

## **Função social da alienação fiduciária para efetividade de políticas públicas no contexto do programa *Minha Casa Minha Vida - MCMV***

### **Social role of financing liens for public policies effectiveness in the context of *My Home My Life - MHML* program**

**Leandro Belloc Nunes<sup>1</sup>**

#### **Resumo**

O presente estudo aborda os aspectos instrumentais da alienação fiduciária como garantia real em contratos de financiamentos subsidiados do programa habitacional *Minha Casa Minha Vida (MCMV)*. Primordialmente, enfoca-se a origem e os usos do instituto da alienação fiduciária ao longo do tempo, identificando-se a relevância de seu instrumentalismo e consequências situacionais de seu uso contemporâneo para, conclusivamente, situá-la no campo da função social dos institutos de direito privado, mediante ferramenta acessória na implementação de políticas sociais de moradia direcionadas para o setor habitacional, auxiliando na operacionalização da subvenção creditícia. Trata da análise dessa garantia, como mola mestra no desenvolvimento de políticas sociais, por meio de sua operacionalização pelo *Fundo de Arrendamento Residencial (FAR)*, através de financiamentos habitacionais do *MCMV*, em âmbito do Governo Federal.

*Palavras-chave: Função social, alienação fiduciária, política pública, Minha Casa Minha Vida, direitos fundamentais.*

#### **Abstract**

This study addresses the instrumental aspects of liens as collateral guarantee for subsidized financing contracts housing program *My Home My Life (MHML)*. Primarily focuses on the origin and uses of the chattel institute over time, identifying the relevance of its uses and situational consequences of its contemporary use to conclusively place it in the field of social function of the institutes private law by accessory tool in the implementation of social policies directed housing for the housing sector, assisting in the operation of credit grant. Deals with the analysis of this guarantee, as mainspring in the development of social policies, through its operationalization by the *Residential Lease Fund (RLF)*, through housing the *MHML* financing in the framework of the Federal Government.

*Keywords: Social role, financial liens, public policy, My Home My Life, fundamental rights.*

---

<sup>1</sup>Mestrando em Direito na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Especialista em Desenvolvimento Regional Sustentável pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT).

## Introdução

A constitucionalização do direito à moradia digna<sup>2</sup> e as ações para sua efetivação são componentes das recentes iniciativas no campo de políticas públicas setoriais de habitação no Brasil. O Programa *Minha Casa Minha Vida (MCMV)*, instituído pela Lei 11.977/2009, faz parte desse contexto e representa mais uma tentativa de reverter o déficit habitacional observado ao longo da história. Em consonância com as garantias fundamentais, enquanto direito social constitucionalmente positivado, as ações de estímulo ao setor exercem o caráter distributivo de recursos federais, externadas no repasse de subsídios creditícios para produção e aquisição de unidades habitacionais.

Através de correlações transversais, que envolvem entes governamentais, setor privado e instituições financeiras, dá-se forma às iniciativas voltadas à promoção finalística de justiça social, num processo de concessão de crédito escalonada por critérios socioeconômicos quanto aos beneficiários dos subsídios, com fomento territorial em comunidades e parcelas da população nacional que delimitam segmentos-alvo do programa. Nesse contexto, a instrumentalização contratual que possibilita esse complexo arranjo negocial encontra-se fundada na alienação fiduciária, garantia real utilizada nas contratações em curso no PMCMV, conforme descrito no presente estudo.

O avanço das pesquisas sobre a função social no Direito das Coisas, em especial quanto às garantias reais atreladas ao contrato, é quesito importante para a constitucionalização no direito privado. Por sua vez, o instituto da alienação fiduciária em garantia sobre bens tem possibilitado a implementação de importantes conquistas sociais no campo habitacional, como ferramenta prática para a aquisição de bens imóveis, sob o presente enfoque no referido programa habitacional, na preservação de ativos na esfera patrimonial, no que tange ao lastro e continuidade das ações. O dinamismo do instituto frente a obrigações executórias no inadimplemento asseguradas por lei é fator inegável da adequação da garantia para o uso que se propõe. Mais, representa sua mola mestra.

Com efeito, o presente estudo aborda as características gerais da alienação fiduciária, desde seus aspectos originários, evolução e usos correntes, com enfoque na função social advinda de sua utilização no Programa Minha Casa, Minha Vida, enquanto garantia

---

<sup>2</sup> Art. 6o., CF/1988, com as alterações da EC 26/2000.

instrumental para o direito à moradia, direito social fundamental, materializado e possibilitado muito pelo emprego do instituto. A evolução da alienação fiduciária, com foco no aprimoramento de sua utilização, gera melhorias operacionais na utilização do instituto e, conseqüentemente, na consolidação do modelo de política social empregada no contexto do programa, que utiliza tal garantia de forma ímpar no sistema jurídico contemporâneo. Ademais, o presente estudo tem caráter interdisciplinar. Dada a circunstância que versa sobre questões de gestão pública e suas interações com institutos de direito privado na utilização do produto, notadamente de efeitos contratuais e reais, vem sobretudo instrumentalizar a promoção de benefícios sociais no campo de moradia popular.

### **1. Contextualização histórica**

Classicamente situada no campo dos estudos dos direitos reais, que estabelece o vínculo entre coisas e pessoas, a abordagem da alienação fiduciária, como instituto de garantia hoje é utilizado no direito brasileiro, sofreu influência e inspiração de vários institutos de natureza similar.

Por exemplo, dentre os povos primitivos em tempos remotos, as garantias originárias eram o próprio corpo ou a vida do devedor. Ressalte-se que tal previsão manteve-se inclusive na Lei das XII Tábuas, quando constava a responsabilização corpórea como garantia. Ou seja, tal garantia seria real e fidejussória, ainda que a terminologia nem mesmo fosse relevante à época. Finalmente, tal extremismo foi abolido em 326 a.C., através da instituição da *Lex Poetelia Papiria*, auge da época republicana de Roma, com acentuada autonomia do cidadão como indivíduo<sup>3</sup> e a previsão de execução exclusiva sobre bens (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*). A noção romana estabelecida para pessoas e coisas ainda notava-se na submissão do indivíduo *alieni iuris*, sujeito ao poder do pater familias que se sub-rogavam como coisas a este<sup>4</sup>. De outra banda, a vinculação acessória gravada no bem do credor, através de pacto de remanipação estabelecida no registro público, resumia sua operacionalização social: “Ao lado do *pignus* e da *hypotheca* inscrevia-se a fidúcia, que a

---

<sup>3</sup> MARKY, Thomas. Curso Elementar de Direito Romano. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 7.

<sup>4</sup> *Op. Cit.*, p. 47.

ambas precedeu, consistindo na alienação da coisa ao credor, como o pacto de remanipação, isto é, recompra pela restituição ao devedor com a extinção da obrigação”.<sup>5</sup>

A ocorrência do *pignus* fiduciário, ou fidúcia, é a representação dos efeitos contratuais dessa garantia, com a resolução do contrato a termo da solutio da obrigação. O que não seria inédito, dado uso no Direito Ateniense, quanto ao instituto do *enkyron* (espécie de penhor), próximo à hipoteca. Conforme entendimento de que *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore, pignoris iure, aut cum amico quo totius nostrae res apud eum essent*<sup>6</sup>, o uso da fidúcia perdurou durante o período Romano Clássico, nas perspectivas cum amico e cum creditore, elencadas a seguir. Tem-se, portanto, o fato de que a penhora baseada na *pignoris captio* resulta em confiança e/ou fidúcia a outrem, ao que corrobora a reconstrução de Venosa (2013)<sup>7</sup>:

“No Direito Romano, buscou-se no negócio fiduciário, na fidúcia, a origem da alienação fiduciária. Na antiga fidúcia *cum amico*, existia tipicamente apenas um negócio fiduciário, realmente baseado na confiança. Não havia o instituto da garantia. Os bens eram transferidos a outrem, a um amigo, para administração ou guarda, em confiança, para, ao final de certo tempo, ou sob certa condição, lhe serem devolvidos. A fidúcia *cum creditore*, já referida quando do exame da origem dos direitos reais em garantia, estabelecia-se para garantir a dívida. Conferia excessiva vantagem ao credor, pois lhe permitia conservar a propriedade de coisa de valor por vezes muito superior ao débito. Em ambos os casos, havia uma atribuição patrimonial em confiança a outrem. Esses negócios não foram contemplados na codificação de Justiniano, não tendo ingressado em nosso direito positivo”.

Porém, conforme assevera Pereira (2016, p. 424), a *fiducia cum amico* não tinha finalidade de garantia. “O contrato da confiança (*fiducia*) permitia a uma pessoa acautelar seus bens contra circunstâncias aleatórias (ausência prolongada, viagem, risco de perecer na guerra, perdas advenientes de eventos políticos)”. O que contrasta com a *fiducia cum creditore* ou *fiducia pignoris causa cum creditore*, que se baseia em negócio jurídico, com pacto de retrovenda, ou pacto *fiduciae*, com a transferência *res mancipi* ao credor na contratação e que retransferia a propriedade ao receber o pactuado:

“No contrato de fidúcia, havia em verdade dois atos: um de alienação (*mancipatio* ou *in iure cessio*) e o outro (*pactum fiduciae*). (...) Para fazer valer seu direito, a princípio não contava o fiduciante senão com uma sanção moral (*fides fiducia*); mais tarde, porém, foi provido de ação específica (*actio fiduciae contraria*) que

---

<sup>5</sup> PEREIRA, 2016, p. 323.

<sup>6</sup> *Op. Cit.*, p. 423.

<sup>7</sup> VENOSA, Direito Civil: Direitos Reais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 552

representava um desfavor para o fiduciário, por envolver acusação de uma quebra de dever moral de sua parte”.<sup>8</sup>

Ou seja, a natureza romana ainda era um tanto pignoratícia, mais próxima ao penhor do sentido *pignus*, devido à excessiva tendência a proteção ao credor, dada a guarda ou posse para si. Os fatores que levariam ao seu desuso no período Justianeu podem estar ligados à pouca função social do instituto, ante a liquidez direta quanto à venda, em detrimento dos percalços de recuperação de domínio, após a resolução contratual. Somente a partir da consideração de contratos com pactos de reserva de domínio é que o instituto voltaria à berlinda. Tanto que não consta no *Corpus Iuris Civilis* (Sec. VI) e em demais sistemas romano-cristãos, nem mesmo no Código Francês de 1804, BGB (1896) ou no Brasileiro de 1916. Modernamente, haveria de prosperar a garantia de alienação fiduciária em sistemas ligados à *Common Law*, notadamente na figura do *Trust*<sup>9</sup>. Esse instituto tem natureza bancária de desconto comercial, mediante antecipação de valores de custeio para aquisição de mercadorias, devendo ser ressarcida a dívida após a comercialização dos bens. “No *trust receipt*, o negócio baseia-se na confiança que o financiador deposita no financiado, pois este poderá alienar a mercadoria sem pagar a dívida, embora as legislações alienígenas tenham meios de evitar que isso ocorra” (VENOSA, 2013, p. 551). O jurista José Carlos Moreira Alves traz luz à hipoteca mobiliária, utilizada nos países anglo-saxões, que se assemelha à alienação fiduciária de coisas móveis:

“*Chattel mortgage* (hipoteca mobiliária): Trata-se de forma de garantia relativa às coisas móveis por meio da qual o bem é transferido para o credor por instrumento de venda, que deve ser registrado. O devedor permanece com a propriedade substancial (*equitable property*) e a posse da coisa e, ao pagar o débito, recupera a propriedade plena; caso contrário, o credor tornar-se-á proprietário”.<sup>10</sup>

No Brasil, o instituto foi introduzido pela Lei do Mercado de Capitais (Lei 4728/65), com sua previsão para a venda de bens móveis duráveis, como garantia para o comerciante através de venda a crédito com reserva de domínio. Sua previsão inicial aplicava-se às relações entre instituições financeiras e pessoas físicas. Posteriormente, o Decreto-Lei 911/69 trouxe alterações no art. 66 da Lei referida, disciplinando a matéria, que ainda vieram a sofrer as alterações da Lei 10.931/2004. Atendendo a circunstâncias socioeconômicas conjunturais,

---

<sup>8</sup> *Op. Cit*, p. 424.

<sup>9</sup> *Op. Cit*, p. 424.

<sup>10</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Da alienação fiduciária em garantia, 1973, p. 37.

procurava reinstalar em nosso sistema o Negócio Fiduciário: O Projeto de Código de Obrigações voltou as suas vistas para a fidúcia cum amico, ao passo que a lei de Mercado de Capitais cogita da *fiducia cum creditore*<sup>11</sup>. Como já mencionado, seu uso no país é singular em relação ao Direito comparado, pois “inseriu em nosso ordenamento mais um direito real em garantia, que se agrega ao rol já existente, com características próprias” (VENOSA, 2013, p. 550). Já o advento da alienação fiduciária para bens imóveis somente viria a ser adotado pela lei 9.514/97, que trouxe inovação para o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), bem como aspectos processuais, podendo ser contratantes pessoas físicas ou jurídicas de imóveis prontos ou em construção (não sendo privativa das entidades que operam no SFI). Por sua vez, a propriedade fiduciária teve previsão legal codificada no diploma civilista de 2002, a partir do artigo 1.361.

## **2. O instituto da alienação fiduciária e seu instrumentalismo no *PMCMV***

Tais avanços demonstrados pela evolução do instituto revelam a constante necessidade de instrumentalização para os negócios, a partir de características específicas da garantia. No campo de políticas públicas de moradia popular, têm-se as iniciativas lançadas pela Lei 11.481/07, que prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União, também dispondo sobre direitos reais de fruição de superfície, de forma finalística. Finalmente, a Lei 11.977/2009, referente à instituição do Programa *Minha Casa, Minha Vida*, utiliza a alienação fiduciária convencional paralelamente à instrumentalização heterodoxa junto ao Programa de Arrendamento Residencial (Lei 10.118/01).

Quanto à essência, igualmente têm-se relações contratuais distintas com relações obrigacionais e reais, compra e venda, financiamento e alienação fiduciária. Ainda, cabe enumerar as características principais do contrato de alienação fiduciária: bilateral, oneroso, comutativo, acessório e formal. Neste ponto, ressaltam-se tais aspectos principalmente devido à necessidade de previsão legal do instituto, reconhecido através da materialização da vontade do legislador pátrio, que dá abrigo legal aos anseios econômicos e sociais de circulação para bens móveis e imóveis. A forma escrita na essência do instituto, bem como sua fé pública, são itens fundamentais, consoante inspirações liberais e contratualistas do instituto. Assim,

---

<sup>11</sup> PEREIRA, 2016, p. 425.

elencados restam os elementos da propriedade fiduciária, conforme Código Civil/2002, em seu artigo 1.362. Comparativamente, o art. 24 da Lei 9.514/97, que trata da alienação fiduciária para bens imóveis avança e detalha requisitos adicionais, referente a contratos imobiliários. Quanto às partes constituídas do negócio fiduciário, tem-se formada a relação contratual entre o credor fiduciário e o devedor fiduciante. Esse último possui *status* de depositário da coisa, sendo-lhe sujeitos encargos civis e penais dele decorrentes. Note-se que o inadimplemento da obrigação pode motivar execução dos bens que consistem na garantia real, ou seja, tem-se um direito especial de preferência, mesmo em concurso de credores. Com o registro em cartório (ou órgãos análogos, como Detran para veículos e Anac para aeronaves) e, após o conseqüente protesto, dá-se a caracterização de mora ou mora *ex re*, na forma do art. 397 do Código Civil c/c art. 2o. do Dec. 911/69, constituindo direito de seqüela contra quem detenha a coisa. Conforme lembra Bueno (2011):

“Diz a lei que o protesto prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação. Sem maior discussão, é assente o pensamento de que o protesto tem natureza probatória, ou seja, é ato destinado a provar que o sujeito passivo deixou de realizar a prestação a que se obrigou em escrito constante de título ou outro documento de dívida. Evidencia-se sua função testificante”.<sup>12</sup>

Ainda, quanto à característica formal que dá à garantia eficácia *erga omnes* através dos registros, visto que o direito real de garantia surge com o registro, sendo caracterizada mora ou inadimplemento através do protesto ou notificação, conforme Dec. 911/69, autorizando-se medidas para recuperação da posse da coisa (leilão ou hasta). Nesse ponto, ressalte-se a vedação da cláusula comissória (art. 1.428 CC), devido à apuração do saldo apurado, restando aberta a possibilidade de sub-rogação de terceiros interessados para pagamento da dívida. Tal articulação legal visa garantir ao vendedor do mútuo o retorno de seu crédito, pois a compra e venda resta acabada, ou seja, a garantia já constituída em mora honrar-se-á pela execução válida e satisfação do crédito. Ainda, conforme art. 27 da Lei 9514/97, há previsão do processo de consolidação de propriedade e alienação posterior, quanto a imóveis.

A cadeia securitária, nesse contexto, representa os elos da corrente dos negócios jurídicos, que se inicia com a “captação dos recursos, prossegue com a concessão de financiamento ao devedor fiduciante, passa pela securitização desses créditos e pela negociação dos certificados de recebíveis imobiliários (CRI), lastreados em tais

---

<sup>12</sup> BUENO, Sérgio Luiz José. O protesto de títulos e outros documentos de dívida. Porto Alegre: Fabris Editor, 2011, p. 22.

créditos” (Contrato PMCMV - PF, BANCO DO BRASIL, 2015). O que significa que o Banco pode e deve securitizar créditos imobiliários, conforme disposto na Lei 9514/97, o que reforça a garantia em tela. Corroborar Fortuna (2014, p. 407):

“A securitização de recebíveis consiste na emissão de títulos, principalmente debêntures com lastro em contas a receber, de maneira a segregar o risco de crédito do emissor de títulos, tendo como fonte de repagamento da emissão o fluxo de caixa das contas a receber. Nesta forma de estruturação, o risco de crédito está na qualidade dos recebíveis do emitente, que normalmente são créditos pulverizados”.

Na modalidade de garantia de alienação fiduciária abordada na presente análise, seu emprego confere ao negócio jurídico a confiança necessária para o cumprimento do papel de universalização da moradia digna, em consonância com direitos fundamentais. Portanto, inegável o alcance do instituto e seu uso no negócio fiduciário, dado o fato da manutenção da integridade do objeto da garantia, *in casu* os imóveis financiados. Ao mesmo tempo, *cum amico e fiduciae*, unindo confiança e crédito, direcionado a um público que demanda ações positivas do Estado, permanecendo garantida de forma real a executoriedade do crédito, mediante rito convencional ou pelo FAR (Fundo de Arrendamento Residencial)<sup>13</sup>. Tal securitização, por meio do PAR (Programa de Arrendamento Residencial) - para faixas básicas de contratação no PMCMV - obedece lógica semelhante aos contratos firmados por meio do sistema de financiamento de mercado, visto quanto à emissão de CRIs. Todavia, com os recebíveis destinados à amortização dos saldos devedores de empréstimos tomados perante o FGTS. Ou seja, o próprio FAR funciona como securitizador, com geração de recursos mediante a integralização de cotas ocorre pela União ou pela CEF. Conforme Chiaretti (2014):

“O regime do PAR é o de um microsistema jurídico, regido pela Lei nº 10.188/01 e as normatizações do Ministério das Cidades na qualidade de gestor do programa. Deste modo, assim como o FIES se submete exclusivamente ao regimento da Lei nº 10.260/01, o PAR deve se sujeitar à Lei nº 10.188/01. Deste modo, considerando que o PAR é um microsistema jurídico e que sua aplicação deve estar em estrita consonância com a Lei nº 10.188/01, a CEF não tem qualquer poder para criar ônus ou inovar na sistemática do contrato, cabendo à instituição a mera gestão

---

<sup>13</sup> O Fundo de Arrendamento Residencial já existia desde 2001, no advento da Lei 10.118/01, no contexto do Programa de Arrendamento Residencial voltado à população de baixa renda e mantido com recursos do Tesouro, sendo mais intensamente utilizado após sua vinculação à lei do *PMCMV*. Consistia num mecanismo similar ao proposto pelo atual programa, dado fato de que a garantia fiduciária também era prevista, sendo visto em parcerias municipais mormente.

operacional do programa conforme as atribuições elencadas no art. 4º da norma em questão”.<sup>14</sup>

Um dos pontos sensíveis na referida operação é a qualidade dos recebíveis, dada a situação socioeconômica de riscos dos beneficiários, por isso o caráter subvencionado dos créditos. Todavia, a facilitada recuperação dos imóveis garantidos por alienação fiduciária é um dos fatores que possibilitam baixa de juros, pois os imóveis já contam com financiamento à produção, junto às incorporadoras (financiamento ao produtor/fornecedor), também a taxas atrativas como incentivo ao setor. Regionalmente, cabe o arranjo social de modo sustentável para retroalimentação comunitária dos benefícios sociais, com intuito de prevenir-se a inadimplência e ser mantida a geração de renda. Portanto, inerente aos projetos habitacionais, cabe o fomento às áreas atingidas pelas políticas públicas, com atividades de entorno voltadas a atividades econômicas locais, pequenos comércios, centros de formação profissional e demais serviços comunitários. A regularização e reurbanização, num todo, são resultados esperados, com desenvolvimento humano e inclusão social quanto a fatores de igualdade, através da disseminação da bancarização como apoio à moradia popular, no resgate da dignidade.

### **3. Efetividade de direitos fundamentais baseados na execução da política pública**

A função social advinda da política pública governamental se dá sob a inspiração do direito à moradia, consoante ao art. 6º da Constituição Federal. Alinhando-se a princípios humanitários em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração de Vancouver e conferências da ONU sobre assentamentos (*Habitat I e II*), o programa social tem o propósito de resgatar a cidadania de populações em situação de risco, motivada pela falta de acesso à moradia digna.

A participação de estados e municípios nas políticas públicas relacionadas à habitação está prevista nos artigos 182 e 183 da Carta, o que se estabelece por meio da interligação orquestrada pelo Ministério das Cidades. Além disso, o programa tem caráter anticíclico, dado o fato de consistir em meio alocativo de recursos, simultaneamente à função distributiva das

---

<sup>14</sup> Em: <http://jus.com.br/artigos/27733/o-programa-de-arrendamento-residencial-como-microsistema-juridico#ixzz3mWldDFpl> . Acesso em 23 de setembro de 2015.

ações. A partir daí, toma forma a Política Nacional de Habitação, com destaque para o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS). Conforme Sarlet (2001)<sup>15</sup>, a evolução dos direitos sociais pode ser compreendida pelo crescimento da prestação estatal, com intuito de garantir as prerrogativas de seus cidadãos, “no âmbito dos assim denominados direitos de segunda geração (ou dimensão), correspondendo à evolução do Estado de Direito, na sua matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito”:

“Os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços que podem ser registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao “status positivus” de Jellinek, implicam postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática). (...) Distingue-se, portanto, entre os direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e participação na organização e procedimento), que, de certa forma, podem ser reconduzidos primordialmente ao Estado de Direito na condição de garante da liberdade e igualdade do “status negativus”, e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações sociais materiais), vinculados prioritariamente às funções do Estado Social”.<sup>16</sup>

Essa interdisciplinaridade reúne aspectos ligados aos direitos fundamentais e à funcionalidade do Direito das Coisas, com a finalidade de implementação de políticas sociais, na gestão pública, comumente identificado como diálogo das fontes. Como resultado de tais aspectos constitucionalizantes perante a esfera de instrumentos jurídicos de cunho civilista, obtém-se uma nova leitura e operacionalização do programa habitacional, no que diz respeito à instrumentalização garantidora, revigorada na alienação fiduciária de bens imóveis.

“Os direitos sociais prestacionais, por sua vez, habitualmente necessitam – assim sustenta boa parte da doutrina – de uma concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza social e econômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando para o legislador indispensável liberdade de conformação na sua atividade concretizadora. É por esta razão que os direitos sociais a prestações costumam ser considerados como sendo de cunho eminentemente programático”.<sup>17</sup>

No presente case de estudo, observa-se a adequação da legislação quanto à função social que se propõe, ou seja, prestações positivas do estado de bem estar social (*Welfare State*) voltadas aos beneficiários do PMCMV, conforme proporcionalidade de critérios socioeconômicos. Além disso, a efetivação do próprio artigo 5o., ao garantir o direito à propriedade (art. 6o.) com a ressalva no inciso XXIII: “a propriedade atenderá a sua função

---

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. V.I, n. 1, Salvador, 2001. In <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)> . Acesso em 20 de abril de 2015.

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> *Ibidem.*

social”. Corrobora o art. 421/CC, ao definir que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. No caso estudado, há a liberalidade na contratação a taxas atrativas, bem como riscos de crédito calculados, para honrar títulos públicos, letras imobiliárias e securitizações. A motivação dos investimentos do Tesouro e demais subsídios dos agentes financeiros justifica-se nas ações voltadas a públicos estratégicos para os quais é direcionada a política social.

Instrumentalmente, a partir do advento da Lei 11.977/2009 foi possível traçar a vinculação legislativa que engloba a lei da alienação fiduciária em bens imóveis (Lei 9514/1997) no âmbito das contratações por meio do SFI (Sistema de Financiamento Imobiliário)<sup>18</sup>. A Lei 11481/2007, que trata da regulação fundiária de interesse social em imóveis da União, bem como a as Portarias 56, 168, 229, 363, 542 e 591 do Ministério das Cidades, possibilitam os convênios e parcerias, estratificações por faixas de público-alvo (utilização do Cadastro Único do Governo Federal), subdivisões de locais de residência (Urbano ou Rural, por porte de município) e demais termos de financiamento, levando-se em conta tais condições no processo de contratação.

A principal obrigação do incorporador é o registro da incorporação imobiliária, com sua consequente habilitação para alienar unidades. O art. 31 da Lei 4.591/1964 resume as pessoas capazes de ser incorporadores: “a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário com o título que satisfaça os requisitos da alínea “a” do art. 32; b) o construtor ou corretor de imóveis”. Ademais, conforme Tutikian (2008, p. 75), “haverá uma redução do custo para implementar esse direito, pois os próprios adquirentes financiam a sua própria edificação, com dinheiro menos custoso, com redução de juros (...)”. O mais habitual é a figura do construtor fundir-se com a do incorporador, pois frequente e tradicionalmente esta atividade é desenvolvida por incorporadoras e construtoras<sup>19</sup>.

Assim, conforme a Lei 4.591/1964, os interessados devem ter atenção ao itens relacionados ao procedimento registral, com memorial de incorporação e os documentos necessários. Quanto ao procedimento registral, a Lei de Incorporações Imobiliárias é similar

---

<sup>18</sup> Sistema de abrangência predominante após a lei 9514/97, mantido pelo *funding* direto e securitização correspondente, visando maior liberalidade na instituição da alienação fiduciária.

<sup>19</sup> *Op. Cit.*, p. 78.

ao retratado na Lei de Loteamentos (Lei 6.766/1979). O primeiro ato é a realização do memorial de incorporação, que deve conter as previsões da Lei de Incorporações Imobiliárias. Para imóveis decorrentes do *PMCMV*, há a confirmação do STJ quanto à aplicabilidade do art. 237-A da Lei de Registros Públicos, frente a cobrança de emolumentos, sendo facilitado o registro pela unicidade do ato de incorporação. Ademais, conforme Ofício 51/11 (SNCEF, 1.1.1.2 1.1.2): “os custos relativos às taxas e demais despesas decorrentes do financiamento são pagas, pelo mutuário, diretamente à Caixa e não contemplam nenhum valor relativo à corretagem.”

A depender do enquadramento socioeconômico do beneficiário no programa, será quantificada a concessão de vantagens e demais condições de financiamento. Cabe aos da Faixa 1 (registrados no Cadastro Único Federal) os maiores subsídios, a custo de recursos da União, com isenções de tarifas e redução de taxas de juros sobre os valores financiados. Ainda, há de se destacar o incentivo à produção, por meio do uso de recursos do governo federal na construção de moradias populares. As construtoras e incorporadoras apresentam projetos por meio dos entes federativos que aderiram ao *PMCMV*, recebendo recursos da União, através do repasse do Ministério das Cidades, que realiza o monitoramento do programa a partir das informações das instituições financeiras.

Novamente, quanto ao contrato estudado, o art. 1.245 do Código Civil, quanto aos bens imóveis, a propriedade somente é transferida pelo registro do imóvel, constituindo-se, portanto, na transferência de um direito real, o que resulta em uma obrigação de fazer - ou a prática de um ato em si, mas não a obrigação de dar. Ainda consiste em fazer o ato de outorga de escritura definitiva de compra e venda, efetivando-se a entrega do domínio. Ainda, exemplos de obrigações de fazer, a própria construção, que constitui obrigação de fazer, gerando execução em caso de descumprimento, inclusive perdas e danos, conforme preceito cominatório (ar. 84, CDC), com pena pecuniária por atraso e previsão de execução especial por determinação judicial<sup>20</sup>. Conforme Schmidt (1995):

---

<sup>20</sup> CAMBLER (2014, p. 76): “Distinguindo-se da obrigação de meio em razão da natureza da prestação - na obrigação de resultado, a essência da prestação é o bem jurídico almejado (cumprindo ao devedor o ônus da prova de caso fortuito ou força maior); na de meio, o devedor obriga-se a colocar seus recursos no sentido de ser atingido determinado objetivo, sem, contudo, vincular-se a obtê-lo (cumprindo ao credor o ônus da prova da falha - lealdade ou diligência - no comportamento do devedor) -, configura-se o inadimplemento da obrigação de resultado pela simples inoccorrência concreta do resultado certo e determinado, restando presumida a responsabilidade, de sorte que, inadimplida a obrigação, o devedor fica obrigado a reparar o dano”.

“O elemento essencial para definição da incorporação imobiliária é a promessa de venda ou construção de coisa futura, que está para ser iniciada ou já está em andamento. [...] A incorporação imobiliária é uma atividade complexa, em que se relacionam pessoas físicas e jurídicas, como o proprietário do terreno, o incorporador, os autores dos diversos projetos, o corretor de imóveis, o incorporador, os adquirentes das unidades a produzir”.<sup>21</sup>

Os imóveis financiados nas Faixas 2 e 3 seguem a previsão convencional de garantia do FGHB, que caracterizam-se pelo seguro obrigatório, sem alienação direta do imóvel pelo fundo, mas ao agente fiduciário. Assim, seguem as regras de mercado do SFI, contando com a possibilidade de uso do FGTS e lastreado em certificados de recebíveis imobiliários. Os beneficiários das faixas superiores (exceto 1), têm subsídios concentrados em isenções e financiamento de tarifas, bem como menores taxas de juros, porém subsídio financeiro de menor monta<sup>22</sup>. Ressalta-se que os imóveis da Faixa 1 estariam circunscritos como de propriedade do FAR e integram seu patrimônio até que sejam alienados em definitivo. O ponto de destaque na sistemática proposta pelo programa nessa faixa socioeconômica inferior é que em caso de recuperação do imóvel, após inadimplemento contratual, visto que a Lei 11.977/09 autoriza a reinclusão do imóvel no cadastro do FAR para nova utilização, dispensando o leilão, requisito para a alienação fiduciária convencional, conforme transcrito da referida lei:

Art. 6o. § 9o - Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, em virtude do não pagamento da dívida pelo beneficiário, o FAR e o FDS, na qualidade de credores fiduciários, ficam dispensados de levar o imóvel a leilão, devendo promover sua reinclusão no respectivo programa habitacional, destinando-o à aquisição por beneficiário a ser indicado conforme as políticas habitacionais e regras que estiverem vigentes.

Talvez aqui resida uma controvérsia quanto ao uso heterodoxo da alienação fiduciária e o desdobramento da posse em caso de inadimplemento. Já que não se permitiria o pacto comissório, ou seja a alienação pelo credor do bem, tem-se uma proposta de ficção jurídica quanto à devolução do imóvel ao Fundo. Porém, entende-se tal polêmica devido à despersonalização desse ente público, da finalidade do Programa e da reinclusão da coisa para nova alienação a beneficiário distinto, seria por si só tal questão resolvida, pela reutilização da

---

<sup>21</sup> SCHMIDT, Francisco Arnaldo. Incorporação imobiliária. Porto Alegre: Metrópole, 1995, p.25.

<sup>22</sup> Através de oferta pública de recursos: procedimento realizado pelo Poder Executivo federal destinado a prover recursos às instituições e agentes financeiros do Sistema Financeiro da Habitação - SFH para viabilizar as operações.

coisa para um fim social semelhante. Ainda, o leilão, analogamente, dar-se-ia mediante nova concorrência no Cadastro Único.

### **Conclusão**

A presente análise registra a observação de maleabilidade o instituto garantidor da fidejussão ao longo do tempo, com aplicações diversas, nos mais variados contextos, o que denota característica social inegável nos usos da propriedade, garantida em negócios jurídicos multifacetados. Ademais, o caso brasileiro, desde sua origem, tem fundo inovador, consoante às necessidades sociais para os fins que se destina. Inegável, portanto, sua função social no caso em tela, dada finalidade de correção de déficits habitacionais e correção de distorções na distribuição de renda.

Os estudos ligados a políticas públicas e sociais representam princípios e valores humanitários inalienáveis, consoantes à necessidade do desenvolvimento de tecnologias sociais que permitam funcionalidade, como os programas da espécie. Na modalidade de garantia de alienação fiduciária abordada na presente análise, seu emprego confere ao negócio jurídico a confiança necessária para o cumprimento do papel de universalização da moradia digna, instrumentalizando-se na subvenção estudada, em consonância com direitos fundamentais.

Portanto, destaca-se a manutenção da integridade do objeto da garantia, *in casu* dos imóveis financiados. A geração de valor por meio da incorporação securitizada, posteriormente com o desligamento e contratação das unidades, vem a gerar a eficácia do negócio jurídico, ante a executoriedade do crédito, conforme previsões da lei 11.977/2009. Tais fatores possibilitam a baixa de juros, pois os imóveis já contam com financiamento à produção junto às incorporadoras, também a taxas atrativas como incentivo ao setor. Vislumbra-se, por fim, o equilíbrio dos índices de inadimplência distribuindo-o por faixas sociais, mediante proporcionalidade em seu alcance e concessão através dos cadastros estatais. A efetividade dos direitos fundamentais externa-se no resgate de quesitos como dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, e a reserva do possível, quanto à inserção plausível em um orçamento estatal reparador de um cenário de desigualdades. Motivos para o acompanhamento constante do programa governamental e sua assertividade.

## Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Saraiva, 1973.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Helvética, 2000.
- BUENO, Sérgio Luiz José. **O protesto de títulos e outros documentos de dívida**. Porto Alegre: Fabris Editor, 2011.
- CAMBLER, Everaldo Augusto. **Responsabilidade civil na incorporação imobiliária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro: Produtos e serviços**. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.
- GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. São Paulo: Saraiva, 1995
- PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PEREIRA, Potyara A. P., **Política Social: Temas e questões**. 3 a. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- PILATTI, Marlou Santos Lima. **Manual prático de incorporação imobiliária**. Curitiba: Juruá, 2011.
- PINSKY, Jaime. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SCHMIDT, Francisco Arnaldo. **Incorporação imobiliária**. Porto Alegre: Metrópole, 1995.
- TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Da incorporação imobiliária: Implementação do direito fundamental à moradia**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 2009.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2013.