimidade para se valer da “ação de reintegração de posse”, quando o mesmo jamais exerceu, anteriormente, a posse do imóvel. Em suma, a ação própria contra o fiduciante-devedor haverá de ser a de “imissão de posse” e contra o inquilino, sempre e sempre, a “ação de despejo”.

4.- DIREITO DE PREFERÊNCIA:

De pronto, cabe ressaltar que o art. 27 da Lei do Inquilinato prevê o direito de preferência, que é irrenunciável (art. 45). Trata-se de direito do inquilino imposto por lei e não por convenção contratual. O inquilino é legalmente favorecido pelo direito de preferência, em igualdade de condições, nos casos de

“venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou **dação em pagamento...**”, “devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial ou extrajudicial...” (art. 27)

Restringe, contudo, o art. 32 da Lei nº 8.245/91 o direito de preferência, vedando sua incidência nos “casos de **perda da propriedade** ou **venda por decisão judicial**, permuta, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação.” Vale a pena distinguir que, a despeito da forma sincopada do texto, trata-se de duas hipóteses distintas, ambas decorrentes de “decisão judicial”: perda da propriedade por decisão judicial e venda por decisão judicial, e não mera perda de propriedade, como poderia ocorrer na aposta ou no jogo. Sempre se faz indispensável a “decisão judicial”.

Ora, até agora, exemplos clássicos de “perda” têm sido o usucapião e a desapropriação, enquanto “venda judicial” são os casos de arrematação, remição, de leilão de imóvel condominial, etc., dos quais o inquilino pode participar, porém sem a proteção do direito de preferência.

Agora, com o surgimento da Lei nº 9.514/97, tem-se a figura da “consolidação da propriedade” (art. 27), que afeta, é claro, o direito de preferência do locatário. A primeira dúvida que desafia sua aplicação reside na viabilidade de enquadramento da

“consolidação da propriedade” na classe da “perda de propriedade”, excludente do direito de preferência.

A meu ver, o fato de a “consolidação da propriedade” não depender de “decisão judicial”, deixa de apresentar requisito essencial para seu enquadramento. Demais disso, a “consolidação da propriedade” mais se aproxima da figura, embora compulsória, da “ação em pagamento”, expressamente prevista no art. 27 da Lei do Inquilinato.

Neste passo, é de se considerar, ainda, a faculdade prevista no art. 31 da Lei nº 9.514/97, ao dispor que: “O fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará subrogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária. Ora, o locatário, sem dúvida, é “terceiro interessado”. Mais que isso: é titular do direito legal de preferência do imóvel locado, pelo que, conjugando ambos os dispositivos, deverá ser, necessariamente, notificado pelo fiduciário-credor, para que pague, querendo, a dívida de seu locador.

Mesmo porque, devendo promover, em seguida, no prazo de 30 dias, público-leilão para alienação do imóvel (art. 27), mostra-se ainda duvidoso se o inquilino, então, teria condições de exercer o “direito de preferência” disputando com o público em sede de leilão. E aí surge a segunda dúvida: somente nesta oportunidade é que deveria ser oferecido ao inquilino o exercício do direito de preferência, para preferir o maior lance?

Há ainda uma terceira dúvida, emergente do disposto no art. 31 da Lei nº 9.514/97: desde que “O fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária”, parece lógico concluir que deixará de se verificar o público leilão, exigido do fiduciário pelo art. 27. Nesta hipótese, reforçada fica a exegese de que o direito de preferência deve ser observado **antes** de consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário. Até porque, com a consolidação da propriedade, a transmissão do imóvel já se operou e, com ela, a ruptura da locação já se verificou.

5.- BENFEITORIAS NECESSÁRIAS E ÚTEIS:

Determina o **art. 35 da Lei do Inquilinato** que são indenizáveis as benfeitorias necessárias (sempre) e as úteis (quando autorizadas pelo locador), sob pena do exercício do **“direito de retenção”**. Mas a Lei nº 9.514/97, em seu **§4º do artigo 27**, ao tratar do leilão do imóvel, informa que “o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela **compreendido o valor da indenização de benfeitorias...**” Inexistindo locação, dúvida não resta que o dispositivo se apresenta eficaz, já que as “benfeitorias”, certamente, pertencem ao devedor-fiduciante. Todavia, no caso de locação, se as mesmas foram necessárias ou úteis, introduzidas pelo inquilino, o conflito é evidente.

5.3.- Diz mais o final desse 4º: “... não se aplicando o disposto na parte final do **art. 516 do Código Civil**”, ou seja, desprezando a condição de “possuidor de boa-fé” do fiduciante devedor. Mas quando o possuidor de boa-fé é o inquilino, o prejuízo não lhe diz respeito, pela simples e boa razão de que o locatário não responde por culpa do seu locador. Em consequência, cabe-lhe o exercício do **direito de retenção**, até quando for indenizado pelas benfeitorias que, de boa-fé, introduziu.

6.- CONCLUSÃO:

A Lei nº 9.514, de 20.11.97, apresenta contornos que esbarram com a Lei de Locações, capaz de fomentar os congestionados Tribunais do país, com novas e interessantes questões, até que outra elaboração legislativa venha a ser editada, para atender às exigências de uma criativa sociedade, como a nossa.