

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

PATRICIA BRASIL CLAUDINO

**A EXECUÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL:  
UMA ANÁLISE DA EXECUÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL**

SÃO PAULO  
2016

PATRICIA BRASIL CLAUDINO

**A EXECUÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL:  
UMA ANÁLISE DA EXECUÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL**

Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de  
Direito de São Paulo, da Fundação Getulio Vargas,  
como requisito para obtenção de título de Mestre  
Profissional em Direito e Desenvolvimento.

Professor orientador: Dr. André Rodrigues Corrêa

SÃO PAULO

2016

Claudino, Patricia Brasil.

A execução da alienação fiduciária de imóvel : uma análise da execução administrativa e judicial / Patricia Brasil Claudino. - 2016.

f.118

Orientador: André Rodrigues Corrêa

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

1. Alienação fiduciária. 2. Garantia (Direito). 3. Habitação - Financiamento. 4. Sistema Financeiro da Habitação. I. Corrêa, André Rodrigues. II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 347.768

PATRICIA BRASIL CLAUDINO

**A EXECUÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL:  
UMA ANÁLISE DA EXECUÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL**

Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção de título de Mestre Profissional em Direito e Desenvolvimento.

Campo do Conhecimento:  
Direito e Desenvolvimento

Orientador Professor Dr. André Rodrigues Corrêa

Data de Aprovação:  
15/09/2016

Banca Examinadora:

---

Professor Dr. André Rodrigues Corrêa (orientador)

---

Professor Dr. Luciano de Souza Godoy

---

Professor Melhim Namem Chalhub

---

Professor Manoel Justino Bezerra Filho

*“Quando todos pensam da mesma forma,  
é porque ninguém está pensando”.*

Walter Lippman

## **AGRADECIMENTOS**

Inúmeras foram as dificuldades para enfrentar e discutir o tema envolvendo a Alienação Fiduciária, de modo que agradeço a prontidão incansável do Professor André Rodrigues Correa, que muito mais do que orientação, se dispôs ao exercício do pensamento por diferentes pontos de vista, com objetivo claro de contribuir para que o resultado desta pesquisa trouxesse reflexões a respeito da história do financiamento imobiliário e sugestões concretas à sociedade. Agradeço ao generosíssimo professor Melhim Namem Chalhub, que me recebeu em seu escritório em Niterói/RJ e sempre esteve a postos para discutir sobre meus questionamentos, colocando à disposição desta pesquisa um conhecimento riquíssimo sobre o tema. Agradeço ao professor Luciano de Souza Godoy que trouxe importantes reflexões para o melhor desenvolvimento da pesquisa.

Agradeço aos meus sócios, parceiros de longa caminhada, Drs. Luiz Guilherme Porto de Toledo Santos, Marcelo Marques de Figueiredo e Leonardo Puerto Carlin, pelo incentivo e apoio incondicional. Este trabalho também é para vocês.

De maneira muito especial e carinhosa agradeço aos meus filhos Tom e João, para quem dedico este trabalho, pela compreensão e pela força durante estes anos de pesquisa.

Agradeço, ainda, ao meu amado Djalma, por nunca permitir que eu desanimasse, por ter estado ao meu lado em todos os momentos, segurando a minha mão e me fortalecendo. Agradeço por ter mostrado ao mundo que o amor é capaz de grandes conquistas. Reconheço e agradeço por você ter mantido a nossa família caminhando normalmente, enquanto eu dedicava meus finais de semana aos estudos. Eu nem acredito que conseguimos.

Agradeço aos demais professores do Mestrado Profissional em Direito da FGV São Paulo, pelos ensinamentos e pela paixão que me marcou durante estes dois anos de curso.

Agradeço ao atencioso professor Manoel Justino Bezerra Filho, sempre de portas abertas para me atender, para discutir nossas ideias e para me aconselhar. É um privilégio poder contar com sua amizade.

Agradeço aos funcionários da FGV/SP, em especial aos bibliotecários, pelo auxílio e pelo abrigo durante tantos meses de pesquisa.

Por fim, agradeço aos meus pais, Neudson e Elza, pelos ensinamentos que me trouxeram até aqui.

## RESUMO

A pesquisa buscou identificar o procedimento de execução da garantia real de alienação fiduciária e as dificuldades enfrentadas, tanto no âmbito da execução extrajudicial conforme prevista na Lei nº 9514/97, quanto no âmbito da execução judicial, prevista no Código de Processo Civil.

O trabalho apresenta uma introdução que indica o marco legislativo da Lei nº 9.514/97, os problemas identificados a partir da aplicação da lei. Em seguida, foram apresentadas as questões relevantes da execução da alienação fiduciária de imóvel em dois capítulos, o segundo dedicado à execução extrajudicial e o terceiro capítulo dedicado à execução judicial.

Para finalizar foram realizadas análises sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial do contrato e uma breve análise sobre as questões apontadas, indicando sugestões para melhoria dos procedimentos relacionados à garantia real, bem como, sugerindo temas para novos estudos e debates.

**Palavras-chave:** alienação fiduciária de imóvel; Sistema Financeiro da Habitação; financiamento imobiliário; execução extrajudicial; Lei nº 9.514/97, garantia real imobiliária.



## **ABSTRACT**

The research has aimed at identifying the procedure of mortgage execution and the difficulty faced by mortgage creditors, both in what concerns running the administrative process as anticipated by Lei nº 9514/97, as well as the lawsuit, provided for in the Civil Procedures Code.

The work presents an introduction that nominates the legislative framework from Lei nº 9.514/97 and it points out the problems identified from the application of the mentioned law. After that, the questions regarding the mortgage execution were presented in two chapters, the second one being dedicated to the administrative process and the third to the actual lawsuit or judicial execution.

To conclude, the work analyzes the application of the theory of substantial compliance and in its conclusion brings an analysis of all questions pointed and suggestions towards the improvement of procedures related to collateral issues.

**Key words:** mortgage execution, Housing Financial System, real state financing, judicial execution, Lei nº 9.514/97, collateral issues.

## Sumário

Introdução .....	5
1. Alienação fiduciária e o Sistema de Financiamento Imobiliário.....	14
1.1 Direito de propriedade ou garantia real .....	14
1.2 Principais diferenças entre hipoteca e alienação fiduciária de imóvel.....	24
1.3 Os desafios da execução da garantia de alienação fiduciária no âmbito do SFI .....	37
2. A solução da execução extrajudicial: extinção do contrato e quitação da dívida ...	46
2.1 O momento da extinção do contrato .....	46
2.2 Quando ocorre a quitação do contrato? .....	57
2.3 Os efeitos da quitação .....	62
2.4 A exceção da regra criada pela Lei nº 11.795/2008 .....	67
3. O problema da intervenção judicial: a manutenção do contrato e a persistência da dívida.....	70
3.1 O adimplemento substancial do contrato .....	72
3.2 A subsidiariedade da Lei da Hipoteca (Decreto-lei nº 70/66) .....	80
3.3 Execução judicial do contrato .....	92
3.4 A execução do incorporador e a Súmula 308 do STJ.....	95
4. Conclusão .....	105
5. Referências .....	112

## Introdução

A partir da atuação como advogada especializada, pude observar a ocorrência de alguns problemas de eficácia relacionados ao acesso à garantia real por seus credores, notadamente (i) a controvérsia sobre a quitação da dívida com a retomada do ativo pelo credor, que se dá com a consolidação da propriedade em nome deste; (ii) a subsidiariedade da Lei da Hipoteca, cujo reflexo na aplicação direta em julgados recentes dos nossos tribunais superiores destacou a necessidade de intimação dos ex-proprietários a respeito das datas de realização do leilão de alienação do bem, sob pena de nulidade; (iii) os efeitos da execução da garantia de alienação fiduciária formalizada sobre planta industrial ou sobre empreendimento a ser construído, neste segundo caso quando é parte do negócio em que haja construção de unidades individualizadas cujas vendas serão prometidas.

Observando os acontecimentos históricos, vimos que o sistema financeiro brasileiro foi estruturado no governo Castello Branco com a aprovação de três normas que definiram os rumos da economia e segregaram as atividades em importantes instituições: (i) a Lei da Reforma Bancária (Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964); (ii) a Reforma Habitacional, que criou o Sistema Financeiro da Habitação – SFH (Lei nº 4.380 de 21 de agosto de 1964); (iii) a Reforma do Sistema Financeiro e do Mercado de Capitais, que introduziu a alienação fiduciária como forma de garantia por intermédio da Lei nº 4.728 de 14 de julho de 1965<sup>1</sup>.

Nosso País tem experimentado mais uma vez profundas mudanças de condução política e de visão estratégica, a exemplo da grave crise político-econômica que enfrentamos atualmente, o que repercute no cumprimento das obrigações, em especial dos contratos de financiamento a longo prazo, como é o caso do financiamento imobiliário.

Existe um pêndulo histórico entre alterna o liberalismo econômico e o regramento duro.

---

<sup>1</sup> BARBOSA, Fernando de Holanda. **O sistema financeiro brasileiro**. Disponível em: <<http://www.fgv.br/professor/fholanda/Arquivo/Sistfin.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>2</sup> destacou em sua obra que ninguém mais duvidava, nos idos de 1970, que a utilização da hipoteca trouxe a abertura de créditos para o desenvolvimento econômico, e, principalmente, oportunidades aos milhares para a execução dos planos habitacionais, o que não se via desde o período que antecedeu a Segunda Guerra Mundial e o surto inflacionário que atingiu a todos, até a criação do Sistema Habitacional com o Banco Nacional da Habitação e demais órgãos autorizados a operar no setor, com acompanhamento do Conselho Monetário Nacional.

Fazendo um retrospecto do financiamento habitacional, verificamos que, criado pelo Governo Federal na década de 1960, o Banco Nacional da Habitação teve o objetivo de facilitar a aquisição de moradias, favorecendo classes de baixa renda, e contribuindo decisivamente para a expansão da construção residencial até final dos anos 1970, centralizando e canalizando recursos das cadernetas de poupança e de fundos compulsórios, como o FGTS<sup>3</sup>. Gonçalves relata que o sistema de financiamento foi beneficiado pela contínua expansão econômica ocorrida ao longo da década de 1970, o que teria garantido a oferta de recursos. O estudo desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea antecede poucos meses a promulgação da Lei nº 9.514 de 20 de novembro de 1997.

Como dado histórico, verifica-se uma penalidade com previsão na Lei nº 4.380 de 21 de agosto de 1964, a saber, a rescisão do contrato de financiamento nos casos de inadimplemento. Essa questão da penalidade aos contratos inadimplentes será melhor explorada adiante.

Importante observar que estudos apontam para a falta de financiamento estatal como causa da decadência do Sistema Financeiro da Habitação<sup>4</sup>,

---

<sup>2</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed. rev. atual. por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. IV, p. 315.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Robson R. **Aspectos da demanda por unidades habitacionais nas regiões metropolitanas 1995/2000**, p. 09. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0514.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0514.pdf)>. Acesso em: 01 abr. 2016.

<sup>4</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

No mesmo sentido: BECKER, Laércio. **Procedimentos especialíssimos e concentração do capital**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1999 e

destacando-se a ausência de recursos do FGTS e da poupança popular em decorrência da grande recessão vivida no início da década de 1980. Assim, a diminuição da captação de recursos para o sistema denota-se consequência direta de um progressivo desaquecimento geral da indústria da construção civil, seja na produção, na contratação ou na demanda.

Essas questões têm como pano de fundo uma dependência da indústria da construção civil do capital de bancos para investimento, e o afastamento da poupança popular dos tomadores de recursos e da própria indústria. O sistema econômico que envolve o tema habitacional é complexo, porque abrange o financiamento a longo prazo da atividade de construção civil, o financiamento do consumidor na aquisição da casa própria, além de demandar ampla injeção de recursos para financiamento da indústria.

Existe uma tensão entre os agentes financiadores e o Poder Judiciário, que, nos últimos anos, interpretou as ferramentas legais e conduziu o entendimento da aplicação da lei de maneira a tornar mais onerosa a satisfação do crédito nos casos de execução das garantias, o que repercutiu sobre todo o sistema financeiro e econômico, afetando a oferta de crédito e a fixação de juros para remunerar o capital.

A necessidade de defender as garantias do indivíduo não se atenuaram com o tempo. Estão na agenda da sociedade melhorar as condições de moradia, de educação, de dignidade e de justiça. Para tanto, é necessário buscar na filosofia da norma sua verdadeira intenção, e analisar na vida real se o resultado prático da aplicação da norma que justificou sua criação foi alcançado em benefício da sociedade.

Nesse cenário de pessimismo, desconfiança na economia nacional atual, intensa queda do PIB e deterioração do ambiente econômico, torna-se importante tratar de financiamento imobiliário. Em primeiro lugar, para demonstrar como um

círculo de financiamento próprio pode ajudar o Brasil a voltar a crescer. Em segundo, para que, diante desse panorama pessimista, teorias de defesa do consumidor não se inclinem a defender de alguma forma a inadimplência, colocando em choque os princípios constitucionais e os de defesa do consumidor, face à instabilidade do sistema. Uma vez fragilizado, o sistema pode tornar o acesso às garantias mais dificultoso e, como resultado, penalizar a sociedade com um custo de transação maior, impactando o custo do dinheiro disponível para o financiamento imobiliário, e desacelerando toda a cadeia.

O mercado habitacional influencia, nas palavras de Rodrigo Xavier Leonardo<sup>5</sup>, de maneira direta a economia, refletindo na oferta de emprego, na existência ou não de mão de obra profissional qualificada e na distribuição da riqueza. O mercado habitacional, sob o enfoque macroeconômico, caracteriza-se pela intensa interação e dependência de outros mercados.

As dificuldades não são novas, e é possível observar um histórico pendular – com marcos como a criação do Banco Nacional da Habitação em 1964, a deterioração do sistema com o grande número de créditos judicializados e a ausência de oferta de recursos para financiamento habitacional – entre a criação do Sistema Financeiro da Habitação e a do Sistema Financeiro Imobiliário pela Lei nº 9.514/1997, que estabeleceu mecanismos de captação de recursos em mercado de capitais e criou a alienação fiduciária de imóveis fundada sobre um pilar da execução direta e extrajudicial, com vistas a trazer celeridade à recuperação de garantias.

Podemos citar alguns exemplos de busca por instrumentos de financiamento à indústria da construção civil, iniciando pelos Estados Unidos da América, com a criação das *Mortgage-Backed Securities* – *MBS*, valores mobiliários sustentados ou baseados em créditos hipotecários, comercializadas no mercado de capitais americano. Na Inglaterra, as *Mortgage Backed Floating-Notes*, títulos garantidos por hipotecas, emitidas pela *National Home Loan Corporation*, e sem

---

<sup>5</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 40.

garantia da agência estatal; na França, os primeiros instrumentos denominados *titrisation*, introduzidos no ano de 1988, permitiram a cessão de créditos aos *Fonds Communs de Créances – FCC*, encarregados de emitir os valores mobiliários para o mercado; a Espanha adota desde 1992 sistema semelhante ao francês, denominando-o *titulización*, sobre regime de Sociedades e *Fondos de Inversión Inmobiliária* e sobre *Fondos de Titulización Hipotecaria*; a Itália instrumentalizou a captação de recursos por intermédio da *Cartolarizzazione dei Crediti*, introduzida em 1999, com inspiração anglo-americana, cuja operação está baseada essencialmente na cessão onerosa dos créditos indivisíveis que servirão de base para emissão de novos títulos pelas *Società per la Cartolarizzazione dei Crediti*; e Portugal, que admite a titularização de créditos desde 1999, consagrando dois veículos para operações de captação de recursos, os *Fundos de Titularização de Créditos* inspirados no modelo franco-espanhol, e as *Sociedades de Titularização de Créditos*, conforme modelo anglo-americano<sup>6</sup>.

O Brasil, por sua vez, trouxe somente em 1997, legislação para a criação de valores mobiliários com lastro em créditos imobiliários e, finalmente, criou um modelo de securitização, com vistas a atender o anseio do mercado de capitais por instrumentos e mecanismos que permitissem o investimento não bancário no setor do financiamento imobiliário. A regulamentação se deu por meio das Leis nº 9.514/97, nº 10.931/2004, e nº 11.101/2005. Vale observar que já havia legislação destinada à constituição dos Fundos de Investimento Imobiliário desde 1993, a Lei nº 8.668/93, que permanece como o único modelo de Fundo de Investimento com lei própria, posto que, de todos os demais à disposição no mercado – Fundos Multimercados, Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDIC) e Fundos de Investimento em Participações (FIP) –, somente o Fundo de Investimento Imobiliário (FII) é regulado por lei específica, muito embora a atividade seja formalizada por intermédio de Instruções Normativas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

---

<sup>6</sup> SILVA, João Calvão da. **Titularização de créditos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 12-17.

A alienação fiduciária instituída pela Lei nº 9.514/97, que fundamenta o Sistema Financeiro Imobiliário – SFI para bens imóveis, como instituto de garantia se reveste de vínculo real, nos termos do artigo 1.419 do Código Civil. Sua operacionalização determina a transferência da propriedade cindida na alienação fiduciária, atribuindo a propriedade indireta ao credor fiduciário, diferentemente da hipoteca, que preserva a propriedade integral do bem, produzindo efeitos sobre o exercício da propriedade plena, que fica limitada no direito de dispor do patrimônio.

A hipoteca, garantia preponderante no Sistema Financeiro da Habitação – SFH, constitui modalidade de garantia e encontra-se prevista nos artigos 1.473 a 1.505 do Código Civil. Trata-se de garantia real, estabelecida sobre coisa alheia, dentre outros, sobre bem imóvel. As garantias reais estão previstas nos artigos 1.419 a 1.430 do mesmo Código, e conferem preferência ao crédito com garantia real quando concorrendo com outros créditos.

Unie Caminha<sup>7</sup> elogia o sistema jurídico brasileiro no que diz respeito ao mercado de capitais, fazendo um comparativo com o nível de rigidez da legislação norte-americana sobre o tema, mas alerta para um ponto fundamental que motiva o presente estudo: as maiores deficiências no Brasil estão ligadas à cultura de poupança e à forma de lidar com direitos já assegurados dos investidores.

Um dos elementos de deficiência destacados por Caminha é justamente a forma de aplicação do *enforcement*, segundo o qual as partes de um negócio devem ser capazes de promover a execução forçada das disposições contratuais a um custo tal que o contrato continue valendo a pena, de modo que o Estado deve ser a força coercitiva capaz de monitorar e tutelar os direitos patrimoniais de forma eficiente.

Tais considerações pesam sobre as instituições que serão analisadas a seguir, posto que sua efetividade influencia diretamente no custo de transação, cuja repercussão será exatamente o valor econômico envolvido para fazer funcionar toda a cadeia, partindo do financiamento, passando por mecanismos de controle dos

---

<sup>7</sup> CAMINHA, Unie. **Securitização**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 183.



recursos durante o processo de produção e comercialização, até a integral consecução dos contratos de financiamento imobiliário a longo prazo.

A oferta de capital para investimento habitacional exige segurança jurídica, regras claras de financiamento, um desenho legislativo bem definido, e acesso eficiente às garantias.

Por esta razão o trabalho se dedicou ao estudo da execução das garantias do financiamento imobiliário firmado com base na Lei nº 9.514/97, trazendo na primeira parte do estudo o procedimento e os problemas encontrados na execução extrajudicial. Em seguida, são apontadas questões graves que, apesar do desenho legislativo indicar com exclusividade o caminho extrajudicial, verificou-se a ocorrência de decisões judiciais que abalam a segurança jurídica da alienação fiduciária de imóvel, a partir de interpretações que vão na contramão do marco legislativo.

Durante o desenvolvimento desta pesquisa, apurou-se que a interpretação dada a determinados dispositivos da Lei da Alienação Fiduciária acabou por trazer novo sentido à própria lei. Esta realidade exigiu uma segunda parte do estudo para investigar o resultado da atuação do Poder Judiciário na aplicação desta lei.

Tullio Ascarelli trata da questão em uma obra<sup>8</sup> que explica o surgimento de novas orientações dadas à lei no âmbito da interpretação. No estudo da jurisprudência no direito comparado, verificou que, na Alemanha, houve uma transformação da técnica de interpretação, que acentuou a importância da jurisprudência.

Segundo o jurista e economista italiano, o intérprete do Direito não mais apareceu como explicador das palavras do legislador, como considerava não só a escola da exegese, mas em substância. Da interpretação da vontade do legislador, passou-se à interpretação da vontade da lei, depois ao método histórico-evolutivo, à

---

<sup>8</sup> ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 117.

contraposição de ciência e técnica, verificando-se simultaneamente uma renascença dos estudos filosófico-jurídicos.

Ascarelli finaliza sua reflexão exibindo o contraste entre as tendências exegéticas ou lógico-dogmáticas, e as que podemos dizer sociológicas, reproduzindo, na teoria da interpretação, o antagonismo de duas orientações do pensamento jurídico, que se poderia definir como “mais sensível à certeza” ou “à equidade da solução”; “à defesa da discricionariedade do particular” ou “à dos interesses da coletividade”, ou, de outro lado, como “sensível respectivamente à harmonia lógica do sistema” ou “às peculiaridades econômicas dos vários casos.”

Assim, concluímos que influenciam diretamente a interpretação do operador do Direito as questões analisadas neste trabalho sobre a execução da alienação fiduciária de imóvel, dentro e fora do âmbito do Poder Judiciário, razão pela qual se mostrou indispensável a análise dos dois procedimentos de execução, o extrajudicial e o judicial.

A crítica que se faz é saber até que ponto o Poder Judiciário não estaria, em tese, deformando o comando legal pelo julgamento pautado em interpretações. Serão justificáveis estas interpretações. Serão necessárias? Serão justas?

Exemplificando, foram identificados desafios concretos enfrentados pela execução da alienação fiduciária de imóvel, tanto no âmbito da execução extrajudicial prevista na lei especial, cujo desenho legislativo resultou no distanciamento de pontos importantes como a consolidação da propriedade, a extinção do contrato, e a extinção da obrigação com a quitação do contrato; o que cria um cenário peculiar e inspira um olhar mais apurado sobre cada etapa da execução administrativa para a compreensão de seus efeitos jurídicos; quanto no âmbito da execução judicial, cuja vocação é aplicar princípios históricos e perceber de maneira mais branda o avanço legislativo que resultou em normas mais violentas que prestigiam o acesso do credor às garantias.

A execução da alienação fiduciária não ficou adstrita à modalidade extrajudicial, como almejou o legislador, porque o direito constitucional garante o acesso à justiça e a espécie de garantia imobiliária é a base do financiamento

habitacional nacional, o que resulta em mérito de repercussão geral sobre o qual o Poder Judiciário brasileiro deseja se manifestar, trazendo inovações e ajustes com força para alterar a consecução de contratos garantidos por alienação fiduciária de imóvel, não sendo possível estudar a questão sem analisar o comportamento das cortes judiciais sobre o tema.

De outra mão não se pode fechar os olhos à força do poder econômico. Assim, buscando uma sociedade mais justa e uma economia saudável e próspera, é necessário compreender exatamente o pleito das partes quando buscam alternativas à aplicação da lei. Questiono a intenção de quem busca o Poder Judiciário para dirimir conflitos decorrentes dos contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária de imóvel. O que buscam estas demandas? Desejam alargamento de prazo, revisão contábil, ou solução para a manutenção de seus contratos. Ou desejam o não cumprimento das obrigações?

Assim a estrutura adotada neste trabalho, idealizado para ser publicado na forma de dois artigos jurídicos complementares sobre a execução da alienação fiduciária, primeiro a via extrajudicial, cujo foco está no procedimento protocolar dos acontecimentos previstos na lei até a recuperação do bem e sua liquidação; e em seguida os argumentos judiciais, que se concentram na discussão sobre a dívida, produzindo um cenário de alargamento do tempo do contrato.

O interessante é verificar que os desafios demandam soluções comuns, sugerindo ferramentas estruturais para o melhor desempenho da própria garantia real.

Eis a motivação maior para a elaboração deste estudo, analisar os pontos de tensão na execução da garantia fiduciária na forma extrajudicial e judicial, analisando criticamente as práticas atuais, e indicar, na conclusão, minhas recomendações e sugestões para o aprimoramento do instituto.

## **1. Alienação fiduciária e o Sistema de Financiamento Imobiliário**

A Lei do Mercado de Capitais, Lei nº 4.728/65, introduziu o conceito de alienação fiduciária em garantia, e criou mecanismos de regulamentação do funcionamento de ferramentas que representaram enorme avanço no desenvolvimento da economia. Entretanto, tais dispositivos não abarcavam o lastro imobiliário, havendo previsão de alienação fiduciária e valores mobiliários para representar direitos de crédito de consumo, mas não para representar obrigações com garantias imobiliárias de alienação fiduciária, cuja modalidade foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro somente em 1997.

Traçamos algumas considerações a respeito de quão sensível é para a economia a confiança no futuro, e da importância do investidor nos mecanismos de garantia, já que toda essa engenharia vai se materializar ao final no custo do dinheiro para o tomador. Diante desse cenário, é certo que, quanto mais custosos sejam os juros e quanto maiores sejam as incertezas, e, de outra parte, quanto menos onerosas sejam as garantias e mais seguros sejam os investimentos oferecidos, mais efetivas serão as ferramentas do direito material para constituição de garantias que passaremos a analisar. Buscamos compreender o verdadeiro espírito que está por trás de nossas instituições de direito real moderno, o que houve de mudanças ao longo da história e, a partir disso, tentar extrair sinais para o futuro da garantia imobiliária.

### **1.1 Direito de propriedade ou garantia real**

A alienação fiduciária trata-se de espécie de garantia real ou denota-se como tipo de propriedade?

A propriedade está prevista no Código Civil a partir do artigo 1.228, no Título III, Capítulo I, que descreve a Propriedade em Geral. Lá, fica estabelecido que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la.

Na organização do Código Civil, o Título III, dedicado à propriedade, traz os seguintes Capítulos: I – Da Propriedade em Geral, II – Da Aquisição da

Propriedade Imóvel, III – Da Aquisição da Propriedade Móvel, IV – Da Perda da Propriedade, V – Dos Direitos de Vizinhança, VI – Do Condomínio em Geral, VII – Do Condomínio Edifício, VIII – Da Propriedade Resolúvel e IX – Da Propriedade Fiduciária.

Essa organização demonstra que a estrutura por trás da alienação fiduciária é mesmo de propriedade com cláusula resolutiva.

O primeiro artigo do Capítulo VIII assim determina:

Art. 1.359. Resolvida a Propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e, o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.

Em seguida, no Capítulo que trata da propriedade fiduciária, temos: “Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”.

Desse texto ficam evidenciadas as duas características da alienação fiduciária em garantia: trata-se de propriedade resolúvel, com escopo de garantia, nos termos que a lei assim define.

Descrevendo o surgimento da propriedade individual, José de Alencar<sup>9</sup> narra a essência da constituição da propriedade como uma atividade particular da aristocracia com relação à propriedade imóvel e ao fracionamento dos direitos de dominações em servidões, concluindo que tais exercícios de direito não são mais que o aperfeiçoamento da *mancipatio* (modo de adquirir), dos *colonatos* (divisão dos áreas rurais) e, finalmente, do privilégio estabelecido em favor dos bens classificados como *res Mancipi*, privilégio que depois se estende a outras espécies de coisas.

---

<sup>9</sup> ALENCAR, José de. **A propriedade**. Prefácio de Carlos Alberto Menezes. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 20.

Segundo estudos de Restiffe<sup>10</sup>, a fidúcia foi referida na Lei das Doze Tábuas, que data de 451 a.C., no assento da Tábua Sexta, que tem por título *De domínio et possessione*, e estabelece que, “se alguém empenha a sua coisa ou vende em presença de testemunha, o que prometeu tem força de lei (*quum nexium faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*)”. Havia, portanto, respeito ao compromisso firmado, embora o pacto fosse moral, sem cunho de obrigatoriedade e coerção inerentes às regras da justiça.

Quanto ao direito real, Alencar<sup>11</sup> o define como o direito inerente à coisa, sem dependência de pessoa certa, *jus in rem competens sine respectu ad certam personam*. Declara que o direito real tem por objeto uma coisa, vigora contra todos, tem um cunho de universalidade, chamando-o de direito absoluto.

Para Kant<sup>12</sup>, o direito real traduz-se no direito ao uso privado da coisa, cuja posse restou comum a todos os outros. Em verdade, Kant elabora sua argumentação segundo proposições de que o direito existe em razão de outros semelhantes. Tanto que afirma que um homem completamente só sobre a terra não poderia adquirir nenhuma coisa externa, porque entre ele – pessoa – e as coisas externas a ele não existe relação de obrigação.

A questão de tensão reside na partição da propriedade do bem garantidor, ou da plena propriedade – como chamam os doutrinadores –, em uma porção não física do domínio ou titularidade, que é transferida ao credor fiduciante, restando a segunda porção física, que confere a posse direta do bem garantidor exercida pelo devedor fiduciário. Dessa forma, o devedor fiduciário é proprietário do bem em uma espécie de condomínio com o credor fiduciante.

---

<sup>10</sup> RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>11</sup> ALENCAR, José de. **A propriedade**. Prefácio de Carlos Alberto Menezes. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 28.

<sup>12</sup> KANT, Immanuel. Princípios metafísicos da doutrina do direito. In: **Metafísica dos costumes**. Tradução Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, p. 70.

O duplo efeito como essência da alienação fiduciária já era discutida por Orlando Gomes<sup>13</sup>, que sustentava haver no instituto a coexistência de dois negócios jurídicos: um real e outro obrigacional.

Estudioso da operação de securitização, Bezerra Filho<sup>14</sup> resolve a questão, destacando que a fidúcia se presta mais do que qualquer outro instituto a fornecer garantias mais sólidas do que aquelas oferecidas pela hipoteca, penhor ou anticrese, tanto que na atualidade tem servido de base para a criação de diversos elementos de solidificação do laço garantidor que se estabelece entre a obrigação e a coisa. Isso porque, ao invés de se constituir direito real de garantia, como ocorre nos outros institutos, o negócio fiduciário transfere a própria propriedade.

Segundo Melhim<sup>15</sup>, há um elemento de confiança regendo o negócio fiduciário, de tal forma que se admite a possibilidade de se incluírem no gênero compreendido pelos negócios fiduciários, sem, contudo, confundirem-se com aqueles. E define, dentro dos negócios fiduciários, a propriedade fiduciária que resulta da alienação levada a efeito pelo devedor em favor do credor, como uma propriedade limitada pelas restrições que sofre em seu conteúdo, em virtude da finalidade para a qual é constituída, tendo duração limitada, enquanto perdurar o escopo para o qual foi constituída por efeito de negócios de natureza fiduciária, sem, no entanto, confundir-se com eles, uma vez que a propriedade fiduciária consiste em direito real.

Melhim destaca que a situação de perigo do devedor fiduciante possibilitaria ocorrência de abuso de poder por parte do credor fiduciário; de outra mão, a ausência dessa situação de perigo descaracterizaria a natureza fiduciária do negócio.

---

<sup>13</sup> GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p.43.

<sup>14</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Da fidúcia à securitização**: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição. Visão crítica da alienação fiduciária de imóveis da Lei nº 9.514/97. São Paulo: Revista da Escola Paulista da Magistratura, a. 14, n. 02, ago. 2014, p. 22.

<sup>15</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 101.

Restiffe<sup>16</sup> coloca que o instituto da garantia fiduciária repousa exclusivamente na lealdade e honestidade de uma das partes, o devedor fiduciário, correspondente, segundo ele, à boa-fé e confiança nele depositada pela outra parte, o fiduciante, que tem a sua origem no direito romano, remontando ao tempo da Lei das Doze Tábuas.

A absorção da fidúcia romana na sistemática do direito positivo identifica aspectos essenciais e comuns: (i) a bilateralidade; (ii) a transmissão do bem ou direito de outro com relação de vínculo por ônus real; (iii) obrigação pessoal do devedor fiduciário em face do alienante de dar ao bem o fim determinado no instrumento; (iv) afetação do bem ao fim estipulado pelo instrumento do fideicomisso.

Leitão<sup>17</sup> explica a garantia real no reforço traduzido em instituir uma afetação de bens, quer do devedor, quer de terceiros, ao pagamento preferencial de certas dívidas. Essa condição, segundo ele, coloca entre os credores uma ordem de preferência, que pode ser estabelecida em razão da anterioridade da constituição, do registro ou da natureza da garantia.

A peculiaridade de possibilitar a constituição de garantia real sobre bens de terceiros é fundamental para diferenciar hipoteca e alienação fiduciária. A primeira pode ser oferecida por terceiro, desde que este compareça na elaboração dos instrumentos de constituição de garantia, assentindo quanto ao débito, forma, e devendo ser intimado para execução do bem. Não se vislumbra tal possibilidade em se tratando de alienação fiduciária, posto que o devedor deve figurar ao mesmo tempo como destinatário dos recursos, e como proprietário do bem imóvel cuja propriedade será cindida. O valor de avaliação para venda forçada ou valor do débito serão utilizados pelo credor fiduciário para direcionar o leilão expropriatório, e a própria propriedade do devedor poderá ser eliminada com a intimação de mora, que a Lei da Alienação Fiduciária determina seja feita ao devedor fiduciante.

---

<sup>16</sup> RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>17</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Garantias das obrigações**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 85.



Por essa razão, entendo que não é possível a instrumentalização da alienação fiduciária de imóvel por terceiro não devedor.

Tais reflexões se inclinam mais fortemente ao reconhecimento de que a alienação fiduciária seja compreendida como espécie de propriedade, e não como garantia real.

Entretanto, para efeito deste estudo, vamos tratar a alienação fiduciária de imóvel, independentemente de minhas conclusões, como ônus real e garantia real, tal como aparece na lei.

Wedekind<sup>18</sup>, na obra que trata da alienação fiduciária datada de 1976, já refletia sobre a característica resolúvel do domínio transferido pelo alienante ao adquirente, muito embora não se trate do instituto para a finalidade específica deste trabalho. Mas, traz lições interessantes, porque trata das limitações instituídas ao credor, desde sempre proibido de tomar o bem garantidor para si. Ele diz que tais limitações ao efetivo exercício da propriedade estão sujeitas à condição resolúvel, e não é plena. Ainda que o devedor fiduciante não cumpra suas obrigações contratuais, a propriedade, limitada pela condição, não se consolida para o credor insatisfeito, como seria natural, proibindo a lei, expressamente, o pacto comissório<sup>19</sup>.

Com a consolidação não desaparece, nas palavras de Wedekind, a imposição de vender o objeto que corresponde a uma obrigação do credor, em correlação a igual direito do devedor, irrenunciável por força da natureza de ordem pública que ditou a proibição de ficar aquele com a coisa.

De inspiração romana, o pacto comissório se reveste de limites ao credor, que, valendo-se da força de seu contrato, não poderá tomar para si a coisa, ficando desautorizado a adjudicar a própria coisa dada em garantia.

---

<sup>18</sup> WEDEKIND, Bernhard Wilfried. **Alienação fiduciária** – prática, processo e jurisprudência. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1976, p.

<sup>19</sup> Orlando Gomes, tratando dos contratos bilaterais, explica que, na existência de obrigações recíprocas com inadimplência de um dos lados, justifica-se o pedido de encerramento do contrato por meio da resolução. Acrescenta que, na execução de um contrato bilateral, cada contratante tem a faculdade de pedir a resolução se o outro não cumpre as obrigações que resultam de estipulação ou presunção legal, denominando-se, quando estipulada pelas partes, “pacto comissório expresso”. Entretanto, esse não é o pacto comissório que tratamos na retomada da garantia pelo credor.

Mais uma vez, verifica-se que a dação em pagamento é permitida, uma vez vencida a dívida, se for de vontade e consenso das partes, a teor do artigo 1.428 do Código Civil atual, que dispõe em seu *caput* que “É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”, e flexibiliza a norma em seu parágrafo único: “Após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida”.

Com base nesse dispositivo, a adjudicação do bem hipotecado é permitida pela leitura dos Tribunais, tomada como “arrematação pelo preço da dívida”, como se vê a seguir:

Com efeito, no que se refere à alegação de que não seria possível a realização de adjudicação do imóvel ou mesmo de que a Taxa de Ocupação seria devida apenas ao arrematante, deve ser registrado que apesar do Decreto-lei n.º 70/66 nunca se referir expressamente à expressão “adjudicação”, tal diploma utiliza apenas uma forma terminológica, na medida em que tal ato é aquele que se constitui, de fato, em arrematação realizada pelo próprio credor pelo valor da dívida exequenda, o qual toma a forma do valor do saldo devedor daquele contrato, nada havendo de ilegal ou censurável. Neste sentido: “DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. SFH. ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL. - Recurso interposto pela parte autora, objetivando a reforma da sentença de primeiro grau, que, em ação ordinária objetivando a nulidade da adjudicação de imóvel objeto de contrato de mútuo habitacional firmado com a Caixa Econômica Federal, sob alegação de que a execução extrajudicial prevista no Decreto-lei 70/66 não contempla a possibilidade do credor hipotecário adjudicar o bem hipotecado, havendo somente previsão de arrematação. - A adjudicação está expressamente prevista no art. 822, do Código Civil anterior e parágrafo único, e no art. 1483, do Código Civil de 2002, e não obstante o Decreto-lei nº 70/66 não se referir expressamente ao termo adjudicação, esta constitui a arrematação levada a cabo pelo credor, no valor do quantum devido. - Precedentes jurisprudenciais desta Corte Regional. - Desprovido o recurso.” (TRF 2ª Região, Quinta Turma Especializada, AC 200651010186645, Relator: Desembargador Federal PAULO ESPÍRITO SANTO, DJ 03.02.2009, Unânime).<sup>20</sup>

Caio Mário<sup>21</sup> tenta suavizar a controvérsia, reforçando a proibição do pacto comissório, pela qual se estipula a atribuição do imóvel ao credor, em falta de cumprimento da obrigação, nada havendo, no entanto, que impeça a *datio in*

---

<sup>20</sup> TRF 2ª Região. Apelação Cível - Turma Espec. III - Administrativo e Cível Nº CNJ: 0005289-37.2003.4.02.5101 (2003.51.01.005289-5) RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL GUILHERME DIEFENTHAELER, julgado em 28/09/2015. Disponível em <[http://www10.trf2.jus.br/consultas/?q=adjudica%C3%A7%C3%A3o+e+bem+e+hipotecado&site=v2\\_jurisprudencia&client=v2\\_index&proxystylesheet=v2\\_index&filter=0&getfields=\\*&lr=lang\\_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml\\_no\\_dtd&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&adv=1&base=JP-TRF&wc=200&wc\\_mc=0&ud=1](http://www10.trf2.jus.br/consultas/?q=adjudica%C3%A7%C3%A3o+e+bem+e+hipotecado&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&adv=1&base=JP-TRF&wc=200&wc_mc=0&ud=1)>. Acesso em: 15 out. 2015.

<sup>21</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 23. ed. rev. atual. por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. IV, p. 317.

*solutum*, concertada entre hipotecante e credor hipotecário, tendo por objeto o imóvel hipotecado, desde que a dívida esteja vencida.

Por todas essas questões levantadas, temos que o princípio da fidúcia imaginada pelos antigos juristas da Grécia e Roma evoluiu para o instituto da garantia real, e, para conter abusos do credor, instituiu a proibição de tomada da coisa diante da falta de cumprimento do devedor.

Nos casos de alienação fiduciária, como se verá a seguir, essa controvérsia toma força, porque o pacto comissório continua proibido, mas a execução da garantia pelo credor fiduciário obriga-o a consolidar a propriedade em seu nome, após notificação prevista na lei para que o devedor fiduciante purgue a mora, o que devolveria aos trilhos da normalidade o cumprimento futuro do contrato. Entretanto, se o devedor deixa de fazê-lo, a consecução material da inadimplência do devedor notificado é a consolidação da propriedade imobiliária, certificada pelo tabelionato de imóveis, com registro na matrícula do próprio imóvel garantidor, com o que a propriedade passa à exclusiva propriedade do credor fiduciante. Tais conflitos e consequências serão melhor estudados adiante.

Observe-se que a lei utiliza a nomenclatura “consolidará a propriedade” para determinar que a propriedade, como vimos, já pertencia ao credor, transformando-se em propriedade plena por meio da consolidação de propriedade fiduciária.

Por fim, não se pode deixar de tratar dos efeitos tributários do reconhecimento da alienação fiduciária de imóvel como espécie de propriedade, com fito de garantia de obrigações, como se viu, mas de propriedade nos termos do Código Civil.

Houve um movimento das Fazendas estaduais e municipais, partindo da assunção de que há propriedade na “propriedade fiduciária” oferecida em garantia, de indicar o credor fiduciário como devedor principal ou subsidiário dos tributos sobre os bens gravados.

Tal entendimento resultou em alterações de lei pelo País, dentre as quais a Lei nº 13.296/08 do Estado de São Paulo, que determina:

Art. 31. A Secretaria da Fazenda estabelecerá disciplina para a inscrição no Cadastro de Contribuintes do IPVA podendo:

[...] Parágrafo único – No caso de veículo objeto de arrendamento mercantil ou de alienação fiduciária em garantia, o Cadastro de Contribuintes do IPVA deverá conter a identificação do arrendante e do arrendatário ou do devedor fiduciante e do credor fiduciário.

Com base na lei, os credores fiduciários estão inscritos, desde o lançamento do tributo, como devedores tributários solidários.

O que foi instituído com vistas a facilitar o acesso do credor à garantia, no sentido de alinhar o negócio fiduciário em garantia como propriedade que é, resultou na ação dos credores tributários que anseiam melhores condições e melhores devedores para entabular a cobrança de seus tributos.

No entanto, a Lei nº 9.514/97 determinou o momento da transferência da propriedade plena ou da solução da propriedade resolúvel, no artigo 26, que trata da consequência decorrente da mora do devedor, que, intimado para pagar as parcelas vencidas, deixa correr o prazo sem pagamento. Nesses casos, a propriedade será consolidada em nome do credor fiduciário, o que, à primeira vista, indica que algum elemento da propriedade do credor, ausente até este momento, está para se realizar. É justamente a consolidação da propriedade plena em favor do credor que determina inclusive o recolhimento do tributo de transferência de propriedade imóvel, notadamente ITBI – Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, como se vê:

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

§ 7º –Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio.

As disputas foram tantas que, ao final de 2014, foi promulgada a Lei nº 13.043/2014 para incluir a alienação fiduciária no rol de garantias reais, a despeito do capítulo no Código Civil que trata do tema ser sequencial ao capítulo da

propriedade – o que aproxima no Código Civil a propriedade fiduciária às propriedades e não às garantias –, com objetivo único de classificar a propriedade fiduciária como garantia, e não como propriedade plena, com efeitos na cobrança de tributos diretos e outras responsabilidades.

É o que se vê no julgado ilustrativo sobre cobrança de tributos incidentes sobre bem móvel:

Agravo de instrumento. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade rejeitada. IPVA. Alienação fiduciária. Reponsabilidade solidária do titular do domínio e do possuidor a qualquer título. Lei Estadual nº 6.606/89, art. 4º, II e Lei Estadual nº 13.296/08, art. 6º, XI. Credor fiduciário responsável solidário pelo pagamento do imposto. Precedentes. Alienação anterior ao fato gerador do tributo não comprovada. Recurso não provido.

Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª. Câmara de Direito Público, Agravo de instrumento nº 2188118-04.2015.8.26.0000, julgado em 24/11/2015 - Agravante: CREDIBEL PARTICIPAÇÕES S/A atual de<sup>22</sup>nominação de BANCO CREDIBEL S/A Agravada: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO Comarca: SÃO PAULO Vara das Execuções Fiscais Estaduais.

Não me parece razoável determinar a natureza essencial dos institutos com base na probabilidade da inclusão ou não do credor no rol de sujeito passivo de obrigações tributárias. De um lado, o sistema de garantias busca eficácia e agilidade na execução das garantias, o que foi alcançado com a partição da propriedade, separando-a em propriedade direta e indireta, com vistas a dar acesso ao credor e eficiência na recuperação do bem garantidor e seguinte alienação do bem com objetivo de liquidar o crédito garantido.

Por outro, a possibilidade de incremento de custos da operação de financiamento agindo sobre a constituição da garantia em decorrência da possibilidade de ser o credor classificado como sujeito passivo e principal

---

<sup>22</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª. Câmara de Direito Público, Agravo de instrumento Nº CNJ : 2188118-04.2015.8.26.0000, RELATOR: DESEMBARGADOR CARLOS VIOLANTE, julgado em 24/11/2015. Agravante: CREDIBEL PARTICIPAÇÕES S/A atual denominação de BANCO CREDIBEL S/A. Agravada: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Comarca: SÃO PAULO. Vara das Execuções Fiscais Estaduais. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=9010586&cdForo=0&vI=Captcha=exfbs>. Acesso em: 16 jan. 2016.

responsável pelo pagamento da obrigação tributária pode encarecer de tal maneira o financiamento de bens, que torne inviável a concessão de crédito ao consumidor.

O que resta evidenciado é o desejo do legislador de ampliar o acesso do detentor da garantia, elevando a “mera garantia” ao estado de “copropriedade” daquele que detém a propriedade fiduciária do bem garantidor. Não deixa de ser garantia. Não se equipara à propriedade plena. Mas é, na finalidade, garantia e, na substância, propriedade.

## **1.2 Principais diferenças entre hipoteca e alienação fiduciária de imóvel**

O desejo de melhorar o acesso da garantia dos financiamentos imobiliários tem explicação histórica. Primeiro, com a instituição de uma sistemática que privilegiasse a população de baixa renda com a instituição do BNH; depois, com a trajetória das execuções hipotecárias contraídas pelo regime do Sistema Financeiro da Habitação. Ambos os casos movimentaram o Poder Judiciário, expondo a fragilidade do sistema de garantias, a despeito do Decreto-lei nº 70/66 autorizar a execução extrajudicial da garantia, confirmada pelo STF em julgados que reafirmam a legalidade daquela execução extrajudicial.<sup>23</sup>

Assim, a inovação trazida em 1997 com a Lei nº 9.514 deveria enfrentar essas questões.

Entretanto, a matéria invocada com vistas a anular ou impedir a realização do leilão da garantia comumente estava ligada às garantias constitucionais de moradia e dignidade, bem como à aplicação do princípio do devido processo legal, o que exigiria exame da discussão pelo Poder Judiciário. A matéria aguarda apreciação final pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sido

---

23 STF confirma a legalidade da Execução e Leilão Extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66 das hipotecas havidas sob égide do SFH, nos RE nº 287.453/RS; RE nº 513.546/SP-Agr; RE nº 408.224/SE-Agr; aguardando julgamento do RE de Repercussão Geral nº 627106.

reconhecida a Repercussão Geral, em 2010, no AI nº 771.770 tirado do indeferimento do RE 627106/PR.

Melhim<sup>24</sup> distingue a propriedade fiduciária dos direitos reais limitados de garantia, quais sejam o penhor, a anticrese e a hipoteca. Nestes, o credor possui direito real sobre a coisa alheia, tendo em vista que o bem dado em garantia, embora vinculado ao cumprimento da obrigação, continua parte do acervo particular do devedor. Na propriedade fiduciária a garantia incide sobre coisa própria do credor, já que o devedor lhe transmite a propriedade do bem, embora em caráter resolúvel.

Nas palavras de Restiffe<sup>25</sup>, o ressurgimento da fidúcia na atualidade incorporada ao direito positivo como espécie de nova garantia decorre da crise constatada na prática de utilização de outros tipos de direitos reais de garantia clássicos, em especial da hipoteca, em razão da sua estrutura de direito real de garantia ser constituído sobre um bem alheio, o que denota sua maior fragilidade pela crise que ele denomina “entupimento de judiciário”. Um linguajar curioso nos tempos atuais, uma vez que, embora o livro tenha sido escrito e editado em 1975, teve nova edição revista em 2000. Isso nos reforça a seguinte questão: por que uma garantia real, reconhecida e confessada pelo devedor, já nasce dependente de um processo judicial para dar ao credor a satisfação do seu crédito?

Em verdade, a semelhança entre os institutos da hipoteca e alienação fiduciária está na função da garantia. Mas, estruturalmente, é possível verificar as diferenças.

A hipoteca, segundo Espinola<sup>26</sup>, é direito real de garantia que se assemelha ao penhor; entretanto, nela, a posse e propriedade permanecem com o devedor, o que não ocorre no penhor, no qual a posse é transmitida ao credor até

---

<sup>24</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 156.

<sup>25</sup> RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>26</sup> ESPINOLA, Eduardo. **Garantia e extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951, p. 344.

integral pagamento da dívida garantida. É espécie de garantia com direito de preferência sobre outros créditos, respeitando o grau da hipoteca conforme ordem de registro na matrícula do imóvel.

Sua estrutura determina que a propriedade imobiliária permaneça com o proprietário devedor, onerando o bem com garantia real que deve ser averbada na matrícula do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis competente. No caso de inadimplência do devedor, o credor deve ajuizar ação de execução, indicando o bem como garantia da dívida, procedendo-se a penhora, avaliação e leilão do bem. Assim, no registro imobiliário o único proprietário indicado é o devedor, muito embora tenha gravado ônus real que não limita o exercício da propriedade, como usar e fruir, mas acompanha a coisa no caso de transmissão da propriedade pelo proprietário.

Havia uma previsão na legislação do BNH<sup>27</sup> limitando o direito de propriedade, inclusive com vedação à locação, pelo devedor tomador dos recursos para aquisição da casa própria. Essa proibição seguiu a legislação do SFH, no sentido de limitar a aplicação de recursos para aquisição de residências.

Se eventualmente o imóvel hipotecado for excutido por outro crédito por intermédio de ação de execução, o crédito garantido pela hipoteca gozará de preferência no recebimento do produto do leilão, cabendo aos demais credores receber o saldo remanescente. Assim, ainda que a alienação do bem seja promovida por outro credor que venha a penhorar o imóvel, a intimação do credor

---

<sup>27</sup> Lei nº 4380/64 - Art. 8º. O sistema financeiro da habitação, destinado a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população, será integrado ([Redação dada pela Lei nº 8.245, de 1991](#)). No mesmo sentido Contrato Modelo da COHAB – instituído pelo RD 42/66 de 02/09/66 do BNH, determinava vencimento antecipado com perda das parcelas pagas no caso de inadimplemento superior a três prestações ou se houvesse locação ou comodato da unidade: 9º) que o pagamento das prestações, inclusive do seguro, será efetuado na sede da "COHAB" ou onde esta indicar nesta Cidade com uma tolerância de cinco dias após os respectivos vencimentos, sob pena de serem acrescidas dos juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ficando também estipulado que o atraso do PROMITENTE COMPRADOR (a), no pagamento de 3 prestações sucessivas, e o não cumprimento de qualquer das obrigações por ele (a) ora assumidas, acarretará a rescisão, de pleno direito, do presente contrato, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial, perdendo o PROMITENTE COMPRADOR (a), em benefício da "COHAB", como indenização, todas as quantias que houver pago, caso não queira a "COHAB", a seu exclusivo critério, aplicar outra sanção legal.



hipotecário é obrigatória, sob pena de nulidade do leilão, para garantir que a preferência no recebimento sempre se dará ao credor hipotecário.

A hipoteca se extingue com o pagamento da obrigação principal, muito embora dependa de documento de quitação para averbação na matrícula do imóvel e liberação do ônus real.

A cobrança extrajudicial da hipoteca pelo Decreto-lei nº 70/66 estava autorizada no artigo 32, bastando notificação ao devedor encaminhada pelo agente fiduciário, com prazo de quinze dias para purgação da mora do devedor, sob pena de realização de leilão para praxeamento do bem.

Posteriormente, a Lei nº 5.471/71 determinou que a cobrança do crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação poderia ser realizada nos termos do Decreto-lei nº 70/66 ou por intermédio de ação de execução ajuizada na forma da lei.

Não havia obrigatoriedade na cobrança judicial, mas o texto da lei, oferecendo opção ao credor, gerou debates acalorados a respeito da legalidade da execução extrajudicial e praxeamento do bem hipotecado, a despeito da lei posterior, de 1971, haver tratado expressamente da cobrança judicial, em texto que “dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação”.

Se for decretada a falência do devedor hipotecário, caberá ao credor o direito de receber na ordem de preferência o crédito com garantia real ou adjudicar o imóvel pelo valor da avaliação ou do débito, quitando a dívida, ou, eventualmente, se a avaliação superar o valor devido, retornando à massa a diferença maior.

A alienação fiduciária de bem imóvel, por sua vez, é espécie de propriedade, cuja função jurídica é garantir um negócio jurídico. Assim, a doutrina trata da alienação fiduciária como garantia, muito embora o mais correto seja tratá-la como propriedade resolúvel. Assim, cumpridas as condições pelo devedor da obrigação, resolve-se o contrato e integraliza-se a propriedade em nome do devedor. Havendo inadimplemento, no entanto, aplicam-se as condições especiais

do contrato, consolidando ao final a propriedade integralmente em favor do credor, sem necessidade de processo judicial ou leilão expropriatório. Importante observar que durante a consecução do contrato a propriedade é dividida entre devedor, que permanece com a propriedade direta, e indireta, transferida ao credor no registro da alienação fiduciária.

Melhim<sup>28</sup> explica que a propriedade fiduciária transmitida em caráter resolúvel, para o fim de garantir o pagamento de uma dívida, não é plena, mas realizada com exclusão ou limitação de algumas faculdades, garantindo-se por sua vez o uso e gozo da propriedade imóvel ao devedor, assegurando-lhe enquanto adimplente “a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária”.

Assim, a transferência plena da propriedade em favor do devedor alienante ficará subordinada à condição resolutiva durante todo o contrato.

Verifica-se aqui uma consequência possessória, uma vez que a inadimplência de devedor notificado para purgar mora tornará injusta a permanência no imóvel, caracterizado esbulho possessório, passível de reintegração de posse em favor do credor, após consolidação da propriedade que ocorre nos quinze dias posteriores à notificação do devedor sem pagamento da dívida em atraso, encerrando o contrato.

A locação pelo devedor fiduciante é permitida, mas, no caso de consolidação da propriedade em nome do fiduciário decorrente do inadimplemento, poderá ser denunciada para desocupação em trinta dias, como se vê no artigo 27 da Lei nº 9.514/97:

§ 7º—Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

---

<sup>28</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 274.

O leilão deverá ocorrer, de todo modo, após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário para dar cumprimento à lei que proíbe a internalização do ativo no patrimônio do credor, devendo, portanto, o bem garantidor ser liquidado em leilão extrajudicial.

No caso de insolvência do devedor fiduciário, assim como na hipoteca, não se extingue a relação jurídica. A massa pode, tal como na hipoteca, pagar o saldo devedor e adquirir integralmente os direitos sobre o imóvel. Mas, sem o pagamento integral da dívida pela massa, o bem será excluído da falência ou recuperação judicial por força da exceção expressa no artigo 49 da Lei nº 11.101/2005:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

([.])

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Desta feita, os direitos creditórios e de proprietário fiduciário do credor estão garantidos ainda nos casos de falência ou recuperação judicial do devedor, robustecendo a propriedade fiduciária em garantia.

Em razão da transferência da propriedade resultado da cisão entre propriedade direta e indireta, não se admite a penhora contra o devedor fiduciante, gravando o imóvel alienado fiduciariamente. Assim, considerando a propriedade direta do devedor, que consubstancia em verdade direitos reais de aquisição, entendo que são passíveis de penhora tais direitos, podendo inclusive o devedor fiduciante ser substituído no caso de adjudicação de tais direitos por um credor, por intermédio de ação de execução, cabendo ao credor fiduciário estipular em contrato a adjudicação como uma das eventuais causas de extinção do contrato por inadimplemento, podendo optar pela consolidação da propriedade ou pela substituição do devedor.

O que não é possível instrumentalizar até o momento é a penhora desses direitos reais de aquisição. Nesse ponto, é necessária a evolução de mecanismos, porque, se a propriedade foi cindida, não há porque negar aos credores do devedor fiduciante o registro ou averbação da penhora dos direitos detidos pelo devedor da alienação fiduciária, ainda que caiba ao credor fiduciário decidir posteriormente se tal averbação é causa ou não de vencimento antecipado do contrato.

Sobre a função das garantias para a segurança jurídica dos negócios, Restiffe analisa, nesse contexto de comprovada precariedade prática da função dos tradicionais direitos reais de garantia sobre a *res aliena*, que no mercado começaram a surgir variáveis, como a alienação fiduciária e o arrendamento mercantil, nos quais o domínio do objeto fica com o credor e não com o devedor, ao qual é assegurada a posse de utilização, com expectativa de futura aquisição (no caso do arrendamento mercantil) da titularidade dominial.

No Brasil, a noção de direito real reveste uma análise sobre a coisa. Na verdade, é apresentada como um poder direto e imediato sobre a coisa, a ser exercido pela pessoa que detém o direito real, em face de todas as demais pessoas, o que lhe define *erga omnes*.

De forma harmônica, no entanto, a legislação brasileira entende, como esclarecem as palavras de Gama<sup>29</sup>, os direitos reais de garantia como um instituto que tem por finalidade assegurar ao credor o recebimento da dívida, levando em conta que determinado bem fica diretamente vinculado ao seu pagamento. Daí a razão pela qual os direitos reais de garantia se submetem a determinados princípios comuns ligados à finalidade de devolver ao credor aquilo que corresponda a seu crédito.

Loureiro<sup>30</sup> trata da doutrina clássica, para quem o direito real se caracteriza por seu caráter absoluto, por sua oponibilidade contra todos os membros

---

<sup>29</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2011 apud PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**.

<sup>30</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos reais**: à luz do Código Civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004.

da sociedade, e todos estão obrigados a respeitar o direito que o titular possui em relação à coisa. Já o direito de crédito somente pode ser oposto contra a pessoa a quem cabe a obrigação. Enquanto o direito real pode ser violado por qualquer pessoa, o direito de crédito só pode ser lesionado por uma pessoa determinada e concreta, o devedor inadimplente.

Assim, continua Loureiro, é faculdade do detentor do direito real a realização da coisa, um poder direto e imediato sobre ela, de forma que seu titular fica investido do direito ou faculdade de realizar diretamente seu interesse se apropriando da coisa. Porém, o autor aponta restrições ao poder do credor com direitos reais de garantia de dispor da coisa, que deve ficar adstrita à finalidade de repor ao credor a quantia garantida.

Há uma semelhança nos programas de financiamento imobiliário, evidenciando que foram reproduzidas técnicas legislativas com objetivo de facilitar o acesso dos financiadores a suas garantias. Parece surpreendente constatar que a possibilidade de leilão extrajudicial da garantia imobiliária já havia sido prevista em 1966.

De outra mão, a execução da garantia hipotecária tornou-se tortuosa no Poder Judiciário brasileiro. O enfrentamento judicial tomou corpo com discussões a respeito dos princípios humanistas presentes na Constituição, de modo que ações de execução de garantias abrigaram discussões a respeito da dignidade da pessoa, a inviolabilidade do recinto familiar e a previsão de leilão extrajudicial da garantia hipotecária, que abriu caminho para discussão a respeito da afronta ao direito de ampla defesa e do contraditório.

Assim, é necessária a reflexão de forma aprofundada, buscando identificar os objetivos sociais perseguidos com a judicialização dos procedimentos pensados para serem realizados fora do âmbito do Poder Judiciário. As garantias constitucionais devem ser preservadas, bem como o equilíbrio dos institutos. Não se deseja a reinvenção das garantias a cada vinte anos para enfrentar o esgotamento judicial dos modelos. O que se busca é a solidez do sistema pautado em garantias

que sirvam aos seus propósitos, aliados a contratos maduros e voltados a atender seu interesse social.

Os defensores da execução judicial argumentam (i) o direito ao devido processo legal; (ii) o direito ao julgamento pelo juiz natural; (iii) o direito ao contraditório e à ampla defesa. Esses direitos invioláveis precisaram ser recepcionados por procedimentos bem estabelecidos, a fim de alcançar segurança jurídica e proteção aos direitos do devedor na execução extrajudicial, como é o caso da execução da alienação fiduciária de imóvel.

Mas há ainda outros argumentos, como o direito à moradia, prevista no artigo 6º da Constituição Federal<sup>31</sup>. Nesse caso, travar-se-ia uma batalha desleal entre o conteúdo programático da Constituição Federal e o direito de crédito do credor, que não deve arcar com seus próprios recursos para satisfazer um direito individual do devedor, ou mesmo fazer cumprir com recursos privados as obrigações estatais.

É bom observar que houve quem tivesse razão em disputar com os bancos financiadores para redução de juros e exclusão de práticas contábeis em desconformidade com a legislação; tais querelantes foram vitoriosos.

Entretanto, o resultado prático das investidas de devedores, muitos com mais desejo de postergar a dívida do que revestidos de razões jurídicas ou contábeis para a batalha, foi uma avalanche de processos que resultou num custo social dentro do Poder Judiciário; a obstaculização do acesso de credores à execução da garantia real hipotecária; por fim, o pior de todos os resultados, a diminuição de recursos disponíveis para o financiamento imobiliário e a elevação dos custos para utilização desses recursos.

Houve um período, no final da década de 1990, em que a Caixa Econômica Federal capitaneou uma tentativa de executar seus créditos decorrentes

---

<sup>31</sup> CF – Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

de financiamento de imóveis com garantia hipotecária, pelo Sistema Financeiro da Habitação – SFH, por intermédio de procedimento extrajudicial, fundamentada no Decreto-lei nº 70/66 – Lei da Hipoteca, e Lei nº 5.741/1971.

Bastou, no entanto, que os mutuários ingressassem em juízo desejando a revisão contábil do contrato, para obstar a execução direta e administrativa, restando aos credores requerer medidas do Poder Judiciário no sentido de exigir o depósito do valor incontroverso. Mas, em tempos de juro altíssimos, tornou-se uma dificuldade aos operadores do direito identificar com clareza e imparcialidade o que ou quanto seria o depósito do incontroverso.

A grande quantidade de Recursos Especiais debatendo o tema levou o Superior Tribunal de Justiça a incluir a matéria no rol de Recursos Repetitivos, tema nº 55, com duas decisões que, em resumo, proíbem a execução extrajudicial do imóvel hipotecado pela aplicação do Decreto-lei nº 70/66, enquanto houver discussão judicial do contrato celebrado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, por entender preenchidos os requisitos da tutela acautelatória. Determina ainda ordem de proteção ao mutuário no sentido de proibir a inscrição do nome do devedor no cadastro de inadimplentes, se

i) houver ação fundada na existência integral ou parcial do débito; ii) ficar demonstrado que a alegação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) for depositada a parcela incontroversa ou prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Eis a íntegra da decisão: Processo REsp 1067237 / SP, RECURSO ESPECIAL, 2008/0115986-1, Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140), Órgão Julgador, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data do Julgamento, 24/06/2009, Data da Publicação/Fonte, DJe 23/09/2009, RSTJ vol. 216 p. 375, Ementa: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. JULGAMENTO NOS MOLDES DO ART. 543-C DO CPC. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE QUE TRATA O DECRETO-LEI Nº 70/66. SUSPENSÃO. REQUISITOS. CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. MANUTENÇÃO OU INSCRIÇÃO. REQUISITOS. 1. Para efeitos do art. 543-C, do CPC: 1.1. Em se tratando de contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a execução extrajudicial de que trata o Decreto-lei nº 70/66, enquanto perdurar a demanda, poderá ser suspensa, uma vez preenchidos os requisitos para a concessão da tutela cautelar, independentemente de caução ou do depósito de valores incontroversos, desde que: a) exista discussão judicial contestando a existência integral ou parcial do débito; b) essa discussão esteja fundamentada em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (fumus boni iuris). 1.2. Ainda que a controvérsia seja relativa a contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, "a proibição da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) houver ação fundada na existência integral ou parcial do débito; ii) ficar

Com isso, enfraqueceu-se o objetivo de garantia da hipoteca, uma vez que os obstáculos tomaram forma na teoria combativa e inundaram o Poder Judiciário, afastando credores da realização de seus créditos.

Introduzida pela Lei nº 9.514/97 como alternativa para financiamento da construção civil, a alienação fiduciária de bens imóveis trouxe uma nova modalidade de garantia real exequível fora do ambiente do Poder Judiciário, por intermédio de expedientes administrativos através da atuação de Cartórios de Registro de Imóveis como auxiliares no âmbito extrajudicial de notificação dos devedores acerca da mora e posterior disponibilização do bem para leilão público não judicial.

Referida lei trouxe mecanismos especiais de operacionalização, criando possibilidades para emissão de títulos e valores mobiliários aptos para serem ofertados em mercado de capitais, lastreados em créditos imobiliários, com vistas à captação de recursos não bancários para financiar a construção civil.

Quanto à alienação fiduciária, verifica-se que é indispensável que o objeto da garantia seja de titularidade do “devedor” na data em que se firmar o instrumento de alienação fiduciária em garantia. Ora, somente o proprietário possui legitimidade e titularidade sobre o bem para instituir ônus real ou aliená-lo com a partição da propriedade, de modo que a transferência da propriedade indireta ocorre em favor do credor fiduciário por ordem e pelas mãos do devedor fiduciante, que, proprietário e detentor do domínio sobre a coisa, transfere parcialmente alguns aspectos desta propriedade, de modo a fazer jus à constituição da garantia real de alienação fiduciária, esta última registrada em favor do credor.

O contrato de alienação fiduciária nasceu para ficar vinculado ao contrato de empréstimo, sendo ambos, segundo Melhim, quase sempre celebrados num instrumento único.

---

demonstrado que a alegação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) for depositada a parcela incontroversa ou prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz". 2. Aplicação ao caso concreto: 2.1. Recurso especial prejudicado, diante da desistência do autor na ação principal.



A legislação brasileira traz ainda a proibição de tomada, pelo credor, do objeto da garantia, caso a dívida não venha a ser paga pelo devedor, nos casos do credor pignoratício, anticrético ou hipotecário, estendendo-se por força do artigo 27 da Lei nº 9.514/97, que determina que “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”.

A regra da alienação por leilão determina que em primeiro leilão o imóvel garantidor seja oferecido ao maior lance, partindo do valor declinado em contrato como aquele de venda forçada do ativo, qual seja, a avaliação prévia estabelecida em contrato que determina o valor do bem na instituição da alienação fiduciária a ser respeitado no primeiro leilão. Não havendo licitantes, o imóvel será oferecido em segunda praça, podendo o credor aceitar o mínimo que se iguale ao valor da dívida, acrescida das despesas e encargos, inclusive tributos e contribuições condominiais.

Há casos em que a lei permitiu a adjudicação do bem antes da realização do leilão, como era previsto no artigo 685-A, introduzindo alterações importantes na parte de Execução do Código de Processo Civil de 1973, a partir da Lei nº 11.441/2007, que conferiu ao credor em ação de execução o direito de adjudicar o bem penhorado, móvel ou imóvel, oferecendo preço não inferior ao da avaliação. O que vale dizer que, em sede de execução judicial, havendo penhora, poderá o credor, antes da realização do leilão judicial, mas após a avaliação prevista no procedimento de execução, adjudicar o bem para si pelo valor da avaliação, cabendo ainda a continuidade da execução no caso do crédito ser superior ao valor do bem adjudicado, nos casos de hipoteca instituída fora do âmbito do SFH, ou, se o valor da avaliação for superior ao crédito, o credor poderia adjudicar mediante depósito em dinheiro da diferença em favor do executado.

Na execução hipotecária, o credor poderá, não havendo licitantes nos leilões judiciais, adjudicar o bem pelo valor da dívida.

Há uma exceção à regra, tratada no Capítulo 2, subitem 2.4. Não é o caso da Lei nº 9.514/97.

O que aconteceria depois denota o ponto de discussão deste trabalho. Poderia o credor fiduciário adjudicar o bem imóvel pelo valor da dívida? Em tese, a regra do Código Civil – art. 1.365 – que permite a tomada do bem pelo credor seria aplicável por convenção das partes, antes, entretanto, de iniciada a execução extrajudicial pelo credor. Pior, com a consolidação da propriedade, decorrente da ausência de pagamento pelo devedor regularmente notificado para purgar a mora, consolida-se a propriedade em nome do credor, e, após o segundo leilão, a quitação ao devedor é mandatária.

E essa quitação decorre da Lei Especial nº 9.514/97, específica para alienação fiduciária de imóveis, não aplicável à alienação fiduciária de financiamento de bens móveis, que segue a regra geral prevista no artigo 1.366 do Código Civil, segundo o qual continuará o devedor obrigado a pagar o saldo remanescente se o produto da venda do bem garantidor não bastar para o pagamento da dívida e demais despesas incorridas no processo de execução.

Dada a complexidade dos reflexos legais sobre a execução do crédito garantido pela alienação fiduciária de imóvel, trataremos a seguir cada um dos problemas identificados.

Cumprе ressaltar que os regimes jurídicos decorrentes dos sistemas de financiamento imobiliários são diferentes. De um lado, temos o Sistema Financeiro da Habitação, criado pelo governo federal em 1964, por intermédio da Lei nº 4380/64, atualizada com o Decreto-Lei nº 70/66, que ajustou o procedimento da Hipoteca como garantia do financiamento imobiliário. Nesse sistema, o financiamento provém essencialmente de recursos da Poupança e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Com vistas a solucionar o problema de escassez de recursos da Poupança, as entidades do setor promoveram estudos que resultaram na Lei nº 9.514/97, criando o Sistema Financeiro Imobiliário, que, entre outros avanços, criou a Securitização de Recebíveis imobiliários, abrindo caminho para a captação de recursos de financiamento no mercado de capitais, por intermédio da negociação de valores mobiliários lastrados em contratos de comercialização de imóveis,

oferecendo um lastro seguro ao valor mobiliário com baixo risco, uma vez que os pagamentos do papel estão atrelados aos contratos de comercialização de unidades individuais, o que pulveriza o risco e ainda oferece garantia imobiliária, constituída a partir da alienação fiduciária da unidade.

Por essa razão, desde o nascimento, o SFI criado a partir da alienação fiduciária de imóveis instituiu um regime jurídico próprio, com foco na constituição de garantias e execução de contratos fora do âmbito do Poder Judiciário, para a promoção da liquidez do crédito, denotando-se negócio seguro aos investidores que passaram a investir nos papéis com lastro imobiliário do Brasil.

O objetivo da criação do sistema SFI, mais uma vez, foi aproximar o credor financiante da garantia, por intermédio de acesso extrajudicial à excussão do bem, bem como criar mecanismos de financiamento fora do ambiente bancário, com vistas à realização de ofertas públicas a investidores institucionais, como fundos de pensão, bancos, clubes de investimento e investidores pessoa física.

### **1.3 Os desafios da execução da garantia de alienação fiduciária no âmbito do SFI**

A execução da garantia de alienação fiduciária, tal como prevista na Lei da Alienação Fiduciária de Imóveis, deve acontecer fora do âmbito do Poder Judiciário, ou seja, de forma extrajudicial. Tal como concebida, a execução enfrenta alguns desafios.

Observo que o texto da lei, em sua concepção, detinha o foco no financiamento imobiliário de imóveis prontos, ou seja, para atender o financiamento do consumidor final, adquirente de unidade imobiliária residencial ou comercial, a lei trouxe a possibilidade de a construtora financiar diretamente o saldo devedor da promessa de compra e venda da unidade, com recursos próprios, vale dizer, sem direcionar seu consumidor ao sistema bancário necessariamente, formalizando o contrato definitivo da compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária, permitindo, entre outras ferramentas jurídicas, a cessão dos recebíveis, qual seja, a

transferência do fluxo de pagamentos futuros para terceiros, bem como que o contrato de pagamento a prazo pudesse ser lastro da emissão de um valor mobiliário denominado Certificado de Recebíveis Imobiliários, comumente chamado de CRI.

O objetivo da criação dos valores mobiliários justifica-se pela desintermediação bancária e captação de recursos no mercado de capitais.

A ferramenta foi criada sem limitações para financiar obra pronta e unidades imobiliárias, como alternativa aos recursos da poupança. Mas a ferramenta sem restrição também passou a ser empregada no financiamento de obra, uma vez que a lei permite venda de bem futuro, nos termos do artigo 483 do Código Civil<sup>33</sup>.

Desta feita, o financiamento do imóvel pronto, no momento das chaves, pelo construtor, permite a oneração do próprio imóvel adquirido pelo consumidor, para garantia do empréstimo para pagamento futuro.

De outra mão, possibilita ao incorporador o financiamento direto de seus clientes adquirentes das unidades, com possibilidade de transferir a carteira de créditos constituídos com garantia de alienação fiduciária, por intermédio de cessão de direitos de crédito e acessórios, transferindo também em favor do terceiro os créditos, encargos, juros, e garantias, tal como firmados nos instrumentos de compra e venda com garantia de alienação fiduciária.

O cessionário, por sua vez, normalmente securitizadoras<sup>34</sup>, capta recursos em mercado financeiro, transferindo a seus investidores a remuneração decorrente dos contratos cedidos.

Em outras palavras, um investidor paga à vista pela titularidade do CRI, que representa uma pluralidade de direitos creditórios dos adquirentes das unidades

---

<sup>33</sup> Art. 483. A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório.

<sup>34</sup> Securitizadoras são agentes do Sistema Financeiro Nacional a quem foi dado, com exclusividade, a possibilidade de emitir valores mobiliários com lastro em fluxo financeiro imobiliário, denominados Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI. Esses valores mobiliários são destinados ao mercado financeiro de capitais.

pelos contratos firmados com a incorporadora. Esse recurso pago à vista é transferido à incorporadora, que cede à securitizadora os direitos de receber dos mutuários as parcelas, ao longo do tempo acrescidas de juros e correção monetária. São transferidos ainda pelo credor original (incorporadora) ao cessionário os acessórios decorrentes do contrato originador das parcelas, como as garantias e direito de cobrança de verbas acessórias. A securitizadora, por sua vez, emite um valor mobiliário que representa o conjunto de direitos e créditos condensados num instrumento único, por intermédio do termo de securitização, que é subscrito pelo investidor no momento do pagamento do valor investido.

Mas a vida real nos traz desafios que a mente criativa do legislador não poderia prever. Atualmente, a alienação fiduciária, na modalidade de garantia real, é utilizada para financiar não apenas as unidades prontas e acabadas no momento das chaves, como também pode ser instituída no momento prévio da construção, quando o incorporador detém somente o imóvel nu, projetos e eventuais promessas de compra e venda de imóvel futuro. Nessa categoria, o financiamento é “à produção” e os recursos do investidor vão custear os primeiros alicerces do projeto de incorporação. Para a tomada de recursos o incorporador pode onerar, com ônus real, o imóvel sobre o qual será erigido o empreendimento, oferecendo-o em hipoteca ou alienação fiduciária.

Nessa modalidade de “financiamento à construção civil”, podemos destacar as dificuldades de execução da garantia real contra o direito dos consumidores adquirentes de unidades futuras em caso de inadimplência da incorporadora. A discussão e sugestões para esse impasse serão delineadas a seguir.

Outra possibilidade de execução se dá sobre contratos de loteamentos, cujo parcelamento do solo tenha sido idealizado sob a égide da Lei nº 6.766/79. Nesse caso, o empreendedor oferece à venda lotes urbanos em área beneficiada, dotada de água, sistema de esgoto, energia elétrica e serviços urbanos como transporte e coleta de lixo, por exemplo. Observe-se que nessa modalidade de lotes não há construção, via de regra. Assim, o contrato de compra e venda instituirá a garantia real de alienação fiduciária sobre a terra nua somente.

Vale destacar ainda que ambos, comprador e vendedor, têm ciência, e na verdade esperam que sobre o lote nu seja construído um imóvel. Por isso cria-se uma dificuldade com relação à execução direta da alienação fiduciária de loteamento. Primeiro, porque o contrato de compra e venda de lotes pela Lei nº 6.766/76 permite a rescisão do instrumento com devolução de parte dos valores pagos. Segundo, porque a Lei Especial determina que sejam indenizadas benfeitorias realizadas no imóvel de contrato retomado pelo loteador em razão de falta de pagamento<sup>35</sup>.

A problemática ganhou mais força com a publicação da Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014, que trata de alienação fiduciária de imóveis nos artigos 102 e 103. Para alguns as alterações não trouxeram inovação. Para outros, estaria intrínseca a determinação de autorizar a cobrança do saldo devedor caso a venda do imóvel em leilão, uma vez consolidada a propriedade da garantia fiduciária, não atinja o valor total do débito.

Isso porque o texto da lei em questão trouxe, na exemplificação do rol das garantias reais, a inclusão da alienação fiduciária, alterando o artigo 1.367 do Código Civil. Aplicam-se aos contratos com garantia de alienação fiduciária outros dispositivos da parte especial do Código Civil, que incluem regramentos aplicados até então somente para penhor, hipoteca e anticrese; além disso, são aplicados regramentos próprios, do que for específico para cada um dos institutos, elencados na legislação especial pertinente.

Haveria problema em incluir no rol de garantias reais do Código Civil a alienação fiduciária? Conflito há, por sua vez, na aplicação de outros dispositivos de execução que enfrentam diretamente os alicerces da Lei Especial da Alienação Fiduciária, notadamente o dispositivo do artigo 1.430 do Código Civil, que garante ao credor hipotecário, de penhor e de anticrese, o direito de continuar executando o

---

<sup>35</sup> Art. 34. Em qualquer caso de rescisão por inadimplemento do adquirente, as benfeitorias necessárias ou úteis por ele levadas a efeito no imóvel deverão ser indenizadas, sendo de nenhum efeito qualquer disposição contratual em contrário. Parágrafo único – Não serão indenizadas as benfeitorias feitas em desconformidade com o contrato ou com a lei.

devedor se o produto da excussão não bastar para pagamento da dívida, como se demonstrará a seguir.

Em entrevista concedida para discussão dos temas mais profundos que norteiam este trabalho, o professor Melhim Chalhub<sup>36</sup> esclarece que, a despeito de ter sido incluído no rol de garantias reais, o contrato firmado com garantia de alienação fiduciária de imóvel não autoriza o prosseguimento da cobrança após o procedimento extrajudicial de recuperação do crédito. Sobre a alteração no Código Civil, o professor ilustra a motivação da lei que o alterou, explicando que havia um entendimento equivocado a respeito da propriedade fiduciária, que se distancia da propriedade plena descrita nos artigos 1.228 e 1.231 do Código Civil<sup>37</sup>, motivo pelo qual foi inserida no texto do Código no rol das garantias reais, para deixar claro que se trata de propriedade com viés de garantia real, e não com contorno de propriedade plena.

Ora, a propriedade fiduciária consiste em uma garantia, e existe exclusivamente para esse fim, submetendo-se ao regime geral das garantias reais.

Desta feita, a alteração decorrente da Lei nº 13.043/2014 incluiu a alienação fiduciária no rol de garantias reais, com objetivo único de classificar a propriedade fiduciária como garantia, e não como propriedade plena, com efeitos na cobrança de tributos diretos e outras responsabilidades. A propriedade fiduciária não se equipara para efeitos de tributação à propriedade plena, tanto que a cobrança de ITBI para o credor ocorre apenas na consolidação da propriedade, momento em que a propriedade plena é transmitida ao credor.

Essa foi a motivação da alteração inserida pela Lei nº 13.043/2014. Para ajustar uma interpretação ampliada que vinha sendo dada à propriedade fiduciária, alargando seu conceito inicial de garantia e confundindo-a, por vezes, com os efeitos civis da propriedade plena.

---

<sup>36</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Entrevista concedida a Patricia Brasil Claudino**. Niterói, Rio de Janeiro, 05 nov. 2015.

<sup>37</sup> Código Civil – Art. 1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Art. 123. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.

Assim, a alteração não tem repercussão sobre o regime de cobrança de seus contratos; visa apenas limitar o entendimento de “propriedade” que cerca a propriedade fiduciária e indireta, destacando que o credor fiduciário, detentor somente da garantia real, está limitado ao uso da garantia para satisfação do seu crédito, sendo vedado que se aproprie do bem, pois não tem fruição dele, e não pode ter os encargos correspondentes à fruição, tal como IPTU. Isso porque a Constituição Federal descreve o agente passivo da obrigação, notadamente o detentor da propriedade do bem móvel ou imóvel.

Entretanto, ajustou-se a interpretação para não deixar dúvidas acerca da diferença entre propriedade plena e propriedade fiduciária, inserindo a distinção no rol de garantias reais do Código Civil, causando, como efeito colateral, uma movimentação entre juristas para discutir a repercussão na quitação do artigo 27 da Lei nº 9.514/97, em razão do artigo 1.430 do Código Civil, não aplicável à execução de alienação fiduciária de bem imóvel.

A explicação é simples e antecede a alteração recente do Código Civil. A Lei nº 9.514/97 determina, no artigo 27, §5º, que, se houver segundo leilão, aquele será realizado com autorização ao credor para que aliene o bem imóvel por valor inferior à avaliação – valor obrigatório para alienação no primeiro leilão –, desde que por valor compatível e capaz de saldar a dívida principal, acrescida das despesas, prêmios de seguro, encargos legais, tributos e despesas condominiais. Assim, é obrigatório ao credor fornecer, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, quitação da dívida mediante termo próprio.

No texto original da Lei nº 9.514/97 havia um dispositivo tratando da aplicação de normas do Código Civil de 1916::

Art. 647. Resolvido o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha.

Art. 648. Se, porém, o domínio se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que o tiver adquirido por título anterior à resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cujo domínio se resolveu para haver a própria coisa, ou seu valor.



Criou-se certa confusão entre o direito de reclamar a coisa pela resolução do domínio e o pacto comissório, que proíbe o credor de ter a coisa para si, após tomar a coisa garantidora em razão do não pagamento da obrigação do devedor.

Assim, a proibição do pacto comissório que vigora atualmente obriga o credor a se desfazer do bem e se apropriar do produto da venda pública do imóvel. Dessa forma, é vedado ao credor satisfazer-se diretamente com a tomada da coisa dada em garantia.

Retomando a análise da alienação fiduciária como produto de uma Lei Especial, identificam-se vários aspectos que a distanciam de outras garantias reais, como atualmente são considerados ineficazes os contratos de locação firmados pelo devedor fiduciante por prazo superior a um ano se não houver concordância do credor fiduciário – artigo 37-B da Lei da Alienação Fiduciária. Essa proibição é específica à alienação fiduciária de imóveis e não se aplica às demais garantias reais descritas no Código Civil.

Na limitação ao uso e gozo livre da propriedade, o devedor enfrenta verdadeiro balizamento, corroborando a ideia de que a razão pela qual o credor pode intervir na locação do bem é, na verdade, decorrente da propriedade que o credor detém. Seria então a alienação fiduciária um direito real?

Os contratos resultantes da aplicação da Lei Especial, ainda que tenham por objeto a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por instrumento particular, criando exceção à regra expressa no artigo 108 do Código Civil, que exige, desde que a lei não disponha em contrário – como é o caso da Lei da Alienação Fiduciária– que os negócios jurídicos que visem constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre os imóveis sejam realizados essencialmente por escritura pública.

Em desconexão com a realidade fática de aplicação da alienação fiduciária para bens imóveis, os casos de inadimplência podem transformar a segurança da garantia real imobiliária no maior problema de uma operação

financeira estruturada e pensada para não depender, em nenhuma fase, da atuação do Poder Judiciário.

Isso porque o processo de execução de garantias previsto na Lei nº 9.514/97 estabelece procedimentos administrativos para a retomada da garantia exclusivamente por intermédio da atuação extrajudicial, na qual haverá intimação do devedor para purgação da mora em prazo determinado, sob pena de consolidação da propriedade, independentemente da ocupação, em favor do credor que deverá levar a leilão público imediatamente, pelo valor de avaliação previsto em contrato, ou, no mínimo, pelo valor da dívida. E, se ainda assim não houver interessados em pagar o valor do débito, o bem poderá ser vendido por qualquer valor, repercutindo obrigatoriamente na desoneração do devedor expropriado, expedindo-se termo de quitação após o segundo leilão.

A retomada do bem, em si, não é nova. A Lei da Incorporação Imobiliária, nº 4591/64, dispõe que é garantia da unidade adquirida a prazo o próprio bem e autoriza o incorporador a levar a leilão os direitos sobre a venda ou sobre a promessa de compra e venda<sup>38</sup>.

A Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e regulamenta o que conhecemos como loteamento urbano, já previa a hipótese de execução extrajudicial com a retomada do bem, rescindindo o contrato de promessa

---

<sup>38</sup> Lei nº 4.591/64 –Art. 63. É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando for o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nele se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato. § 1º Se o débito não for liquidado no prazo de 10 dias, após solicitação da Comissão de Representantes, esta ficará, desde logo, de pleno direito, autorizada a efetuar, no prazo que fixar, em público leilão anunciado pela forma que o contrato previr, a venda, promessa de venda ou de cessão, ou a cessão da quota de terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção. § 2º Se o maior lance obtido for inferior ao desembolso efetuado pelo inadimplente, para a quota do terreno e a construção, despesas acarretadas e as percentagens expressas no parágrafo seguinte será realizada nova praça no prazo estipulado no contrato. Nesta segunda praça, será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior àquele total.

de compra e venda, ainda que o devedor esteja na posse do lote<sup>39</sup>, ou que tenha sido averbada a promessa em favor do devedor.

Em todos esses casos há o exercício extrajudicial de um direito formativo-extintivo de resolução, por opção do credor, que se expressa pela notificação<sup>40</sup>.

Veremos a seguir como se processa a extinção e como evolui, até a quitação, o contrato de crédito imobiliário pela execução extrajudicial da alienação fiduciária.

---

<sup>39</sup> Lei nº 6.755/79 – Art. 32. Vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor. § 1º Para os fins deste artigo o devedor-adquirente será intimado, a requerimento do credor, pelo Oficial do Registro de Imóveis, a satisfazer as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionados e as custas de intimação. § 2º Purgada a mora, convalidará o contrato. § 3º Com a certidão de não haver sido feito o pagamento em cartório, o vendedor requererá ao Oficial do Registro o cancelamento da averbação.

<sup>40</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 182.

## **2. A solução da execução extrajudicial: extinção do contrato e quitação da dívida**

No tocante à alienação fiduciária, a lei em vigor há quase vinte anos ainda exige reflexão quanto à formalização e aos efeitos de seus procedimentos no tempo.

Analisando a Lei nº 9.514/97 de forma aprofundada, verificamos uma faixa nebulosa na fixação do momento da quitação, saldo e encargos da dívida no caso de inadimplência do contrato de alienação fiduciária. Partimos para analisar o momento e ocorrência, bem como os efeitos da quitação imposta pelo artigo 27, inciso II, § 5º da Lei nº 9.514/97, que criou a alienação fiduciária e o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI).

A resolução não extingue o contrato, mas tão só a relação obrigacional atingida pelo descumprimento, é o que defende Aguiar Júnior<sup>41</sup>, indicando que, em primeiro plano, a extinção afeta as obrigações e prestações objeto do contrato, permanecendo em pé as obrigações de diligência e outros deveres de conduta fundados na relação contratual. Nesses últimos, inclui o dever de indenizar ou de ressarcir haveres.

O problema sob análise consiste em identificar o exato momento em que ocorre o encerramento do contrato e a quitação de sua obrigação, e discutir a legalidade da quitação imposta ao credor pela realização da garantia pelo rito de execução extrajudicial.

### **2.1 O momento da extinção do contrato**

Nos termos do artigo 27, § 5º da Lei nº 9514/97, a quitação ao contrato se dá após o segundo leilão.

Entretanto, observo que o contrato como fonte de obrigações se extingue com o prazo para purgação da mora, sem que o devedor tenha se apresentado para pagar o saldo vencido até então.

---

<sup>41</sup> Idem, ibidem. p. 39.

Orlando Gomes<sup>42</sup> já nos alertava que o tema “extinção” não está ordenado na teoria geral dos contratos, o que, segundo ele, acarreta certa confusão. De todo modo, ele expõe sua compreensão de que um contrato cumprido, ou seja, aquele contrato cuja execução ocorre normalmente, não suscita qualquer problema quanto à forma e aos seus efeitos. Mas ressalva de maneira precisa que, uma vez extinto o contrato, estão extintas também as obrigações e direitos que o originou.

A obrigação é um processo dirigido à realização de um fim, que é a satisfação dos interesses manifestados no contrato, mediante a adoção pelas partes do comportamento contratualmente esperado, pelo qual respondem<sup>43</sup>. O incumprimento da obrigação por culpa do devedor é o pressuposto de fato que enseja ao credor a opção de executar coativamente o contrato ou extinguir a obrigação, mediante o exercício do direito formativo<sup>44</sup> de resolução. À disposição do credor está o direito de reação ao inadimplemento, tomada como condição ofensiva decorrente da atuação do devedor.

Por esse raciocínio, fica evidenciado que a extinção do contrato se dá em razão do inadimplemento, originando, a partir daí, uma série de atos jurídicos e obrigações decorrentes da resolução do contrato.

Tratando da extinção do contrato bilateral criado pela Lei Especial, vejo que o ato de extinguir o contrato, nesse caso, cumpre-se de forma distinta da teoria geral dos contratos, que exige, via de regra, a manifestação da vontade do interessado para que se produza o efeito extintivo.

O credor possui outras opções, já que, diante da inadimplência, pode buscar outros mecanismos de satisfação do crédito, que não aquele previsto na Lei

---

<sup>42</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 170.

<sup>43</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 21.

<sup>44</sup> Ruy Rosado destaca entre as classes de direito formativo o modificativo, que consiste no direito de modificar a relação jurídica existente sem se eliminar a sua identidade, como o de interpelar para constituir o devedor em mora e o direito de escolha nas obrigações alternativas. Destaca que o direito formativo é desprovido de pretensão, pois nada exige, apenas atua sobre o âmbito jurídico do outro, declarando que tal direito depende apenas do exercício, isto é, de ato de vontade do titular. Esta definição se assemelha à do que chamamos de direito potestativo.

nº 9.514/97. Além de credor fiduciário, pode colocar-se como credor quirografário, acessando o Poder Judiciário por intermédio da propositura de ação de execução.

De outra mão, se optar o credor pelo procedimento extrajudicial da Lei Especial, os atos são sequenciais, iniciados com a solicitação do credor ao Cartório de Registro de Imóveis para que notifique o devedor, indicando o saldo inadimplido até a data, com vistas à purgação da mora no prazo da lei (artigo 26, §1º da Lei nº 9.514/97).

Assim, os atos que se seguem são involuntários, tratando-se de obrigações do oficial do Registro de Imóveis certificar o prazo sem a purgação da mora pelo devedor e promover a averbação na matrícula do imóvel da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, bastando que solicite ao interessado o pagamento do imposto de transmissão inter vivos.

Nas palavras de Washington de Barros Monteiro<sup>45</sup> tratando da teoria geral dos contratos, havendo cláusula resolutiva expressa no contrato, a rescisão de pleno direito se dá, em face do inadimplemento, nos termos previstos no artigo 474 do Código Civil. Assenta que, existindo cláusula resolutiva, aplica-se o princípio *dies interpellat pro homine*, segundo o qual o dia interpelará o devedor de sua obrigação, sendo desnecessária ação do homem. Mas, no caso do contrato aqui estudado, uma vez inadimplido, a cláusula resolutiva expressa ainda obriga o credor a notificar o devedor da mora (artigo 26, §1º da Lei nº 9.514/97), com o objetivo de que seja efetivamente pago o valor das prestações vencidas, provocando a retomada do contrato.

Nesse caso, a intenção do legislador em manter o contrato vivo é muito clara. Não há vontade em encerrar prematuramente o contrato, seja pelo lado do devedor, que está pagando um empréstimo ou o financiamento de um imóvel, seja

---

<sup>45</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Obrigações, 2ª Parte – Dos contratos em geral, das várias espécies de contrato, dos atos unilaterais, da responsabilidade civil. 35. ed. rev. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007.

para o sistema de financiamento, que depende da manutenção do contrato como foi originalmente concebido para obter seu ganho.

No exercício da razão, seria possível pensar que aos investidores e financiadores a quebra de um contrato tem valor, por agregar receita financeira. Porém, esse entendimento precisa ser melhor analisado, uma vez que, para a saúde do sistema de financiamento imobiliário e para demonstrar segurança aos investidores, o que ao final se reflete em menores taxas de juros aos financiados, o valor está em manter os contratos tal como contratados.

A inexecução gera diversos custos: o de operação para executar as garantias, o da falta de liquidez e, em tese, um aumento expressivo da oferta de imóveis recuperados em leilão pode provocar a redução do preço de liquidação dos imóveis, o que resultará em prejuízo para credor e devedor, repercutindo negativamente sobre a fixação do preço no mercado ordinário de compra e venda de imóveis. Em resumo, quando há inadimplência sistêmica de contratos de financiamento imobiliário, os efeitos negativos são sentidos por toda a sociedade.

Penso que na alienação fiduciária as obrigações do contrato extinto por inadimplemento, ou seja, nos casos de resolução por inexecução, são especiais e obrigam as partes, mas não devolvem a vida nem retardam a extinção do vínculo contratual.

Se de um lado verificamos que a cláusula de pacto comissório expresso se traduz na existência de termo ou possibilidade de encerramento do contrato em razão da mora de um dos contratantes, a ser requerida pelo contratante adimplente, temos que a cláusula resolutiva ou cláusula de vencimento antecipado ocupa bem este espaço, levando o contrato à sua extinção por uma via ou por outra.

De especial, o contrato de mútuo ou de financiamento, desde que garantido por imóvel em garantia real – como é o caso da alienação fiduciária em garantia –, não pode conter, por proibição legal, cláusula de extinção com a absorção pelo credor do bem garantidor da obrigação.

É nula cláusula que autorize o credor fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia. Era assim no Código Civil de 1916, continua a regra no Código Civil de 2002, acompanhando o entendimento mundial de proibir o pacto comissório.

Esse pacto, ensina Restiffe<sup>46</sup>, determina o impedimento do credor de ficar com a coisa em pagamento, ou seja, determina que a propriedade fiduciária seja, desde o nascimento, desfalcada do atributo da definitividade do domínio; ela jamais evoluirá para a propriedade ilimitada, que compreenderia o domínio definitivo. Adimplido ou não o contrato, é mandatória a ordem que impede o credor fiduciário de se apoderar da coisa como proprietário pleno e definitivo.

Mas, pela teoria geral dos contratos, verifica-se que a extinção do contrato ocorre após a contagem do prazo para purgação da mora, e a retomada do imóvel pelo credor deve ser compreendida como efeito decorrente da resolução do contrato por inadimplemento.

Sem que haja purgação da mora nos quinze dias que sucedem a notificação, dá-se o vencimento antecipado da dívida, tornando imediata a exigibilidade do crédito, e autorizando o credor a consolidar a propriedade em seu nome, de modo que o fluxo de prestações futuras, deduzidos os juros futuros e correção monetária, será recebido pelo credor de forma antecipada.

A lei faculta ao devedor a realização do pagamento do quantum inadimplente no prazo de quinze dias, restabelecendo automaticamente o fluxo do contrato, seguindo com o pagamento das prestações futuras exatamente como foram estabelecidas, e não dependendo de nenhuma outra medida para recolocar o contrato no trilho da normalidade.

Entretanto, se não há pagamento nos quinze dias que sucedem a notificação de mora, ou seja, deixando o devedor fiduciante de purgar a mora, a consequência jurídica é a extinção do contrato, e não o vencimento antecipado,

---

<sup>46</sup> Idem, *ibidem*. p. 507.



porque a soma das parcelas futuras é irrelevante para o evento “extinção do contrato”.

Como consequência dessa extinção, temos: (i) a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário; (ii) a obrigação de realização do leilão; (iii) a desocupação do imóvel; (iv) a devolução do que sobejar do valor da dívida apurado em leilão para o devedor.

O que fica evidenciado é a transferência irreversível, momentos antes do leilão, da propriedade garantidora em favor do credor, notadamente no prazo definido pelo artigo 26, § 7º, que determina que se execute a consolidação da propriedade em favor do credor, passado o prazo de quinze dias da notificação do devedor inadimplente sem que tenha havido a purgação da mora – o que devolveria aos trilhos da normalidade o contrato de alienação fiduciária –, certificando o oficial do Registro de Imóveis e averbando de forma irremediável a totalidade da propriedade em nome do credor.

Com a averbação, o devedor fiduciante deixa de figurar como proprietário na matrícula, que passa a exibir o nome do credor fiduciário de forma definitiva como proprietário do imóvel, consubstanciando de forma eficaz a transferência da propriedade em favor do credor, nos termos do artigo 1.245 do Código Civil.

Também se observa que a figura do devedor, enquanto agente de obrigação contratual, passa por uma transformação, não sendo possível estender a denominação “devedor” para classificar o agente de direitos e obrigações após a consolidação da propriedade.

Em verdade, com ela o contrato se extingue, deixando de existir como fonte de obrigações, mas seus efeitos permanecem durante algum tempo, o que não quer dizer que a outra parte do contrato possa ser denominada “devedor” para definir o seu estado, porque, com a extinção do contrato por inadimplemento, não há mais ingerência do devedor sobre os efeitos e consequências daí por diante, existindo apenas como agente de obrigações e direitos diferidos no tempo após a consolidação da propriedade.

Desejo com esta explicação alertar quanto à interpretação inapropriada que se verá adiante na aplicação do Decreto-lei nº 70/66, que trata do devedor como agente do sinalagma obrigacional até a data do leilão. Isso não se verifica no caso da execução extrajudicial da alienação fiduciária de imóvel, porque, com a consolidação da propriedade, não há mais obrigações a serem cumpridas pelo exercício da vontade do devedor, desaparecendo a figura obrigacional “daquele que deve a prestação”, já que não há mais dívida passível de cobrança, ou de pagamento. O contrato foi extinto, restando, tão somente, uma segunda etapa de obrigações acessórias a serem resolvidas e liquidadas entre as partes.

Na minha visão, ainda que pendentes outras considerações acerca da proibição do pacto comissório, a quitação das obrigações do devedor fiduciante se encerra nesse momento, em razão do afastamento do ex-devedor da propriedade de forma irremediável. De todo modo, o que podemos afirmar é que se opera a extinção do contrato.

Entretanto, observamos que, tratando dos modos de extinção das obrigações, Espinola<sup>47</sup> ensina nos idos de 1950 que, extinguindo-se uma obrigação principal, ficam igualmente extintas as acessórias. Observando que estas destinam-se a garantir ou fortalecer o direito do credor, exemplifica com a hipoteca que, extinto o crédito, desaparece a obrigação que visa assegurar sua satisfação. O jurista destaca, todavia, que a relação jurídica pode compreender mais de uma obrigação, e então, no caso de extinção de uma delas, subsiste o vínculo obrigacional de referência às outras.

Desta feita, por estipulação do contrato de financiamento e de acordo com os termos da lei, haverá, com o inadimplemento configurado, a extinção do contrato com o vencimento da obrigação, cujos efeitos serão produzidos no tempo seguinte à extinção. É importante observar a extinção do contrato como fonte de obrigações, e seus efeitos diferidos no tempo, que ocorrem em duas etapas:

---

<sup>47</sup> ESPINOLA, Eduardo. **Garantia e extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951, p. 299.

- (i) efeitos da primeira etapa: extinção do contrato, compreendendo o encerramento da propriedade fiduciária com a unificação do domínio, pela aplicação do direito de propriedade resolúvel sobre o imóvel, concluindo a propriedade cindida do bem (direta e indireta), que passa a existir como uma unidade de direito, bem como extinção do direito – e obrigação - do devedor fiduciante de manter em dia o pagamento da obrigação garantida por alienação fiduciária e seus encargos, e, de outro lado, encerrando a obrigação do credor fiduciário de receber parceladamente, conforme estabelecido em contrato;
  
- (ii) efeitos da segunda etapa: extinção da dívida e extinção das obrigações acessórias diferidas, assim compreendidas como as obrigações decorrentes da perda da propriedade direta pelo devedor fiduciante, o que ocorre com a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário, notadamente a obrigação do devedor de desocupar o imóvel, e a obrigação do credor de realizar o leilão e de restituir ao devedor expropriado o crédito que sobejar da dívida, acrescida das despesas de execução e encargos do próprio imóvel, em cinco dias da realização do segundo leilão. É também obrigação na segunda etapa a extinção da dívida, com a expedição do termo de quitação em favor do devedor.

Assim, podemos compreender que o período que se inicia com a consolidação da propriedade em favor do credor retrata um período no qual o contrato e algumas obrigações principais já se encontram extintas, expropriado que está o devedor fiduciante, encerrado o ciclo dominial que havia entre o devedor e o bem. Esse período de extinção contratual permanece pendente de quitação integral, cujo efeito será a efetiva extinção da obrigação nos termos da lei, apenas para acertamento das obrigações acessórias, e, portanto, secundárias, decorrentes dos efeitos tanto da ocupação pelo devedor expropriado que permaneça no imóvel – que ficará obrigado a indenizar o credor e proprietário pleno – quanto da decorrente da obrigação do credor de repassar o excedente do crédito se apurado valor maior em leilão.

Forçoso é o reconhecimento de que o fundamento da norma buscou encerrar o contrato após a intimação do devedor para purgar a mora no caso de inadimplemento. E se a consolidação da propriedade em favor do credor bastará para que se dê ensejo à quitação, uma vez que, independentemente de haver licitantes ou não em primeiro ou segundo leilão, é obrigatório que se expeça em favor do devedor o termo de quitação, exonerando-o da dívida, não há razão para postergar até que haja o segundo leilão o oferecimento ao devedor expropriado o termo de quitação e exoneração da dívida.

Essa sugestão para que se promova a exoneração do devedor após a consolidação da propriedade encontra guarida no fato de que ele não pode atuar de nenhuma forma para alcançar o almejado termo de quitação após a consolidação da propriedade em favor do credor, sendo obrigado a aguardar as providências do credor na promoção do primeiro e segundo leilões para, somente após, receber a formalização de quitação, nos termos do artigo 27, §§ 5 e 6 da Lei nº 9.514/97.

Teço tais considerações, porque o credor pode lançar o nome do devedor no rol dos inadimplentes, inscrevendo-o em serviços de proteção ao crédito por ocasião das parcelas não pagas. Entretanto, não me parece justo que, após a consolidação da propriedade, que afasta os efeitos diferidos da extinção do contrato do controle do devedor, este seja obrigado a aguardar a exclusiva atuação do credor em promover o primeiro e segundo leilões, para, somente então, receber o instrumento que formaliza a exoneração da obrigação. E lembro que a expedição de tal instrumento de quitação é obrigatória ao credor independentemente do resultado dos leilões.

Não vejo, por essas razões, racionalidade em vincular o devedor ao credor, à espera do instrumento de quitação que se lhe será expedido independentemente do sucesso do leilão para alienação do bem. Ademais, não assiste ao devedor sequer o direito de purgar a mora após a consolidação da propriedade, de modo que se apresenta ineficaz a vinculação do devedor ao processo de leilão, a fim de que um dia receba o termo de quitação.

O direito de lançar no leilão público assiste a todos, inclusive ao devedor ou seus representantes, mas, nessa hipótese, figuraria o devedor como um cidadão qualquer, sem direito de preferência em seu lance.

Poder-se-ia argumentar que há interesse no acompanhamento do leilão pelo devedor, porque, a depender do valor da arrematação, caberia ao devedor a devolução do valor apurado no leilão que acrescer ao valor da dívida, ou seja, se houver apuração no leilão de valor superior, é de interesse de devedor acompanhar e receber o excedente. Entretanto, o benefício não justifica a vinculação de todos os devedores ao segundo leilão, à espera da carta de quitação. Há ainda o interesse do credor, uma vez que poderá cobrar do devedor uma indenização no caso de permanência injusta do expropriado no imóvel, o que também não justifica a vinculação do termo de quitação ao segundo leilão.

A propriedade cindida unifica-se com a consolidação da propriedade, desaparecendo, portanto, a figura de credor e devedor, e encerrando não só as obrigações principais de pagamento de parcelas pelo devedor, mas também seus direitos de proprietário sobre o bem definitivamente transferido ao credor.

Nesta leitura, a compreensão é simples de que o contrato adimplido será extinto ao final, com o cumprimento da obrigação pelo credor fiduciário de liberar, no prazo estabelecido, o ônus real para averbação pelo Cartório de Registro de Imóveis da propriedade plena e unificada em favor do devedor fiduciante detentor dos direitos do contrato integralmente quitado.

No caso do contrato inadimplido, outras obrigações acessórias somente poderão ser imputadas ao devedor se, ciente da perda da propriedade pelo inadimplemento, insistir na ocupação do bem, o que poderá gerar cobrança pela sua utilização, encargos sobre o imóvel e outras penalidades. Mas tais cobranças, compreendidas como obrigações acessórias, não têm força de postergar o fim do contrato e das obrigações principais em si. São, na verdade, efeitos da extinção do contrato.

Digo isso porque foram analisados julgados dilatando o sentido do texto da Lei nº 9.514/97, que diz, no inciso II do artigo 39 – não consigo entender qual a

razão –, que “aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70 de 21 de novembro de 1966”.

Ora, vencida a primeira etapa, ou seja, inadimplido o contrato, notificado o devedor e superado o prazo de quinze dias para purgação da mora, a propriedade será consolidada em nome do credor fiduciário, extinguindo o direito de propriedade do devedor fiduciante expropriado sobre o bem, não havendo razão para se usar a terminologia “devedor” desse momento em diante.

Não poderia ser de outra maneira, posto que a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário nada mais é do que um efeito da extinção do contrato, nas palavras do próprio Chalhub<sup>48</sup>, no décimo sexto dia após a notificação do devedor, sem que tenha ocorrido a purgação da mora.

Por essa razão, os artigos do Decreto-lei nº 70/66 que tratam da execução da hipoteca, muito embora subsidiários, não podem ser aplicados no que tange à exigência de intimação do “devedor” para que compareça ao leilão público e extrajudicial, diferentemente do que ocorre no leilão praticado na execução judicial no caso da hipoteca, cujo imóvel é previamente penhorado antes de ser levado à hasta pública. Uma vez que não há devedor, inexistente relação do expropriado com a propriedade que justifique sua intimação, sua presença no leilão, ou pior, sua assinatura no termo de ciência no auto de arrematação.

Tratarei das decisões judiciais no capítulo três.

Desta feita, usando as palavras do professor Chalhub, após a consolidação da propriedade fiduciária em favor do credor, encerra-se o ciclo de propriedade do devedor fiduciário, permanecendo em vigor tão somente as cláusulas de liquidação, ou obrigações de acertamento, cujo mecanismo depende do leilão público para garantir, em primeiro lugar, o interesse da lei que o imóvel seja liquidado obrigatoriamente em crédito; em segundo lugar, para aferir haveres que

---

<sup>48</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Entrevista concedida a Patricia Brasil Claudino**. Niterói, Rio de Janeiro, 05 nov. 2015, 7'17”.

eventualmente possam ser devolvidos ao devedor fiduciante no caso do produto da venda sobejar a cobrança e encargos.

Assim, após o obrigatório leilão, havendo sucesso na alienação do imóvel ou não, ao devedor fiduciante é garantido o direito de quitação integral, que lhe autoriza sair deste evento contratual sem qualquer dívida ou cobrança por saldo remanescente.

Por essa razão, a lei localiza o encerramento integral do contrato e o evento da quitação em momento posterior ao segundo leilão, o que não significa dizer que os direitos de propriedade do devedor fiduciante expropriado pela consolidação da propriedade perdurem até a segunda etapa, o que ficou esclarecido acima.

Reforçando o entendimento de que a extinção do contrato ocorre no 16º dia após a notificação sem purgação da mora, mas as obrigações permanecem diferidas no tempo, sendo que a primeira etapa extinguiu o contrato, e a segunda etapa finalmente resultará em quitação das obrigações do devedor com a extinção das obrigações em si.

## 2.2 Quando ocorre a quitação do contrato?

O artigo 27, § 5º da Lei nº 9.514/97 determina, de forma clara e impositiva, seja dada a quitação integral ao contrato<sup>49</sup> após tentativa de alienação do

---

<sup>49</sup> Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel. § 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes. **§ 2º No segundo leilão**, será aceito o maior lance oferecido, **desde que igual ou superior ao valor da dívida**, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais. § 3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por: I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais; II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro. § 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de

bem no segundo leilão. O parágrafo segundo do mesmo artigo determina que, uma vez frustrado o leilão público na primeira praça pelo valor da avaliação do bem garantidor previsto em contrato, o imóvel será oferecido em segundo leilão, desta vez pelo valor mínimo da dívida e encargos. Assim, determina a lei que, não havendo licitantes nesse segundo leilão, a quitação ao devedor é obrigatória. A leitura do artigo dá ensejo, ainda, ao entendimento que, sob obrigatoriedade de dar quitação ao devedor ainda que o valor oferecido em segundo leilão não iguale o valor da dívida e encargos, poderá o credor aceitar vender por valor inferior.

É muito importante a repercussão da quitação obrigatória ao devedor, porque, em todos esses casos, a solução não adere à situação fática ideal imaginada pelo legislador.

Há quem compreenda que, não havendo licitantes no segundo leilão, a propriedade do imóvel caberá mesmo ao credor fiduciário. Entretanto, tendo em vista a letra da lei que determina a obrigação do credor em devolver, após o leilão, aquilo que sobejar do valor do crédito, entende-se que, se não houver licitantes, não há porque se falar em “sobejar”, uma vez que nem mesmo o valor do crédito foi alcançado por lances no leilão público. De outra mão, há no mercado uma compreensão quanto à repercussão da ordem de quitação tácita, que, no meu ponto de vista, inclina-se a desnaturar o procedimento da alienação fiduciária tal como prevista, para dar-lhe contornos hipotecários, quando o credor, excutido o imóvel garantidor, e, havendo saldo remanescente do crédito não alcançado pela alienação do bem, pode prosseguir a demanda executória sobre outros bens do devedor, para satisfazer integralmente seu crédito.

Esse raciocínio foi coroado com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.043/2014, que incluiu a alienação fiduciária no rol de garantias reais estabelecida

---

deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil. **§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.** § 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio. (grifos nossos)



no artigo 1.367 do Código Civil. Remete-se, daí por diante, aos dispositivos do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial do Código Civil, cujo título é Do Penhor, da Hipoteca e da Anticrese. Nesse título, o artigo 1.430 autoriza expressamente o prosseguimento da execução contra o devedor cujo bem executado não tenha sido suficiente para saldar o valor da dívida, e determina que o devedor fique obrigado pessoalmente pelo restante.

Há um conflito ideológico entre as disposições da Lei nº 9.514/97 e o artigo 1.430 do Código Civil, agora aplicável à alienação fiduciária.

Chalhub<sup>50</sup> declara que a quitação do contrato, nos termos da atual regulamentação da legislação, decorre de um equívoco.

Mas o estudo histórico do financiamento imobiliário, com a quitação para alguns casos de hipoteca no sistema do SFH, força-nos a concluir de maneira contrária.

Nesse sentido, ousou discordar do ilustre professor. Entendo que as diferenças entre os institutos da hipoteca e da alienação fiduciária de imóveis são as razões que as tornam especiais. Cabe ao credor decidir se deseja uma recuperação rápida, correndo o risco de retomar o imóvel e encerrar seu direito de crédito com o devedor. Desejando, de outra mão, a perseguição de tudo que entende devido, aqui incluindo encargos e remuneração de juros sobre o inadimplemento ao longo do tempo, poderia, então, optar pela garantia hipotecária.

É que, após realizados o primeiro e o segundo leilão, e não havendo licitantes para a aquisição do bem, o imóvel aderirá ao acervo do credor, que, em troca, tal e qual, lhe dará a quitação integral da dívida. Isso é o que chamo de o risco do negócio!

E mais, não houvesse o problema da liquidação superior ao saldo devedor, o que ensejaria devolução de haveres ao expropriado após o leilão, penso

---

<sup>50</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Entrevista concedida a Patricia Brasil Claudino**. Niterói, Rio de Janeiro, 05 nov. 2015. 8'04''

que a quitação do contrato deveria produzir efeitos já desde a extinção do contrato, que antecede a consolidação da propriedade.

Mas a ideia de antecipação da quitação acaba por não ter eficácia, porque a própria lei expõe hipóteses nas quais seria, em tese, possível não atingir a quitação do contrato, como nos casos de perecimento da coisa, força maior, entre outros.

O professor Chalhub<sup>51</sup> destaca, em sua obra, hipóteses nas quais haveria a possibilidade de execução judicial do contrato garantido por alienação fiduciária para os casos em que: (i) o imóvel tenha sido destruído; (ii) o devedor tenha outros bens para satisfação do crédito; (iii) ocorra depreciação do imóvel; (iv) haja erro na avaliação ou na concessão do crédito.

Outro argumento poderia defender o direito de o credor prosseguir com uma execução de saldo remanescente, tal como acontece na alienação fiduciária de bens móveis. Entretanto, o que se infere do espírito da Lei nº 9.514/97, é a intenção de evitar o incentivo à judicialização de contendas envolvendo credor e devedor de uma relação garantida por alienação fiduciária de imóvel. Por essa ótica, o risco do negócio para o credor fiduciário, que não deverá enfrentar problemas, processos ou procedimentos para alcançar sua garantia real, bastando uma simples notificação extrajudicial não respondida com a purgação da mora pelo devedor, é ter que se satisfazer com a consolidação da propriedade do imóvel na terrível hipótese de não haver licitantes interessados em adquirir o bem.

Refazendo a leitura do parágrafo quinto, verificamos que ele fala em extinção da dívida, como se vê: “§ 5º – Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º”.

A confusão se dá quando o texto remete a exoneração do credor à devolução ao devedor da importância apurada no leilão que sobejar do valor da

---

<sup>51</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 253.

dívida, considerado ainda como indenização por eventuais benfeitorias realizadas no imóvel.

Os parágrafos 4º e 5º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97 devem ser interpretados de forma sistemática. Ora, o parágrafo 5º trata da hipótese de não haver, no segundo leilão, lance oferecido em valor igual ou superior ao da dívida. É para esse caso que prevê a extinção da dívida e a liberação do credor. Houvesse o leilão apurado valor superior ou ao menos suficiente para pagar a dívida, desnecessário seria tratar da obrigatória extinção da dívida e desoneração do credor, esta última que se daria com a entrega ao devedor do valor superior ao mínimo para pagar a dívida, previsto no parágrafo 4º.

Tanto é verdade, que o parágrafo 6º determina seja expedido termo de quitação no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão. Observe-se que a lei não diz que o termo de quitação seria expedido após a venda, o que significa que, ocorrendo ou não a alienação do bem garantidor na data do segundo leilão, a quitação se dará em favor do devedor fiduciante. É termo final para que o credor fiduciário forneça o termo de desoneração, encerrando de uma vez o vínculo do contrato bilateral, como se vê: “§ 6º – Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio”.

Assim, o credor tem cinco dias após a realização do segundo leilão, independentemente de alienação ou não do imóvel, para entregar ao devedor o termo próprio, cujos efeitos são o encerramento das obrigações mútuas bilaterais de credor fiduciário e devedor fiduciante e desoneração do credor com relação ao pagamento do valor apurado, no caso de ter sido alienado o imóvel em segundo leilão por valor superior ao valor da dívida, com devolução ao devedor de eventual valor excedente realizado com a arrematação do imóvel no leilão. Não havendo alienação do imóvel no segundo leilão, ainda assim a quitação se dará, pela expedição do termo no prazo de cinco dias, encerrando o vínculo obrigacional entre credor e devedor fiduciário.

Importante observar ainda que o contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária será encerrado com a inadimplência do devedor, extinguindo-se se não houver purgação da mora pelo devedor, depois de notificado para fazê-lo em quinze dias. Se o devedor purgar em tempo a mora, retoma-se o fluxo normal do contrato a partir de onde se encontrava. Do contrário, a repercussão da extinção do contrato traduz-se em dois eventos: primeiro a consolidação da propriedade, e depois a realização do leilão obrigatório.

Note-se que tanto a consolidação da propriedade como a realização do leilão são, em verdade, efeitos da extinção do contrato.

Conforme já falamos acima, a lei é expressa em traduzir esse momento de encerramento de obrigações de forma solene, utilizando os termos “recíproca quitação” para os contratantes, “extinta a dívida” após o segundo leilão e “exonerando o credor” da obrigação de devolução de haveres no caso de não haver licitantes ou, havendo, o lance não superar o valor da dívida. E finaliza, determinando nos parágrafos 5º e 6º do mesmo artigo 27, que, se no segundo leilão o valor não for igual ou superior ao da dívida, caberá ao credor decidir pela venda ou não do ativo. Entretanto, independentemente da decisão comercial do credor, o devedor receberá quitação integral da dívida, mediante expedição de termo próprio.

Dessa forma, a resposta quanto ao momento da quitação não pode ser outra senão: a quitação ocorrerá no prazo de cinco dias após o segundo leilão, momento no qual será entregue ao devedor o termo próprio em conjunto com o saldo credor da arrematação, caso o lance vencedor tenha sido superior ao valor da dívida; ou, não havendo licitantes, ser-lhe-á entregue o termo de quitação extinguindo a obrigação prevista em contrato.

### **2.3 Os efeitos da quitação**

A beleza dos efeitos da execução administrativa do contrato garantido pela alienação fiduciária fica exposta no momento do encerramento do vínculo contratual, uma vez que a extinção do contrato ocorre no 16º dia após a notificação

para purgação da mora, sem que haja o pagamento, e a quitação será diferida no tempo, dependendo da realização do segundo leilão, para que se materialize, muito embora seja irrelevante a arrematação do bem para alcançar o efeito. Trata-se de uma exigência material de diferir a quitação do contrato para momento posterior ao último ato, forçando que seja atendida a letra da lei, consentindo que a quitação se dê após etapa final.

A intenção da lei é garantir ao devedor que o credor fiduciário levará ao leilão o bem garantidor, demonstrando de todas as formas que a expropriação em si não alcança o objetivo de recuperação do crédito, vinculando o credor à obrigação de levar o bem à praça. Não se poderia admitir o encerramento das obrigações do credor fiduciário com o recebimento do bem pura e simplesmente, em razão da proibição do pacto comissório, obrigando o credor a apropriar-se do produto da venda, e não do bem em si.

O efeito negativo da obrigação é postergar a quitação em si do devedor, cuja materialidade somente será verificada com o advento do segundo leilão, com ou sem licitantes interessados em adquirir o imóvel.

Com isso, temos que o perfeito encerramento das obrigações do contrato somente ocorrerá após o segundo leilão, de modo que existirá ainda, entre as partes, um vínculo de obrigações acessórias que compreenderá o período entre a extinção do contrato – encerrando a primeira etapa de obrigações no 16º dia após o prazo de purgação da mora – e a quitação de todas as obrigações, principais e acessórias, que se dará com o encerramento da segunda etapa, cinco dias após a realização do segundo leilão. Assim, a quitação como efeito da extinção do contrato será postergado no tempo, até que haja o segundo leilão.

A observação que faço é que há prazo previsto para a realização do primeiro leilão, que deve ocorrer conforme previsto no artigo 27<sup>52</sup>, em trinta dias da

---

<sup>52</sup> Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel. § 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes.

averbação na matrícula da propriedade em nome do credor, e do segundo, se necessário, nos quinze dias subsequentes. Entretanto, não há sanção ao credor fiduciário para o caso de descumprimento. De outra mão, a despeito de depender o devedor da realização do segundo leilão para se ver exonerado e receber o termo de quitação, a Lei Especial não indica caminhos práticos para a solução de qualquer questão que enseje demora na realização das praças.

Assim, a saída é buscar medidas ordinárias para cumprimento de obrigação de fazer previstas no Código de Processo Civil, responsabilizando-se o credor, ainda, por eventuais perdas e danos decorrentes de prejuízos experimentados no transcurso do tempo se observada inércia do credor em promover o leilão público.

Sobre os efeitos da quitação, apenas para que não reste dúvida sobre a intenção do legislador, o parágrafo 6º ordena que, no prazo de cinco dias após o segundo leilão, o termo de quitação seja expedido. Ora, quitação como é cediço, materializa a prova da extinção do contrato, encerrando o negócio jurídico bilateral, presumindo, a partir daí, o cumprimento integral das disposições do contrato.

Foge à regra de qualquer execução, ou seja, sendo o valor apurado suficiente ou não para quitação da dívida atualizada e seus encargos, a quitação se dará em favor do devedor. E mais, haverá quitação após a realização do segundo leilão ainda que não haja licitantes. De outra mão, é garantido ao devedor de contrato com alienação fiduciária sob a égide da Lei nº 9.514/97 a quitação integral da obrigação com a expropriação do bem garantidor, não se aplicando a esses contratos a persecução da dívida por outros bens quanto bastem para solver a dívida, já quitada com a consolidação da propriedade, embora a quitação somente seja efetiva após o segundo leilão do bem.

Sobre a possibilidade de apropriação do bem penhorado pelo credor exequente em processo judicial, ressalte-se a recente alteração introduzida pela Lei

nº 11.382/2006<sup>53</sup>, que autoriza adjudicação do bem pelo exequente independentemente da realização do leilão, cabendo ao credor depositar a diferença a maior no caso da avaliação do bem ser superior ao crédito, ou autorizar a continuidade do processo de execução pelo saldo remanescente, se, de outra via, a coisa adjudicada não for suficiente para satisfazer o crédito exequendo.

Os requisitos do instrumento de quitação estão especificados no artigo 320 do Código Civil, tornando-o a prova de pagamento mais completa existente no direito brasileiro.

Diante dessas reflexões, é de se entender que o sentido da lei era mesmo de aplicar a quitação da dívida, por bem ou por mal, ou seja, havendo alienação ou não do imóvel garantidor em leilão, deve haver liberação do devedor e extinção de qualquer possibilidade de discussão judicial ou cobrança posterior ao leilão. O desejo da lei é que a garantia se baste por si só. Executada a garantia pelo procedimento extrajudicial, encerra-se o vínculo contratual entre as partes com o segundo leilão, e, havendo saldo positivo entre o valor do débito e o valor apurado, este seria devolvido ao devedor; não havendo saldo superior à dívida, caberá ao credor a decisão de alienar ou não o bem por valor inferior ao que teria direito, com o compromisso de, independentemente de sua escolha, outorgar obrigatória quitação ao devedor.

Esse raciocínio parece bastante razoável em tempos como os atuais em que se observa uma retração do mercado imobiliário e tendência ao decréscimo do valor dos imóveis. Considere-se ainda que o credor, não desejando alienar o imóvel garantidor por valor inferior ao valor do débito, poderá permanecer com ele em seu nome. Entretanto, obrigatoriamente dará quitação do devedor fiduciário. Outra

---

<sup>53</sup> Art. 685-A do CPC. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados. § 1º - Se o valor do crédito for inferior ao dos bens, o adjudicante depositará de imediato a diferença, ficando esta à disposição do executado; se superior, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente. § 2º - Idêntico direito pode ser exercido pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado.

Aqui nova confusão se instala em razão de alienação fiduciária ter sido incluída no rol do artigo 1.419 do Código Civil, o que não autoriza, em meu entendimento, por se totalmente contrário ao espírito e à letra da Lei Especial, a continuidade da execução de contrato com garantia de alienação fiduciária de imóvel, nos termos da Lei nº 9.514/97, posto que a quitação é obrigatória.

consequência da absorção do bem no acervo particular é a responsabilidade sobre os custos do imóvel, notadamente, IPTU, condomínio etc.

Entendo, assim, que é uma faculdade do credor alienar o bem por valor inferior ou não, a partir da análise do custo da permanência do bem como ativo. É mandatária, no entanto, a ordem de encerrar a relação bilateral como devedor fiduciário após o segundo leilão, ou por alienação do bem, ou por quitação expressa no caso de não haver a venda.

Por conseguinte, não há que se falar em cobrança ou saldo remanescente se o contrato se perfaz e se encerra no segundo leilão, obrigatoriamente. Com a quitação dada, não há saldo devedor a ser reclamado pelo credor, encerrando-se de forma plena a relação contratual entre as partes. O mesmo vale para a alienação tardia pelo credor, superados os dois leilões obrigatórios da Lei nº 9.514/97. No futuro, o credor poderá exercer a plena propriedade sobre o acervo adquirido pelo insucesso do segundo leilão, vendendo-o, caso seja de seu interesse, no momento de mercado que lhe for oportuno, e pelo preço que lhe convier.

Para enfrentar de maneira definitiva os argumentos que buscam uma interpretação de lei mais ampla, em especial após a Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014, segundo o que estaria intrínseca a determinação de autorizar a cobrança do saldo devedor no caso da venda do imóvel em leilão, como resultado da inclusão da alienação fiduciária no rol de garantias reais do artigo 1.419 do Código Civil, temos que analisar o texto iluminado pelo artigo 1.368-A do Código Civil, no capítulo dedicado exclusivamente à propriedade fiduciária, que determina:

Art. 1368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial.

Por esta razão, as disposições introduzidas no Código não podem ser aplicadas no que for incompatível com a legislação especial.

Em conclusão a tudo que ficou dito, é de se reconhecer como efeito da quitação, o encerramento obrigacional entre credor fiduciário e devedor fiduciante



após a ocorrência do segundo leilão, independentemente do seu sucesso em alienar e realizar em favor do credor a garantia. Cinco dias após a promoção do leilão, conforme ficou esclarecido no item anterior, de forma obrigatória e independente de qualquer outra providência, a quitação, com efeitos de extinção das obrigações do contrato, deve ser formalizada pelo credor em favor do devedor fiduciário.

#### **2.4 A exceção da regra criada pela Lei nº 11.795/2008**

Existe uma exceção à regra da quitação com o leilão do bem.

Trata-se da Lei do Consórcio, sancionada em 08 de outubro de 2008, que traz diretrizes e regramentos para o funcionamento de Sistema de Consórcios, com finalidade de propiciar acesso ao consumo de bens e serviços.

A questão delicada envolve a natureza da reunião de pessoas, cujo objetivo é distribuir o esforço isonômico para alcançar recursos para aquisição de bens ou serviços. Assim, cada um dos participantes consorciado contribui com uma parcela mensal que constitui um fundo comum, destinado aos próprios participantes, escolhidos por sorteio.

Com relação ao produto do esforço comum, ainda que possua um administrador, trata-se de bem e direito cuja titularidade pertence ao grupo de consorciados, inclusive aqueles decorrentes de garantia, frutos e rendimentos, que não se comunicam com o patrimônio da administradora.

O efeito reflexo desse conjunto de forças e universalidade de direitos, no caso de contrato firmado com garantia de alienação fiduciária, é que a garantia será constituída em favor do grupo de consórcio.

Nesse sentido, forçoso é reconhecer que, no caso de inadimplência do consorciado já contemplado, executar-se-á a garantia imobiliária contra o consorciado, podendo gerar prejuízo para o grupo, no caso de a alienação em leilão do bem imóvel adquirido não ser suficiente para indenizar o grupo no valor devido pela quota-parte do consorciado executado.

De outro lado, a administradora do consórcio não assume risco algum, já que todos os recursos, créditos e prejuízos serão distribuídos entre os consorciados, o que pode gerar desequilíbrio entre os participantes. Não são cobrados juros pelo “empréstimo financeiro”, porque não há desembolso da instituição financeira, mas são cobrados seguros e taxa de administração pelo serviço de liderar a poupança coletiva.

Com vistas a sanar essa problemática com assunção de prejuízos decorrente da quitação obrigatória pugnada pela Lei nº 9.514/97, foi promulgada na Lei de Consórcios um parágrafo 6º no artigo 14, estabelecendo uma exceção à regra da quitação obrigatória:

Art. 14. No contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, devem estar previstas, de forma clara, as garantias que serão exigidas do consorciado para utilizar o crédito.

§ 6º – Para os fins do disposto neste artigo, o oferecedor de garantia por meio de alienação fiduciária de imóvel ficará responsável pelo pagamento integral das obrigações pecuniárias estabelecidas no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, inclusive da parte que remanescer após a execução dessa garantia.

Pode-se argumentar tratar-se simplesmente de uma exceção, mas eu não vejo assim. Essa exceção da lei valeu-se da especial característica do negócio do consórcio, que é a união de pessoas com o compartilhamento de poupança, para que, ao final, todos possam ser beneficiados com a aquisição do bem ou serviço, de forma isonômica. O que o consórcio propõe, portanto, é a reunião em prol do acesso à poupança comum.

Por essa razão, entendo que a exceção está pautada justamente na essência do objeto oferecido ao consorciado, que, tendo acesso à poupança comum, com liberdade inclusive de adquirir, dentro dos critérios do grupo, o bem que desejar, deve, então, ser obrigado a devolver ao grupo o montante da poupança utilizada.

Assim, na aquisição de imóvel por intermédio de poupança coletiva denominada consórcio, o devedor fiduciário estará obrigado a ressarcir o grupo de consórcio que lhe financiou, no valor estabelecido em contrato, ainda que a garantia oferecida, se alienada em leilão, não alcance o montante devido. Desta forma, a lei

expressamente autoriza, no caso de prejuízo verificado, a perseguição de tantos bens quanto bastem para a satisfação integral do crédito e seus encargos, a fim de que não seja repassado aos demais participantes do grupo de consorciados.

### **3. O problema da intervenção judicial: a manutenção do contrato e a persistência da dívida**

A criação da alienação fiduciária de imóvel com função de garantia real, para preencher as necessidades de garantia objetivando operações de financiamento imobiliário em grande escala, foi arquitetada para que o acesso do credor à bem onerado ocorra sem necessidade de intervenção judicial, promovendo rápido acesso do credor ao bem garantidor, ganhando eficiência para o sistema financeiro.

Um sistema de financiamento com entraves e dificuldades na consecução de seus objetivos, resulta em maior custo financeiro aos tomadores. Assim, quanto melhores e eficientes forem os institutos jurídicos que garantam aos investidores o retorno de seus investimentos, quanto maior será a oferta, resultando em menor custo.

A despeito disto, o acesso ao Poder Judiciário é garantia constitucional<sup>54</sup>, de modo que seria impensável tratar do financiamento habitacional excluindo a contribuição do Poder Judiciário, e sua compreensão a respeito das garantias e a respeito das obrigações assumidas pelas partes no financiamento imobiliário.

Analiso, adiante, argumentos importantes em defesa dos devedores, antes do leilão administrativo e após o leilão administrativo. Tais alegações buscam frear a expropriação tal como concebida na Lei nº 9.514/97.

Na sequência analiso as razões pelas quais credores declinam ao acesso administrativo à suas garantias, preferindo demandar judicialmente na execução do crédito.

---

<sup>54</sup> CF, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Para concluir, analiso a postura do Poder Judiciário frente à execução promovida em face do incorporador, em prejuízo do próprio consumidor adquirente de unidade habitacional.

A partir desde ponto, a conhecimento aprofundado das características jurídicas das etapas da execução prevista na Lei nº 9.514/97, torna-se essencial para a compreensão do deslocamento da interpretação dada pelo Poder Judiciário em algumas questões relacionadas à alienação fiduciária.

O desconhecimento da lei, em alguns casos, resulta em decisões prejudiciais ao sistema.

Há previsão na Lei nº 10.931/04 de dispositivos que comprometem a intenção de pugnar, no Poder Judiciário, pela interrupção do pagamento. Particularmente penso que o fato de tais dispositivos estarem previstos fora da Lei nº 9.514/97, tem auxiliado para o seu desconhecimento, inclusive aos operadores do Poder Judiciário.

O artigo 49 da Lei nº 10.931/04, determina que o não pagamento de forma tempestiva, pelo devedor dos tributos e encargos sobre o bem, resultará na cassação da medida liminar que beneficiar o devedor, em demanda cujo objeto seja a discussão do contrato com garantia de alienação fiduciária do próprio imóvel:

Art. 49. No caso do não-pagamento tempestivo, pelo devedor, dos tributos e das taxas condominiais incidentes sobre o imóvel objeto do crédito imobiliário respectivo, bem como das parcelas mensais incontroversas de encargos estabelecidos no respectivo contrato e de quaisquer outros encargos que a lei imponha ao proprietário ou ao ocupante de imóvel, poderá o juiz, a requerimento do credor, determinar a cassação de medida liminar, de medida cautelar ou de antecipação dos efeitos da tutela que tenha interferido na eficácia de cláusulas do contrato de crédito imobiliário correspondente ou suspenso encargos dele decorrentes.

O artigo 50 da mesma lei determina que ações, que tenham por objeto os contratos de financiamento, apresentem, na inicial, o valor incontroverso e aquele que o devedor pretende controverter, obrigando o demandante na continuidade do pagamento do valor incontroverso, vedada a suspensão liminar da exigibilidade da

obrigação principal sob a alegação de compensação com valores pagos a maior, se não houver o depósito do valor integral.<sup>55</sup>

Eis aqui uma prática legislativa que deveria se materializar em segurança jurídica em favor do credor, porque a lei proíbe a suspensão liminar da exigibilidade da obrigação, bem como, obriga a continuidade do pagamento pelo devedor.

Entretanto, até dispositivos tão claros estão sujeitos à interpretação do julgador, e, neste quesito, não é possível prever com certeza o que pode vir a acontecer.

Vejo que o acesso ao Poder Judiciário contempla os dois lados, credor e devedor podem valer-se das regras processuais para fazer cumprir ou rever seus contratos garantidos por alienação fiduciária. O que leva a reflexão de que alguma vantagem estes personagens enxergam em submeter seus contratos ao Poder Judiciário, a despeito da morosidade, dos custos e do risco de sucumbência.

### **3.1 O adimplemento substancial do contrato**

Como regra geral dos contratos, quando houver descumprimento de obrigação contratual, “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”, conforme dispõe o artigo 475 do Código Civil.

---

<sup>55</sup> Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia. § 1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados. § 2º A exigibilidade do valor controvertido poderá ser suspensa mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados. § 3º Em havendo concordância do réu, o autor poderá efetuar o depósito de que trata o § 2º deste artigo, com remuneração e atualização nas mesmas condições aplicadas ao contrato: I - na própria instituição financeira credora, oficial ou não; ou II - em instituição financeira indicada pelo credor, oficial ou não, desde que estes tenham pactuado nesse sentido. § 4º O juiz poderá dispensar o depósito de que trata o § 2º em caso de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor, por decisão fundamentada na qual serão detalhadas as razões jurídicas e fáticas da ilegitimidade da cobrança no caso concreto. § 5º É vedada a suspensão liminar da exigibilidade da obrigação principal sob a alegação de compensação com valores pagos a maior, sem o depósito do valor integral desta.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência têm admitido o reconhecimento do adimplemento substancial, com o fim de preservar o vínculo contratual.

Na defesa do devedor, a teoria do adimplemento substancial defende que o descumprimento tido como ínfimo da prestação prometida não ocasiona o desequilíbrio das obrigações<sup>56</sup>, de modo que o credor fica impedido de rescindir o contrato, caso haja cumprimento de parte essencial da obrigação assumida pelo devedor; porém, não perde o direito ao remanescente do crédito, exigível por intermédio de ação de cobrança<sup>57</sup>.

O entendimento encontra guarida nos princípios da boa-fé objetiva, (artigo 422), na função social dos contratos (artigo 421), na vedação de abuso do direito (artigo 187) e na vedação ao enriquecimento sem causa (artigo 884, todos do Código Civil).

Entretanto, por se tratar de obrigação bilateral, tais princípios precisam ser aplicados com equidade para ambos os lados, sob pena de violar o direito do credor, causando enriquecimento ilícito do devedor inadimplente, por exemplo.

Em segundo lugar, necessário ponderar que a teoria somente terá lugar diante de um inadimplemento do devedor, notadamente no caso de mora.

Assim, para aplicar a teoria do adimplemento substancial do contrato, necessário seria conhecer a medida da prestação irrisória, considerado o valor global do contrato e das obrigações contratadas. Inservível deve ser a prestação irrisória, ao ponto de não compensar, às partes, a rescisão do contrato, observando que o custo da operação de cobrança em razão da mora não justificaria as aplicações das penalidades contratuais como rescisão, passando, então, às partes interessar a composição ou cobrança simples do saldo devedor, no lugar do desfazimento do contrato com execução da garantia.

---

<sup>56</sup> SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos**: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210.

<sup>57</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 110.

Varela<sup>58</sup> apresenta em seu estudo os elementos da mora, indicando como possível considerá-la, na ausência de culpa das partes, como mero retardamento no cumprimento da obrigação. Para isso, não basta que a prestação que o devedor deixou de efetuar no momento oportuno ainda seja abstratamente possível; é necessário que, com o retardamento, a prestação não se torne inútil para o credor. Em seguida, trata de distinguir o descumprimento pelo devedor a partir de variantes fundamentais, consoante maior ou menor reprovabilidade da conduta do devedor em face das circunstâncias que o levaram ao inadimplemento, classificando assim a culpa em dolo ou negligência. No caso do dolo, há uma adesão da vontade do devedor ao comportamento ilícito, que é a falta de cumprimento da obrigação. No caso da negligência, o devedor age sem diligência, discernimento ou perícia que dele se exigiriam para evitar ou prevenir a falta de cumprimento. Entretanto, observa em suas notas que, nos contratos bilaterais, cada um dos contratantes deve poder confiar na diligência e na aptidão normais, médias, razoavelmente exigíveis do outro contraente.

Assim, pela aplicação desses ensinamentos, o inadimplemento deve ser mínimo, e o devedor não pode ter agido com dolo ou negligência.

O direito brasileiro, por sua vez, proíbe cláusulas potestativas, nas quais somente a vontade de uma das partes definirá sua aplicação ou não, de modo que não caberá ao julgamento dos contratantes a aferição de ser ou não o caso de dolo ou culpa, menos ainda poderiam as partes definir segundo seus critérios subjetivos os casos de resolução do contrato. É a lei que os define.

Torna-se, então, árdua a tarefa de defender o cumprimento substancial de um contrato firmado com cláusula resolutiva, como é o caso do contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária, se, ao final do prazo, e, dada a oportunidade de purgar a mora, o devedor deixar de se apresentar para cumprir sua obrigação vencida, retomando o curso normal do contrato. A ausência do devedor para purgar a mora leva o contrato garantido por alienação fiduciária à sua extinção.

---

<sup>58</sup> VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v II, p. 116.



De outra mão, pode repercutir de maneira embaraçosa a exigência da consolidação da propriedade em favor do credor, resolvendo o contrato que financiou uma aquisição em dez anos, se o devedor deixou de adimplir as últimas doze parcelas das cento e vinte originalmente contratadas. Mas, se o credor não puder executar a garantia no último ano do contrato, o incentivo perverso da proibição poderia ensejar uma inadimplência generalizada, uma vez que todos os contratantes presumiriam desnecessário o pagamento das parcelas do último ano de contrato, em decorrência da proibição de sua execução com a retomada do bem garantidor.

Em ambos os casos, a aplicação das regras do contrato pode parecer exagerada, mas são essas regras que mantêm o equilíbrio entre o direito das partes.

Não há na lei uma exata medida para indicar o que seria o cumprimento substancial do contrato, ou quantas parcelas pagas indicariam ter uma parte contribuído para o adimplemento substancial de sua obrigação. Olhando de outro ponto de vista, também não há medida para determinar sobre toda a obrigação contratual o que se poderia considerar “prestação inservível” ao credor.

Na história da alienação fiduciária de coisa móvel, encontramos no Decreto-lei nº 911/69 uma explicação para a formação do convencimento quanto ao valor ou quantidade de parcelas devidas na mora, para efeitos de quantificação da mora para a aplicação da teoria do adimplemento substancial da obrigação. Trata-se do já revogado parágrafo 1º do artigo 3º, que determinava<sup>59</sup> o direito do devedor, na ação de execução com pedido de busca e apreensão, de purgar a mora, caso já tivesse pago o equivalente a 40% (quarenta por cento) do preço financiado. Atualmente, a redação da lei autoriza<sup>60</sup> o devedor, após apreensão e remoção do

---

59 Texto original revogado – Art. 3º. O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor. § 1º Despachada a inicial e executada a liminar, o réu será citado para, em três dias, apresentar contestação ou, se já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado, requerer a purgação de mora. (revogado pela Lei 10.931 de 2004).

<sup>60</sup> Texto atualizado – Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente,

bem, a pagar integralmente a dívida pendente indicada na inicial da ação de execução, hipótese na qual o bem lhe será restituído.

Vivien Silva<sup>61</sup>, em seu trabalho a respeito do adimplemento substancial do contrato, descreve o contrato de alienação fiduciária no mesmo sentido de Noronha<sup>62</sup>, como espécie do gênero negócio fiduciário, cujos efeitos reais e obrigacionais incidem perante um mesmo objeto, na medida em que uma parte do contrato transfere à outra a propriedade de uma coisa, assumindo, a partir daí, uma obrigação de retransferir a mesma coisa depois de certo tempo. Observa que, para atender o interesse de garantia do negócio jurídico, a coisa somente retornará ao patrimônio do devedor se houver integral pagamento do preço ajustado, e passa a analisar a possibilidade de aplicação da teoria, a partir da identificação da proporção da liquidação da dívida.

Aguiar Júnior<sup>63</sup> destaca que a cláusula resolutiva poderá ser objeto de análise e avaliação, para aferir se estão presentes os requisitos exigidos para a resolução, verificar a validade da cláusula e se é importante o inadimplemento. Adverte, ainda, que, se o incumprimento do devedor, especialmente nos contratos com pagamentos parcelados, não ofende substancialmente o interesse do credor, a resolução da relação por invocação do pacto constitui abuso da posição jurídica e não deve ser referendada. Esse posicionamento, porém, não se sustenta frente à exceção da Lei Especial.

---

podendo ser apreciada em plantão judiciário. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014) - § 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no **caput**, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004) . § 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)

<sup>61</sup> SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos**: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223.

<sup>62</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 217.

<sup>63</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 183.

Já são antigas as proposições legislativas de estímulo à indústria da construção civil. Nesses modelos legislativos, há sempre um prazo para purgação da mora pelo devedor, mas, havendo cláusula resolutiva expressa nos contratos, findo o prazo após a notificação do credor, o contrato restará automaticamente extinto.

A exceção se faz aos contratos de promessa de compra e venda de imóvel pela Lei nº 4.591/64, que não indiquem cláusula resolutiva expressa, caso em que será necessária uma ação judicial, proposta após a notificação da Lei nº 745/69, com a finalidade de declarar a resolução do contrato, como é da norma geral, artigo 475 do Código Civil.

No caso de processo judicial para declarar a resolução, Aguiar Júnior admite a purgação da mora pelo devedor até o término do prazo para a contestação, ou mesmo depois da sentença, o que, de acordo com seu entendimento, denota-se alinhado com a exigência de boa-fé e por aplicação da regra do artigo 462 do CPC, para manter a eficácia do contrato ou superar as dificuldades que decorreriam de sua extinção expressa, cabendo ao juiz examinar a situação dos autos.

Eu não compartilho da mesma opinião, mas é importante estudar os reflexos indesejados da omissão da cláusula resolutiva expressa nos contratos de compra e venda de imóvel a prazo. Primeiro, porque as decisões judiciais implicam em reflexos econômicos de grande abrangência, influenciando o comportamento de credores e devedores para o futuro. Segundo, porque existe um componente puramente econômico que justifica e sustenta a legislação específica que trata de contratos de financiamento de massa.

Silva<sup>64</sup> defende a não concretização da mora se a prestação foi executada parcialmente, num montante que ela classifica como “quase integralmente”, de modo a propiciar a essencialidade da obrigação, justificando, segundo sua opinião, a

---

<sup>64</sup> SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos**: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223

permanência da posse do bem com o devedor. Observo que este estudo foi realizado a partir da aplicação da teoria estudada por Silva em casos de busca e apreensão de bens móveis, pautada pela orientação do Decreto-lei nº 911/69, analisando a hipótese de descumprimento do Decreto, que determina a concessão da liminar em favor do credor, uma vez comprovada a mora ou inadimplemento do devedor, em confronto com a relativização do conceito da mora, com vistas a diferenciar inadimplemento relativo e inadimplemento absoluto. Silva encerra explicitando a importância da valoração da parte inadimplida, realizada com base em critérios de gravidade da inexecução e satisfação do interesse do credor.

Desta feita, Silva conclui<sup>65</sup> que na inexecução ínfima da parte da prestação pelo devedor no contrato de alienação fiduciária em garantia em razão do inadimplemento substancial, a comprovação da mora seria afastada por inexistir violação material e grave da obrigação caracterizadora do inadimplemento absoluto.

Por outro lado, buscando o fundamento da teoria do adimplemento substancial dos contratos, verifico como pilar da teoria a exigência de equilíbrio do sinalagma diante da configuração do adimplemento substancial, encontrando guardada na estrutura do negócio jurídico a partir da vedação da aplicação do direito resolutorio, evitando o retorno das partes à situação anterior, o que implicaria despesas, o desfazimento do vínculo contratual, eventuais danos e legitimação da permanência do contrato como forma de garantir a realização do programa contratual de maneira satisfatória a ambas as partes<sup>66</sup>.

Ressalto que na obra de Silva não houve menção à garantia imobiliária, nem ao procedimento extrajudicial de execução discutido neste trabalho, mas sua posição é importante no sentido de permitir uma reflexão quanto à aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial do contrato, sendo capaz de afastar o procedimento de execução direta do bem extrajudicialmente.

---

<sup>65</sup> Vivien Silva cita em seu estudo apenas exemplos de alienação fiduciária de bens móveis, não trazendo qualquer referência a Lei 9514/97.

<sup>66</sup> SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos**: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211.

Embora não seja expressamente prevista no Código Civil, a teoria tem sido aplicada em muitos casos, inclusive pelo STJ, tendo como base, além do princípio da boa-fé, a função social dos contratos, a vedação ao abuso de direito e ao enriquecimento sem causa.

O artigo 393 do Código Civil permite que o contraente da obrigação se comprometa mesmo em caso fortuito ou de força maior. De fato, no silêncio do contrato, a lei exime o “devedor” da obrigação dos prejuízos havidos em decorrência dos eventos extraordinários.

Entretanto, pode o contratante se responsabilizar caso deseje, bastando afastar a isenção do artigo 393 do Código Civil.

Dessa forma, a consequência do inadimplemento resultante de caso fortuito ou de força maior, se o “devedor” não houver contratado a responsabilidade excepcional, será exonerado da responsabilidade por danos.

O Código de Processo Civil traz, no capítulo que trata da execução, a ordem de que seja processado o devedor da forma menos danosa. Entretanto, durante o cumprimento do contrato, não há dever de “ajuda” com finalidade de minimizar prejuízos do inadimplente.

Há, todavia, faculdades que assistem ao credor, como prorrogação de prazo, aceitação do cumprimento parcial da prestação, entre outros, que podem ser adotados com objetivo de manutenção do próprio contrato.

Outra solução seria converter o prejuízo de qualquer uma das partes em perdas e danos, verificada a inutilidade da prestação remanescente em razão da ocorrência da mora. Novamente nos deparamos com a dificuldade da apuração. Como definir em que casos seria possível apontar com certeza a inutilidade da prestação? Essa certeza é observada em determinadas obrigações, como no contrato de transporte ou de depósito, em que a obrigação é certa e por tempo determinado. Nesses casos, é possível imaginar que, não restituída a coisa no tempo exigido em contrato, poderia tornar-se ineficaz, a ponto de tornar-se inútil a entrega da coisa a destempo, justificando a conversão em perdas e danos.

Infelizmente tal raciocínio não se presta a solucionar contratos de financiamento a longo prazo, cujas variações econômicas, orientação dos juros e eventual desvalorização da garantia vão influenciar de forma determinante quanto à apuração do que se possa considerar prestação irrisória para fins de atender à teoria do adimplemento substancial do contrato.

Neste passo, irretocável a aplicação do artigo 50, da Lei 10.931/04, abrindo caminho para que o devedor deposite em juízo o valor incontroverso, da dita parcela irrisória.

Entretanto, a oferta do valor incontroverso e a discussão acerca do adimplemento substancial do contrato exige que o contrato não tenha sido extinto, portanto, a oferta do depósito deve acontecer antes da consolidação da propriedade que sucederá a notificação de mora do devedor.

De certo temos que a teoria do adimplemento substancial do contrato pugna pela manutenção do contrato, contra a determinação de extinção prevista na Lei nº 9.514/97, nos casos já tratados. A continuidade ou não da obrigação no tempo vai depender, na essência, de três requisitos. Primeiro: a oferta do valor devido e incontroverso; segundo: da quantidade de parcelas faltantes tornar o cumprimento do contrato algo mais positivo e racional do que sua extinção; terceiro: haver concreta capacidade e real interesse do devedor em retomar, de forma imediata, o fluxo de pagamentos previsto no contrato, condição sem a qual não se justifica a promoção de uma ação judicial com tal pedido, confirmando, na ausência de tais requisitos, que a extinção do contrato por inadimplemento é medida que se impõe.

### **3.2 A subsidiariedade da Lei da Hipoteca (Decreto-lei nº 70/66)**

A aplicação subsidiária do Decreto-lei nº 70/66 está previsto na Lei nº 9.514/97. Os limites desta aplicação, não.

A instituição da alienação fiduciária sobre imóveis foi concebida como alternativa moderna à estruturação que já existia na garantia real de hipoteca, com diferenciação em nuances e repercussões sobre a propriedade da coisa, partição da

propriedade em direta e indireta, bem como procedimentos de acesso do credor à execução da garantia.

Assim, não devemos vestir a alienação fiduciária com as roupas da hipoteca, porque os institutos são diferentes, e merecem reflexões sérias para considerar a justificativa subjetiva e de direito material que sustentam as duas ferramentas.

Na defesa do devedor encontramos argumentos que trazem uma discussão a respeito da subsidiariedade da aplicação da Lei da Hipoteca na realização do leilão extrajudicial previsto na Lei nº 9.514/97. Observo que nos casos exemplificativos colacionados a seguir, o devedor buscou no Poder Judiciário, após a realização do leilão extrajudicial, a anulação do leilão, quando, segundo o texto da lei, o contrato foi extinto no décimo sexto dia após a intimação do devedor sem que tenha sido purgada a mora, cujo efeito foi a consolidação da propriedade em favor do credor, conforme analisado no segundo capítulo.

A legislação nova da alienação fiduciária de imóveis trouxe certa inspiração no Decreto-lei nº 70/66, o que não significa dizer que os próprios dispositivos da Lei nº 9.514/97 deixam de ser aplicados para prestigiar a lei anterior. Não é esse o intuito da nova lei.

No mesmo sentido, Araken de Assis<sup>67</sup> justifica que, diferente de uma ação de execução comum, nos casos de execução hipotecária não cabe preferência ao credor na adjudicação do bem hipotecado e penhorado na ação judicial, em razão do que classifica como função social do agente financeiro, que consiste, em suas palavras, em financiar tão somente os imóveis. Assim, apenas em último caso os imóveis poderiam ver-se incorporados ao patrimônio do credor hipotecário, desde que frustradas a primeira e segunda praça.

Nesse contexto legislativo sofisticado, deparamo-nos com uma decisão que, fazendo uso da aplicação subsidiária do Decreto-lei nº 70/66, subverte a

---

<sup>67</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1136.

aplicação da Lei da Alienação Fiduciária, criando direitos e figuras jurídicas onde não havia no texto da lei.

Analisemos a decisão do Superior Tribunal de Justiça que destacou a necessidade de intimação dos ex-proprietários a respeito das datas de realização do leilão de alienação do bem, sob pena de nulidade, justamente com fundamento na subsidiariedade do Decreto-lei nº 70/66. No caso em análise, o STJ dá provimento ao Recurso Especial que pugna pela anulação de leilão extrajudicial da Lei nº 9.514/97, obrigando o credor a promover a notificação pessoal do devedor fiduciante quanto às datas de realização do leilão.

Se o leilão ocorre pela execução judicial do contrato, o rito a ser seguido é o da execução por quantia certa, previsto no artigo 824 e seguintes do Código de Processo Civil. Neste procedimento está prevista a intimação da penhora, obrigando-se ainda, no caso de penhora de bem imóvel ou direito real, a intimação do cônjuge. O procedimento avança com a avaliação do ativo e alienação que poderá ser realizada por iniciativa particular ou por leilão judicial.

Do leilão judicial previsto no código de processo civil, deverá ser intimado o devedor, conforme previsto no artigo 889.

Entretanto, denota-se um equívoco na aplicação da lei a exigência de intimar o ex-proprietário quando o leilão ocorre de forma extrajudicial, após a consolidação da propriedade, nos moldes da Lei nº 9.514/97, como se vê:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE LEILÃO EXTRAJUDICIAL. LEI Nº 9.514/97. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL. NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR FIDUCIANTE. NECESSIDADE. PRECEDENTE ESPECÍFICO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

"No âmbito do Decreto-Lei nº 70/66, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito se encontra consolidada no sentido da necessidade de intimação pessoal do devedor acerca da data da realização do leilão extrajudicial, entendimento que se aplica aos contratos regidos pela Lei nº 9.514/97", (REsp 1447687/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 08/09/2014).  
2. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- STJ, AgRg no REsp 1367704 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2013/0035337-1, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverido, Terceira Turma, julgado em 04/08/2015, publicado em 13/08/2015.



Esse julgado do Agravo Regimental em Recursos Especial baseia-se em julgado anterior, que consolida entendimento acerca da aplicação do Decreto-lei nº 70/66 nas execuções extrajudiciais da Lei nº 9.514/97, trazendo obrigatoriedade que não está descrita na lei em relação à notificação do devedor quanto ao leilão extrajudicial. E não há sentido para isso.

No julgado a seguir, mais um exemplo da distorção que atualmente serve de base e fundamento para novas decisões.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ARREMATAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. LEI Nº 9.514/97. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR FIDUCIANTE. NECESSIDADE.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. A teor do que dispõe o artigo 39 da Lei nº 9.514/97, aplicam-se as disposições dos artigos 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70/66 às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere a Lei nº 9.514/97. 3. No âmbito do Decreto-Lei nº 70/66, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito se encontra consolidada no sentido da necessidade de intimação pessoal do devedor acerca da data da realização do leilão extrajudicial, entendimento que se aplica aos contratos regidos pela Lei nº 9.514/97. 4. Recurso especial provido.

- STJ, REsp 1447687 / DF RECURSO ESPECIAL 2014/0080873-8, Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/08/2014, publicado em 08/09/2014.

Esse círculo de fundamentação equivocada precisa ser interrompido.

Ora, não se trata de execução do SFH – Sistema Financeiro da Habitação, como já foi tratado anteriormente, no qual, pela aplicação do disposto na Lei da Hipoteca, o credor que promove a execução extrajudicial do crédito, com leilão administrativo, deve intimar o devedor da data do leilão. Tal medida se justifica no caso da hipoteca em razão da possibilidade de purgação da mora, prevista no Decreto-lei nº 70/66, que assegura, no artigo 33, o direito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, de purgar o débito hipotecário.

A mesma sorte não assiste à execução extrajudicial da alienação fiduciária de imóvel, uma, porque não se trata de SFH, mas, no âmbito da Lei nº 9.514/97, foi criado um outro sistema complexo e completo, denominado SFI – Sistema Financeiro Imobiliário, como já foi analisado anteriormente. De essencial,

podemos destacar que não há benefício algum que justifique a chamada do antigo devedor fiduciante ao leilão da propriedade fiduciária, porque o contrato já se encontra extinto desde o dia que antecede a consolidação da propriedade.

Diferentemente da execução hipotecária, que poderia se dar por via judicial ou extrajudicial, a purgação da mora pelo devedor inadimplente seria sempre possível, até o momento da assinatura do auto de arrematação, o que justificaria sua presença no leilão. Ademais, até a expropriação que ocorrerá, nos casos de execução hipotecária, com a alienação do bem em leilão, o devedor permanece proprietário do bem. Isso não acontece no caso da consolidação da propriedade fiduciária, que é transmitida ao credor fiduciário no décimo sexto dia após o prazo para purgação da mora, com o recolhimento de impostos de transmissão, inclusive.

Com respeito às posições contrárias, obrigar o credor a intimidar o devedor que não poderá purgar a mora no leilão extrajudicial da alienação fiduciária não faz sentido, além de provocar imensa e desnecessária dor ao devedor que acaba de ser expropriado de seu imóvel.

Não há serventia em expor o expropriado se, após a consolidação da propriedade, o contrato se extingue, e nada mais poderá ser feito.

A exceção se faz se, ao expropriado for garantido – por alteração na lei – o direito de preferência para a arrematação do imóvel. Essa preferência, que deve ser articulada de modo a não criar um impedimento ou dificuldade à realização do leilão, permitindo a cientificação do expropriado acerca das datas dos leilões por intermédio de remessa de carta simples ao endereço constante no contrato, por exemplo, pode melhorar o sentimento de justiça social e igualdade, permitindo ao expropriado ou seus familiares, agirem no sentido de promoverem a recuperação do bem em leilão, exercendo a preferência, diante de lances em igualdade de condições.

Um argumento possível seria o de oferecer oportunidade ao devedor fiduciário expropriado para arrematar o próprio imóvel em igualdade de condições com outros licitantes. Nada na lei impede que concorra. Nesse caso, apenas pelo exercício da lógica, é necessário cautela para não criar um incentivo perverso ao

devedor. Primeiro, porque, se houve consolidação da propriedade em favor do credor, sabidamente houve inadimplência e não foi utilizada a oportunidade de purgação da mora. Segundo, porque, para realização do leilão extrajudicial, o credor é obrigado a pagar integralmente os débitos de IPTU e de condomínio que houver antes de oferecê-lo à praça. Além disso, a consolidação da propriedade imprime obrigatoriedade de recolhimento de ITBI para transferência da propriedade em nome do credor. Assim, enfrenta-se uma dificuldade quase insustentável na ordem de probabilidades de haver lance do devedor expropriado, que, em tese, deveria ressarcir o credor de todas as despesas incorridas, saldar o saldo devedor e recolher novo ITBI para novamente transferir a propriedade para o seu nome.

Há exemplo contrário aos anteriores. Aqui os julgadores identificaram a conduta maliciosa do devedor fiduciante na medida em que ingressou com ação de consignação de pagamento, cuja conduta foi compreendida como utilização abusiva do direito, diante da utilização da inadimplência contratual de forma consciente para ao final cumprir o contrato por forma diversa daquela contratada, frustrando intencionalmente as expectativas do agente financeiro contratante e do terceiro de boa-fé, que arrematou o imóvel:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.518.085 - RS (2015/0045085-1) RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE RECORRENTE : ANA PAULA VIEIRA DE MORAES ADVOGADO : ITIBERÊ PEDROSO RECORRIDO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL PROCURADOR : KARINE VOLPATO GALVANI E OUTRO(S) – EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL. LEI N. 9.514/1997. QUITAÇÃO DO DÉBITO APÓS A CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR FIDUCIÁRIO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DECRETO-LEI N. 70/1966. PROTEÇÃO DO DEVEDOR. ABUSO DE DIREITO. EXERCÍCIO EM MANIFESTO DESCOMPASSO COM A FINALIDADE. 1. É possível a quitação de débito decorrente de contrato de alienação fiduciária de bem imóvel (Lei nº 9.514/1997), após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Precedentes. 2. No âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato não se extingue por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, após a lavratura do auto de arrematação. 3. A garantia do direito de quitação do débito antes da assinatura do auto de arrematação protege o devedor da onerosidade do meio executivo e garante ao credor a realização de sua legítima expectativa – recebimento do débito contratado. 4. Todavia, caracterizada a utilização abusiva do direito, diante da utilização da inadimplência contratual de forma consciente para ao final cumprir o contrato por forma diversa daquela contratada, frustrando intencionalmente as expectativas do agente financeiro contratante e do terceiro de boa-fé, que arrematou o imóvel, afasta-se a incidência dos dispositivos legais mencionados. 5. A propositura de ação de consignação, sem prévia recusa do recebimento, inviabilizou o oportuno conhecimento da pretensão de pagamento pelo credor, ensejando o prosseguimento da alienação do imóvel ao arrematante de boa-fé. 6. Recurso especial não provido.

Assim, o acórdão reconhece o momento da extinção da obrigação contratual do mútuo, bem como classifica como abusiva a conduta do devedor no sentido de buscar no Poder Judiciário guarida para não dar integral cumprimento ao contrato.

Trata-se de uma incoerência técnica que combinou de maneira inadequada a legislação da hipoteca, o código de processo civil e a lei da alienação fiduciária, e merece correção.

Os limites da subsidiariedade da lei da hipoteca à aplicação judicial da alienação fiduciária precisa ser melhor definida.

Observo a seguir julgado que traz princípios que poderão causar confusão, porque, no mútuo tomado sob a égide do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça<sup>68</sup>, no sentido de que a execução restará satisfeita com a adjudicação do bem pelo credor hipotecário, havendo, portanto, proibição da continuidade da cobrança nesses casos, ainda que haja saldo remanescente, considerando-se, ainda, o valor do débito e não o valor da avaliação, se aquele for superior, exonerando o executado da obrigação de pagar o restante da dívida.

Fora do âmbito do SFH, no entanto, o entendimento foi contrário, autorizando a continuidade da execução pelo saldo remanescente. Como vemos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MÚTUA HIPOTECÁRIO NÃO VINCULADO AO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. EXECUÇÃO. ARREMATACÃO PELA CREDORA. SALDO REMANESCENTE. NÃO APLICAÇÃO DAS REGRAS PREVISTAS NA LEI N. 5.741/71. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES. 1. As regras previstas na Lei n. 5.741/71 são aplicáveis somente para os contratos vinculados ao SFH. Precedentes: REsp n. 605.357/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, unânime, DJU de 02.05.2005; REsp n. 605.456/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, unânime, DJU de 19.09.2005; REsp n. 78.365/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Turma, unânime, DJU de 08.09.1997; REsp n. 421.272/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, unânime, DJU de 10.03.2003; REsp n. 664.058/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, unânime, DJU de 06.06.2005. 2. Embargos de divergência não conhecidos.

---

<sup>68</sup> Corte Especial do STJ, EREsp. 788.571, julgado em 21/05/2008, Rel. Min. José Delgado, publicado em 25/09/2008. No mesmo sentido Terceira Turma do STJ, Resp 1.091.318-PR, julgado em 02/12/2008, Rel. Min. Massami Uyeda, publicado em 19/12/2008.

De outra mão, no caso de a avaliação superar o valor do crédito hipotecário, e, havendo adjudicação do bem ao credor, é obrigação do agente financeiro a restituição da diferença em favor do devedor expropriado, também pela leitura de julgados do STJ<sup>69</sup>.

Assim, no caso de adjudicação do bem hipotecado, após o segundo leilão, também resultará em quitação integral da dívida contraída pelo SFH, o mesmo sistema projetado para quitação com relação à dívida contraída com garantia de alienação fiduciária.

Essas regras de quitação se assemelham na legislação do SFH e SFI. No SFH, havendo adjudicação pelo credor, a quitação da hipoteca é obrigatória; entretanto, se o valor da avaliação sobejar do valor da dívida, é obrigatória a restituição do saldo credor ao devedor.

Se o valor da alienação do bem hipotecado for inferior ao valor da dívida, o credor pode perseguir o saldo remanescente por intermédio da execução de outros bens do acervo particular do devedor.

O que não acontece no caso da alienação fiduciária de imóvel do SFI, pelo qual eventual devolução de saldo credor ocorreria na única hipótese de haver licitantes em leilão público, tendo sido arrecadado na arrematação valor superior ao valor da dívida, não se vinculado o credor diretamente ao valor da avaliação. Tanto é

---

<sup>69</sup> STJ, Terceira Turma RECURSO ESPECIAL Nº 1.124.362 - SP (2009/0029996-6), julgado em 15/12/2011, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, publicado em 21/05/2012, cuja ementa segue: "RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. ADJUDICAÇÃO DO BEM PELO AGENTE FINANCEIRO. DIREITO À DEVOLUÇÃO AO EXECUTADO DA DIFERENÇA ENTRE O SALDO DEVEDOR E O VALOR DO BEM ADJUDICADO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ART. 7º DA LEI 5.741/71. CONCREÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. 1. Execução hipotecária em que valor da avaliação do imóvel superou o montante do saldo devedor remanescente. 2. Correta a determinação pelo juízo à instituição financeira adjudicante de restituição aos mutuários da diferença. 3. Interpretação da regra do art. 7º da Lei 5.741/71 à luz dos princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da função social do contrato. 4. Doutrina e jurisprudência desta Corte acerca do tema controvertido. 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO." Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1103279&num\\_registro=200900299966&data=20120521&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1103279&num_registro=200900299966&data=20120521&formato=PDF). Acesso em 15 jun. 2016.

que, se não houver licitantes após o segundo leilão, o credor é obrigado a dar quitação ao devedor, não havendo falar em compensação de valores. No SFI também não se permite a perseguição pelo credor de saldo remanescente, uma vez que a consolidação da propriedade do bem garantidor em favor do credor em si sempre resultará em quitação ao devedor fiduciante.

A mesma confusão se verifica quando confrontamos a proibição do pacto comissório e a garantia fiduciária, lembrando que a alienação fiduciária de imóveis criada pela Lei nº 9.514/97 antecede o atual Código Civil, Lei nº 10.406/2002 e alterações do Capítulo IX – Da Propriedade Fiduciária pelas Leis posteriores nº 10.931/2004 e nº 13.043/2014. O texto do Código Civil assim determina: “Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento”, e se complementa para exterminar a proibição do pacto comissório no parágrafo único, que diz: “O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta”.

Permite-se a continuidade da cobrança no caso da alienação fiduciária de bens móveis, se o saldo devedor não for alcançado pelo produto da venda em leilões do bem. Tal permissão não assiste contratos de alienação fiduciária de imóvel.

Mas, o fato de a Lei nº 9.514/97 ter declarado que se aplicam as disposições dos artigos 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, trouxe grande rede de interpretações equivocadas.

Em primeiro lugar, é importante verificar que os referidos artigos do Decreto-lei nº 70/66 tratam da execução da hipoteca.

Já a Lei nº 9.514/97 cria um regime jurídico completo para a instituição da garantia fiduciária de imóvel, sob o regime fiduciário do artigo 1.361 e seguintes do Código de Processo Civil.

Desta feita, somente podem ser aplicados os artigos da lei anterior à posterior naquilo que não contrariam a criação do novo regime de garantia fiduciária

de imóvel. Ora, não há razão para impor que tais leis se conversem e se associem, quando forem contrárias. Na verdade, o que se buscou determinar foi, quando houver lacuna na Lei nº 9.514/97, e, sendo compatível a aplicação do disposto no capítulo da execução hipotecária descrito nos artigos 29 a 41 do Decreto-lei nº 70/66, aplicar as disposições da lei mais antiga.

Ora, não haveria razão para matar a Lei nº 9.514/97 em seu nascimento, criando um regime jurídico próprio, mas anulando sua inovação pela aplicação da lei mais antiga, cujas imperfeições buscava aperfeiçoar.

Tais dispositivos tratam da execução da hipoteca, e sua contribuição terrível<sup>70</sup> ao conceito da execução extrajudicial para alienação fiduciária tem sido confundir julgadores que não compreendem em que exato momento da execução a obrigação principal está extinta, motivo pelo qual esta reflexão busca aclarar, com a leitura sistemática dos institutos, a verdadeira – e talvez mais eficaz – intenção da lei.

---

<sup>70</sup> O Decreto-lei nº 70/66 institui normas para a execução da hipoteca e, como destaque, dentre os citados artigos 29 a 41 “aplicáveis” à Lei nº 9.514/97 por força do artigo 39, inciso II da própria Lei da Alienação Fiduciária, destaco os seguintes artigos, que, traçando uma análise sistemática, não podem ser aplicados à alienação fiduciária naquilo que contradizem a própria lei nova, ou seja, os artigos de execução hipotecária serão úteis e servíveis na medida em que não se confrontem com o que a própria Lei da Alienação Fiduciária trouxe de inovação para seus procedimentos próprios de execução, sem o que não faria sentido algum anular os efeitos da inovação pelas disposições gerais em que se aplicam tais artigos da lei mais antiga na execução da mais recente. Ademais, o Decreto-lei nº 70/66 trata de hipotecas compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação, o Banco Nacional da Habitação, o que não é o caso. São eles:

Art 32. Não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado. § 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance obtido for inferior ao saldo devedor no momento, acrescido das despesas constantes do artigo 33, mais as do anúncio e contratação da praça, será realizado o segundo público leilão, nos 15 (quinze) dias seguintes, no qual será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior à soma das aludidas quantias. § 2º Se o maior lance do segundo público leilão for inferior àquela soma, serão pagas inicialmente as despesas componentes da mesma soma, e a diferença entregue ao credor, que poderá cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito, sem nenhum direito de retenção ou indenização sobre o imóvel alienado. Art 34. É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o artigo 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos [...] Art 37. Uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acordo com o artigo 32, será emitida a respectiva carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário, e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas, documento que servirá como título para a transcrição no Registro Geral de Imóveis. § 1º O devedor, se estiver presente ao público leilão, deverá assinar a carta de arrematação que, em caso contrário, conterá necessariamente a constatação de sua ausência ou de sua recusa em subscrevê-la.

Retomando o raciocínio anterior, vimos que a hipoteca é direito real sobre coisa alheia; já a alienação fiduciária é garantia real sobre coisa cuja propriedade fora cindida entre credor fiduciário e devedor fiduciante. Logo, a alienação fiduciária é a garantia constituída sobre coisa própria do credor, ainda que conviva com a copropriedade do devedor.

Pois bem, as disposições gerais e finais da Lei 9.514/97 indicam que às operações de financiamento imobiliário a que se refere a lei não se aplicam as disposições do Sistema Financeiro da Habitação – SFH criado pela Lei nº 4.380/64, e, de outro lado, aplicam-se as disposições dos artigos 29 a 41 do Decreto-lei nº 70/66.

Os artigos 29 a 41 do Decreto-lei nº 70/66 tratam de regras de execução da garantia hipotecária. Nesses, apenas para exemplificar, há previsão para que o devedor possa purgar o débito a qualquer momento até a assinatura do auto de arrematação (artigo 34); possibilita-se a continuidade da ação de cobrança pelo saldo remanescente apurado após dedução do valor arrecadado com a alienação do bem (artigo 32, parágrafo 2º); fixa-se obrigação de intimação do devedor para que esteja presente no leilão, devendo, inclusive, assinar o termo de arrematação (artigo 37, parágrafo primeiro).

Como se vê, esses dispositivos podem levar o leitor ao equívoco, se interpretados fora do contexto de um sistema de leis, embaralhando sensivelmente o trâmite executório extrajudicial pensado para a alienação fiduciária de imóvel.

O que observamos durante a pesquisa é uma inclinação dos Tribunais em aplicar tais dispositivos de execução da hipoteca para alterar o rito previsto na Lei nº 9.514/97, confundindo os institutos onde não há similaridade, e acabando por declarar nulo o leilão da alienação fiduciária sem regular intimação do “devedor”. Uma compreensão no sentido diametralmente oposto ao que está determinado na Lei da Alienação Fiduciária.

Recorto nas notas um breve histórico de decisões do Superior Tribunal de Justiça, cuja interpretação altera dispositivos da lei por intermédio de uma leitura



integrada com a legislação de hipoteca, confundindo os procedimentos e exigindo atos jurídicos inexistentes no procedimento da Lei nº 9.514/97<sup>71</sup> <sup>72</sup>

Com isto, fica evidenciado que a análise da letra da lei fora do contexto do sistema pode gerar distorções e injustiças.

Apontamos no curso do trabalho a evolução filosófica como justificativa da separação de propriedades, garantias e ferramentas sofisticadas de execução com vistas a não sobrecarregar o Poder Judiciário com demandas que buscam o simples cumprimento de contratos, bem como com objetivo transparente de dar às partes acesso às garantias para manter viva e eficiente a circulação de riquezas. Contudo, as distorções da má aplicação da lei são resultados perversos que incidem sobre o sistema, na medida em que, sem observar os princípios e a intenção do legislador, a sociedade se inclina aos caminhos já conhecidos, afastando as partes das soluções previstas na lei, e esvaziando as ferramentas legais específicas.

---

<sup>71</sup> Processo AgRg no AREsp 604510 RS, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0278602-6, Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento 25/08/2015, Data da Publicação/Fonte DJe 28/08/2015 Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESERÇÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. RENOVAÇÃO DO PEDIDO. DESNECESSIDADE. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE. LEI N. 9.514/97. INTIMAÇÃO PARA PURGA DA MORA. PESSOAL. NECESSIDADE. INTIMAÇÃO POR EDITAL NULA. 1. A assistência judiciária gratuita estende-se a todas as instâncias e a todos os atos do processo. 2. A renovação do pedido ou a comprovação de que a parte recorrente é beneficiária da justiça gratuita não é necessária quando da interposição do recurso especial. 3. A intimação por edital é nula quando o credor fiduciário restringe-se a enviar a notificação para purgação da mora apenas por via postal, não providenciando a intimação pessoal por intermédio de oficial de registro de imóveis. 4. Agravo regimental provido para, conhecendo-se do agravo, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

<sup>72</sup> Processo AgRg no REsp 1367704 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2013/0035337-1, Relator(a) Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO (1144), Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento 04/08/2015, Data da Publicação/Fonte DJe 13/08/2015 - Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE LEILÃO EXTRAJUDICIAL. LEI Nº 9.514/97. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL. NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDORFIDUCIANTE. NECESSIDADE. PRECEDENTE ESPECÍFICO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. "No âmbito do Decreto-Lei nº 70/66, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito se encontra consolidada no sentido da necessidade de intimação pessoal do devedor acerca da data da realização do leilão extrajudicial, entendimento que se aplica aos contratos regidos pela Lei nº 9.514/97" (REsp 1447687/DF, Rel., Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 08/09/2014). 2. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

### **3.3 Execução judicial do contrato**

Como já foi dito, o contrato garantido por alienação fiduciária de imóvel traz alguns elementos especiais a serem aplicados em caso de mora. Em primeiro lugar, porque é claro o interesse do legislador em promover a retomada do contrato, prazos e parcelas, permitindo que a mora seja purgada pelo devedor após notificação da mora, independente de processo judicial.

Assim, após o recebimento da notificação administrativa, que indica o valor atualizado das parcelas vencidas e seus encargos, o devedor pode purgar a mora, realizando o pagamento de tais parcelas atrasadas no cartório notificantes, retomando o curso normal de pagamento tal como previsto no contrato. Observe-se que a purga da mora afasta o vencimento antecipado do contrato.

Entretanto, a lei civil não faz distinção entre créditos, e, embora a Lei nº 9.514/97 tenha sido criada para fomentar o financiamento imobiliário independente de ação judicial para recuperação do crédito e execução da garantia, nada impede o credor de utilizar o veículo processual de ação de execução para promoção de seu crédito.

Diante disto, reflito a respeito da judicialização de contratos feitos para não necessitarem de processo judicial, o que, a despeito da garantia constitucional do acesso à justiça, é um evento indesejável, porque vai levar ao Poder Judiciário matéria cujo refinamento da lei já criou mecanismos extrajudiciais de solução de conflito.

Assim, nada impede que o credor fiduciário execute a dívida por intermédio de ação judicial, mas essa decisão afastaria o credor do procedimento especial. A lei determina preferência em excutir a coisa hipotecada ou empenhada, com preferência a outros credores em razão do ônus real que grava a coisa garantidora.

Entretanto, a execução do crédito garantido por alienação fiduciária, na modalidade judicial, tem vocação para afastar algumas ferramentas importantes da

lei, das quais tratamos no segundo capítulo, com repercussão perversa sobre a natureza especialíssima da garantia.

A execução judicial afasta o devedor da possibilidade de purgar a mora após a notificação do débito, uma vez que a ação de execução, via de regra, se instrumentaliza com contratos de crédito que preveem o vencimento antecipado da dívida em caso de mora. Observo que, fosse utilizado o procedimento previsto na lei especial, não haveria evento de vencimento antecipado na cobrança administrativa, sob pena de negar ao devedor o direito de retomar o curso do contrato e fluxo de pagamentos, tal como previsto na lei.

A execução judicial, por outro lado, favorece o credor, pois o desobriga a dar quitação, como demonstrado em diversas passagens deste trabalho, seja pela consolidação da propriedade em favor do credor, seja porque ainda não se viram aplicadas contra o credor o entendimento dos tribunais superiores verificada nos casos de hipoteca, que tratam da quitação ao devedor, dependendo do valor da avaliação judicial do bem, como apontado no item anterior.

Em seguida, vejo claramente a abertura da possibilidade de executar, e eventualmente receber, além do valor apurado na garantia, posto que a ação de execução judicial se processará pelo valor de face do título e não pelo valor da garantia. Assim, se houver penhora e praça, o valor apurado em leilão será convertido ao credor, facultando-lhe a continuidade da execução sobre outros bens caso o valor da dívida não tenha sido satisfeito com o apurado em leilão de bens. O que contraria o espírito da lei especial que pensou a garantia para que se bastasse como garantia do crédito.

Observe-se que, apesar de haver outros bens do devedor passíveis de penhora judicial, existe uma propriedade cindida em propriedade direta e indireta, partilhada entre credor e devedor.

Então restam as perguntas: o que fazer na hipótese de o credor fiduciário que optou por execução judicial não desejar a penhora da garantia real? Poderia o credor avançar sobre outros bens? Pode o credor fiduciário promover a penhora sobre imóvel de sua propriedade fiduciária?

Em verdade, o credor pode optar pela execução, e dentro do procedimento judicial poderá obter a penhora de outros bens do devedor, além do direito real de aquisição de que o devedor é titular, decorrente do contrato de alienação fiduciária.

O assunto toma corpo quando se analisam casos de alienação fiduciária em garantia para contratos não habitacionais, nos quais podem ser alienados fiduciariamente na garantia do empréstimo, uma planta industrial ativa ou até o terreno sobre o qual será erigido um empreendimento imobiliário futuro. Este segundo ponto será analisado a seguir.

Nestes casos de transações vultosas, não faria sentido a retomada do bem e quitação integral da dívida conforme determina a Lei, ao custo de um prejuízo social, de consolidação da propriedade de uma fábrica ou de um empreendimento em construção, por exemplo.

O professor Chalhub<sup>73</sup> destaca as situações nas quais é possível, em caráter excepcional, a satisfação do crédito por medida judicial: (i) nos casos em que o imóvel tenha sido destruído no todo ou em parte e o devedor tiver outros bens penhoráveis suficientes para a satisfação do crédito; (ii) na hipótese de depreciação do imóvel; (iii) no caso de equívoco na concessão do crédito, em que tenha havido erro de avaliação do bem garantidor. Chalhub assevera que, uma vez que o credor tome conhecimento de que o valor do imóvel não será suficiente para satisfazer por inteiro seu crédito, avaliará, por ocasião da mora, a conveniência de promover a cobrança mediante procedimento judicial como alternativa ao procedimento da Lei Especial.

Em outras palavras, ele vê a possibilidade de o credor promover ação judicial de execução do contrato, mas lembra bem que o devedor é detentor de direito real de aquisição do imóvel, cuja propriedade foi cindida. Assim, é necessário refletir sobre a efetividade ou preferência da penhora sobre um bem cuja propriedade é partilhada por credor e devedor.

---

<sup>73</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 253.

O Código Civil, no artigo 1.422, dá ao credor de garantia real o direito de excussão do bem garantidor com preferência sobre o pagamento dos demais credores, observada a prioridade do registro imobiliário.

Como já foi dito, o artigo 1.430 do Código Civil oferece ao credor hipotecário a faculdade de perseguir o saldo remanescente do crédito no caso do produto da alienação do bem excutido não bastar para o pagamento da dívida, o que não ocorre no caso da execução da alienação fiduciária. Levanto aqui uma importante questão: se o imóvel da alienação fiduciária for excutido por intermédio de processo judicial de execução, o credor fiduciário poderia valer-se da regra geral para perseguir eventual saldo remanescente na eventualidade do produto de leilão judicial não ser bastante para o pagamento integral da dívida?

Aqui destaco duas proposições: a primeira para os casos de execução de unidade habitacional, na qual a execução judicial ou administrativa deve valer-se da expropriação da garantia e encontrar seu fim nela, encerrando o direito de crédito do credor com a consolidação da propriedade na execução extrajudicial, ou no leilão judicial do bem, extinguindo-se e quitando-se o contrato.

Estas sugestões prestigiam o espírito da Lei nº 9.514/97, fazendo prevalecer nos casos de financiamento no âmbito do SFI, a quitação da obrigação contratual com a expropriação da unidade habitacional, seja nos casos de leilão extrajudicial, seja nos casos de expropriação do bem garantidor por via judicial.

A segunda proposição, para hipóteses de financiamento industrial com garantia de alienação fiduciária, em que partes sofisticadas contratam mútuo com garantia real, fugindo da essência de fomento ao crédito habitacional que inspira a Lei nº 9.514/97, entendo razoável garantir ao credor a continuidade da execução pelo saldo remanescente, abatendo-se o eventualmente apurado com a praça do bem garantidor, que, seguindo critérios de razoabilidade e eficiência, podem não ser penhorados e ser preteridos, caso o devedor possua outros bens que possam responder pela dívida.

### **3.4 A execução do incorporador e a Súmula 308 do STJ**

Novamente estudamos um caso em que maduras convicções judiciais estabelecidas sob uma legislação diferente repercutem de maneira impropria na vigência da lei especial.

Analisaremos a aplicação da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça para casos em que o incorporador, ao tomar recursos para a consecução do empreendimento, aliena fiduciariamente o imóvel e futuras acessões à instituição financeira financiante.

Quais os efeitos da execução da garantia de alienação fiduciária formalizada sobre planta industrial ou sobre empreendimento a ser construído, e as consequências quando é parte do negócio o consumidor adquirente de unidades prometidas à venda?

Importante observar que existe uma enorme diferença entre as estruturas de hipoteca e alienação fiduciária, conforme já ficou evidenciado nos capítulos anteriores.

Observe-se o que diz a Súmula 308, que data de 30 de março de 2005: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da Promessa de Compra e Venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Na hipoteca, o terreno e acessões denotam-se propriedade do incorporador, e tais bens “hipotecados” em garantia permanecem em nome do incorporador até conclusão da obra. Os adquirentes têm direito aquisitivo futuro à propriedade que está gravada com ônus real pelo incorporador ao agente financeiro.

As hipóteses de extinção da hipoteca previstas no artigo 1.499 do Código Civil, consistem em a) extinção da obrigação principal; b) perecimento da coisa; c) pela resolução da propriedade; d) pela renúncia do credor; e) pela remição; f) pela arrematação do bem hipotecado.

Todas as hipóteses exigem o cumprimento da regularização da extinção da hipoteca por intermédio de averbação do cancelamento no Cartório de Registro de Imóveis competente, mediante apresentação da prova de extinção da hipoteca.

A Súmula 308 STJ trata como perecimento da coisa a hipoteca instituída pelo incorporador para garantir o financiamento da produção, calando-se quanto à solução apresentada no Código Civil de 2002 em seu artigo 1.488, no sentido de transportar o ônus real, proporcionalmente, à unidade autônoma futura.

Assim, a Súmula elastece o entendimento de perecimento da coisa, atribuindo uma compreensão de que a garantia perece com a realização da transferência da propriedade por compra e venda ao consumidor. Trata-se de uma interpretação discutível, diante do texto do artigo 1.488 do Código Civil, cuja aplicação se solidificou com a Súmula.

Entretanto, esse artigo do Código Civil está na contramão do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que autoriza o desmembramento da propriedade hipotecada, cindindo a garantia e gravando as unidades autônomas de forma independente, na proporção do valor do bem e do crédito garantido.

Art. 1.488. Se o imóvel dado em garantia hipotecária vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito.

A análise do artigo causa grande inquietação no exercício de compreender qual o bem maior protegido pela Súmula 308 do STJ, que autoriza o desmando da lei, tal como colocada no Código Civil de 2002.

A construção jurisprudencial nitidamente alargou o entendimento sobre “perecimento da coisa” para deixar de aplicar o artigo 1.488 do Código Civil, de modo a alcançar a liberação da unidade independente de ônus real previamente constituído.

De um lado, não vejo impedimento da hipoteca do incorporador conviver com uma nova hipoteca, tomada pelo consumidor, no momento das chaves. Isso porque, uma vez concluída a construção, a hipoteca sobre o terreno onde se erigiu o empreendimento passa a onerar parcialmente a unidade pronta, e não deve consumir a totalidade de valor da unidade nova, porque trata-se da hipoteca garantidora do financiamento da obra, que, pela lógica financeira, tem um custo

inferior ao valor da unidade habitacional construída. Assim, em tese, seria possível ao adquirente constituir uma hipoteca de segundo grau sobre a mesma unidade, para fins de satisfazer a garantia do financiamento – na modalidade consumidor – do saldo do preço a pagar nas chaves. Esse saldo do preço a ser pago, em havendo hipoteca de primeiro grau decorrente do financiamento da obra, deveria ser quitada, liberando-se o ônus real original.

Interessante observar o conjunto de julgados que resultaram na Súmula 308 dentro de contexto fático da regulamentação do setor de construção civil, que permitiu fracassos de planejamento como o Caso Encol<sup>74</sup>, resultando em inúmeros empreendimentos abandonados durante as obras, decretação da falência da incorporadora, ações de consumidores que firmaram promessas de compra e venda e foram surpreendidos inclusive com hipotecas firmadas pela incorporadora após o comprometimento da unidade ao consumidor, gravando o imóvel do empreendimento em hipoteca em favor do agente financeiro.

A legislação da incorporação imobiliária foi atualizada para corrigir as distorções observadas e aprendidas com o Caso Encol. Os prejuízos decorrentes da falta de individualização de receitas atreladas a cada projeto de incorporação, que era realizada pelo regime de caixa único, deram ensejo à Lei nº 10.931/04, que alterou a Lei nº 4.591/64, Lei de Incorporação Imobiliária.

Mas, subsiste a Súmula 308, refletindo antigas distorções.

A fundamentação que consolida o entendimento está explicitada no Recurso Especial nº 431.440/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma do STJ, julgado em 07 de novembro de 2002, qual seja:

---

<sup>74</sup> Na década de 1990, uma grande incorporadora denominada Encol S.A. teve sua falência decretada, expondo a fragilidade do sistema que permitia a utilização dos recursos oriundos da comercialização de unidades de incorporações comercializadas na planta, sem obrigatoriedade de atrelar as despesas ao empreendimento gerador dos recursos, em regime de caixa único. A falência provocou a paralização de centenas de obras em todo o País, refletindo-se sobre centenas de famílias que investiram suas economias na compra de imóveis cuja entrega tornou-se incerta, e diante de um cenário no qual a arrecadação dos ativos, farta de empreendimentos inacabados, tornou-se insuficiente para garantir a consecução das obras e entrega das unidades aos consumidores. Os clientes tornaram-se credores da massa falida em desvantagem com créditos trabalhistas e da enorme dívida tributária acumulada.



[...] se o direito decorrente da hipoteca defendida pelo embargado não pode ser exercido [em razão da promessa de venda e compra da unidade que compromete a unidade ao consumidor], não lhe serve à satisfação do crédito, há que se entender tenha havido o seu perecimento. Neste sentido os artigos 77 e 78 do Código Civil (de 1916). É que perece o direito perecendo seu objeto.

A solução dada foi declarar ineficaz a hipoteca firmada em favor do banco financiante, perante o comprador, que somente foi reconhecido como responsável pelo pagamento da dívida relativa ao imóvel que adquiriu, não podendo sofrer constrição patrimonial em razão do inadimplemento da empresa construtora perante o banco financiador do empreendimento, na medida em que, após celebrada a promessa de compra e venda, a garantia passa a incidir sobre direitos decorrentes do respectivo contrato individualizado, nos termos do artigo 22 da Lei nº 4.864/65<sup>7576</sup> e regime especial da Lei nº 4.380/64<sup>77</sup>.

Não parece adequado declarar ineficaz a hipoteca em razão do pretenso perecimento do seu objeto, contradizendo a previsão do artigo 1.488 do Código Civil.

A solução ao tema precisa contemplar um equilíbrio para o fim de não imputar ao consumidor adquirente uma dívida maior do que o valor com que se comprometeu, fixado como saldo devedor do seu próprio contrato de aquisição da unidade.

A problemática reside, no entanto, nos reflexos da compreensão parcial destes julgados, uma vez que não há endereçamento para a questão do saldo devedor destes contratos.

O paradigma citado, julgado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Resp nº 187.940), não diz o direito tal como foi reproduzido na Súmula 308:

A hipoteca que o financiador da construtora instituir sobre o imóvel garante a dívida dela enquanto o bem permanecer na propriedade da devedora, havendo transferência por escritura de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passa a incidir sobre os direitos decorrentes dos contratos de

---

<sup>75</sup> STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 505.407-GO, Relator Ministro Antônio de Padua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 05/08/04, publicado no Diário da Justiça em 04/10/2004.

<sup>76</sup> Lei nº 4864 de 1965 – Cria medidas de estímulo à indústria de construção civil.

<sup>77</sup> Lei nº 4380 de 1964 – Institui regras para correção monetária dos contratos imobiliários, institui o Sistema Financeiro para aquisição da Casa Própria e cria o Banco Nacional da Habitação (BNH).

alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado (art. 22 da Lei nº 4.864/65).

A fundamentação do julgado não determina que a hipoteca perca a eficácia sobre os adquirentes. O acórdão de Ruy Rosado inclina-se para o que futuramente tornou-se codificado no artigo 1.488 do Código Civil de 2002, ou seja, declara que os efeitos da hipoteca do construtor passarão a incidir em favor do credor sobre os direitos dos compromissos de compra e venda, do que se extrai a transferência dos direitos da incorporadora-vendedora em receber o saldo do preço para o credor hipotecário.

Entretanto, o entendimento complementar que trata dos reflexos da instituição da garantia de hipoteca não se encontra destacados na Súmula.

Na alienação fiduciária, o incorporador oferece e transfere a propriedade fiduciária ao agente financiante, deixando de possuir a propriedade plena sobre o imóvel e acessões. De outra mão, os adquirentes ostentam, segundo interpretação do Professor Melhim<sup>78</sup>, uma cessão de direitos aquisitivos, e não promessa de compra e venda.

A lógica do raciocínio reside na proibição da transferência da propriedade por aquele que detém somente a propriedade direta, ou a promessa de venda futura, sem anuência do credor fiduciário. Em último caso, é vedado ao proprietário transferir a propriedade do bem enquanto este estiver alienado.

É o que determina o artigo 1.361 do Código Civil, no capítulo que trata da alienação fiduciária: “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”.

Assim, não há dúvida de que, com a constituição da alienação fiduciária, o incorporador transfere a propriedade fiduciária ao credor, limitando-se no exercício de sua propriedade a ser incorporada, inclusive com efeitos sobre futuras promessas

---

<sup>78</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Entrevista concedida a Patricia Brasil Claudino**. Niterói, Rio de Janeiro, 05 nov. 2015, 2:04.

de compra e venda, já que, afinal, são objetivos do incorporador incorporar e comercializar unidades futuras.

O parágrafo 2º esclarece: “Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa”.

O artigo 1.368-B veio, porém, solucionar a questão, conferindo ao devedor fiduciante o direito real de aquisição do bem imóvel quando oferecido em garantia fiduciária, preservando tais direitos de aquisição, cessionário ou sucessor: “A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, cessionário ou sucessor”.

Assim, fica garantido aos consumidores promitentes compradores o direito real de aquisição como cessionários do direito do incorporador, sub-rogando-se, no entanto, nas obrigações assumidas.

Outra diferença fundamental são os efeitos da inadimplência da obrigação garantida por hipoteca e alienação fiduciária. O credor hipotecário fica obrigado a promover ação judicial de execução, indicando o bem hipotecado à penhora, seguindo o rito processual previsto para excussão patrimonial, que inclui penhora, avaliação e posterior leilão do bem, tudo no exercício da ampla defesa e do contraditório, dando oportunidade à resistência processual, que poderá ser oposta pelo devedor.

O credor fiduciário deve, no caso de inadimplência, intimar o devedor fiduciante extrajudicialmente para purgar a mora<sup>79</sup>, o que devolve o contrato para o estado de adimplente, seguindo o curso de pagamentos futuros programados. Se, intimado a pagar, o devedor fiduciante deixar de purgar a mora em quinze dias, o Cartório de Registro de Imóveis consolidará imediatamente a propriedade em favor do credor, encerrando a propriedade do devedor. Reflexo da consolidação da

---

<sup>79</sup> Art. 26 da Lei nº 9514/97 – Vencida e não paga, em todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

propriedade plena em favor do credor é a quitação do valor devido em favor do próprio devedor.

No caso da execução hipotecária, a teor do artigo 1.430 do Código Civil<sup>80</sup>, se o produto do praxeamento do bem garantidor não for suficiente para cobrir o saldo devedor atualizado e despesas processuais, a execução prosseguirá, respondendo o devedor pessoalmente.

Isso diferente do que acontece com a quitação obrigatória do saldo devedor de alienação fiduciária, com efeito sobre o saldo integral do contrato garantido. A única hipótese de cobrança superveniente decorre da ocupação irregular do bem imóvel pelo devedor, após a consolidação da propriedade em nome do credor, que pode gerar direito de indenização em favor do credor.

Desta feita, o empreendimento financiado com recursos garantidos por alienação fiduciária de imóvel, gravando o imóvel original, poderá ser expropriado administrativamente pela execução extrajudicial da garantia real, nos termos da Lei Especial, comprovando, assim, as enormes diferenças que dos institutos, e demonstrando que não são aplicáveis as construções jurisprudenciais relativas aos contratos de hipoteca aos financiamentos garantidos por alienação fiduciária.

Eis a grande distinção entre hipoteca e alienação fiduciária para fins de financiamento da obra. Na primeira, o incorporador tecnicamente não promete vender e transferir a propriedade. Já na alienação fiduciária, o incorporador um imóvel sobre o qual está se erigindo um empreendimento o que produz efeitos sobre o direito de propriedade do próprio incorporador, que tem à disposição seus próprios direitos reais de aquisição para comercialização. Tudo se refletirá na espécie jurídica de promessa de compra e venda, considerando as limitações ao direito de propriedade do incorporador optante de hipoteca ou de alienação fiduciária para financiamento da obra. E o direito precisa estar atento à isto.

---

<sup>80</sup> Artigo 1.430 do Código Civil – Quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante.

Mas não se pode esquecer que solução próxima já havia para fracionar a hipoteca com relação às unidades futuras, nos termos do 1.488 do Código Civil.

Pode causar engano a antiga prática no imóvel hipotecado, sugerindo raciocínio sob o qual o incorporador promete à venda unidade futura. Se o imóvel incorporado estiver sob regime de alienação fiduciária como garantia dos recursos captados para a consecução da obra, o incorporador deixa de ser proprietário pleno, não havendo que se falar em “promessa de compra e venda”. O correto, nesses casos, é tratar de cessão dos direitos reais de aquisição com incremento das acessões, cujo conjunto é transferido ao consumidor.

A crítica que se desenha, sem intenção alguma de defender bancos ou consumidores, recai sobre o porquê de se adotar uma solução que simplesmente faz desaparecer o ônus real, que deveria ser das garantias mais sólidas do nosso sistema jurídico, ao invés de incrementar mecanismos de acompanhamento quanto à destinação dos recursos financiados cuja hipoteca garante, bem como atrelar o fluxo de pagamento das promessas de compra e venda, de modo a tornar obrigatório o retorno ao agente financiante pela vinculação da carteira de recebíveis imobiliários para abatimento proporcional da dívida.

Considere-se que na sistemática de construção de imóveis a partir da planta há um universo de créditos futuros, decorrentes das promessas de compra e venda das unidades, que guardam grande capacidade de reter recursos que, canalizados pelo legislador, poderiam ser utilizados para amortizar o saldo devedor do incorporador com o agente financiador da obra de maneira mais eficiente.

A partir do controle sobre o parcelamento do preço quando da aquisição de uma unidade autônoma, é possível estabelecer um sistema vinculando os valores que serão pagos pelo consumidor à incorporadora em parcelas durante o período da construção até as chaves. A probabilidade de haver saldo credor nos contratos não pode ser desprezada, e tais recursos poderiam ser destinados de forma mais controlada e obrigatória à amortização do saldo devedor da própria construtora, independentemente da sua vontade.

Vislumbra-se aqui a possibilidade de atrelar o pagamento do saldo devedor dos contratos de comercialização das unidades autônomas, ou a gestão da carteira dos créditos futuros, com fins de amortização obrigatória do financiamento à construção, tomado pelo incorporador com instituição de ônus real sobre o empreendimento, justamente com fundamento na subsidiariedade do Decreto-lei nº 70/66.

#### 4. Conclusão

Esta pesquisa buscou ampliar a compreensão a respeito do sistema de financiamento para a indústria da construção civil, pontuando a importância do crédito habitacional para a saúde do sistema econômico do País. Assim, a efetividade das garantias e a solidez das instituições são responsáveis por gerar um panorama de segurança, o que resulta em um cenário de estabilidade e confiança propício para atrair investidores.

Há muito trabalho pela frente no sentido de promover um mercado secundário para os papéis provenientes de operações imobiliárias, o que traria, como consequência, maior liquidez aos papéis comercializados. *Pari passu*, observamos que a base do sistema desenvolvido é garantir que o investidor tenha segurança para adquirir títulos e valores mobiliários, que haja efetivo acesso às garantias, resultando em menores riscos e, conseqüentemente, atraindo recursos a juros mais baixos.

Muitos destes temas merecem estudos mais aprofundados, e desejo que esta reflexão inicial sirva de convite e incentivo para que outros pensadores se interessem pela discussão a respeito do financiamento imobiliário.

Enfim, equilibrar segurança e eficiência dos institutos jurídicos é a equação que resultará em melhor oferta de recursos para incentivar a indústria e fomentar seu crescimento.

Vejo algum comprometimento da segurança jurídica, ao analisar dispositivos tão claros da Lei nº 10.931/04, que veda a suspensão da exigibilidade das parcelas, quando a ação judicial versar sobre contrato de financiamento imobiliário com garantia de alienação fiduciária, obrigando o devedor a manter o pagamento, inclusive, de tributos, taxas condominiais, e das parcelas não controvertidas, e encontrar, na contramão da ordem legal, interpretações flexíveis dos operadores do direito, que, eventualmente, podem decidir ao avesso da lei.

A possibilidade de acessar o Poder Judiciário para agir de forma diferente ao procedimento previsto na lei, abre espaço para condutas oportunistas, tanto por

parte do credor, quanto por parte do devedor, conforme analisado no terceiro capítulo.

O que reforça meu posicionamento contra a judicialização de demandas que objetivam discutir contratos firmados com garantia real de alienação fiduciária de imóvel, sob a égide da Lei nº 9.514/97. Essa lei especial oferece segurança ao sistema de financiamento imobiliário, permitindo o acesso às garantias de forma extrajudicial, e oferece ao devedor, sempre, a possibilidade de purgar a mora, retomando o fluxo normal do contrato. Assim, entendo que devem ser desestimuladas as demandas judiciais, reduzindo o custo social de movimentar o Poder Judiciário por discussões cujos contratos e a lei já indicam o caminho a seguir.

A ampla defesa e o direito ao contraditório devem ser preservados, e devem ser princípios aplicados a serviço da sociedade. Assim, entendo adequada a utilização dos procedimentos judiciais para discutir contratos nos casos de nulidade ou anulabilidade. Quanto às discussões com fundamento financeiro, entendo cabíveis somente mediante depósito de, no mínimo, o valor emprestado, acrescido de correção monetária e juros legais, como manda a lei.

O exemplo claro do resultado da intervenção do Poder Judiciário sobre o acesso dos credores às garantias é a interpretação dada ao Decreto-lei nº 70/66. Em alguns casos, como se viu, houve um aprofundamento da aplicação subsidiária do decreto que regula a hipoteca sobre a legislação especial da alienação fiduciária. O operador do direito não pode se furtar a compreender o sistema de leis como um conjunto complexo de normas e, se as disposições gerais da Lei nº 9.514/97 determinam que “se aplicam” os dispositivos da lei da hipoteca, esta aplicação deve obedecer a regra geral de aplicabilidade da norma, que estabelece a “aplicação” da norma subsidiária naquilo que “for aplicável”, ou seja, naquilo que o emprego da disposição subsidiária não resulte em “anulação” da norma nova.

Entretanto, para manter saudável o sistema de financiamento à moradia, considero indispensável a manutenção das duas principais ferramentas de garantia imobiliária, a hipoteca e a alienação fiduciária de imóvel. Para tanto, maior rigor na



diferenciação das regras e de suas consequências, oferecendo aos agentes de mercado, tomadores e investidores, opção de escolha. A hipoteca oferecerá chances maiores de reversão do crédito da integralidade, posto que sua recuperação dar-se-á de forma judicial, por intermédio de processo de execução, penhora e praxeamento de bens, franqueando ao credor o direito de perseguir a integralidade de seu crédito. Já a alienação fiduciária de imóvel, ao meu ver, não deve adotar os caminhos da execução judicial, e, ainda que esta seja a escolha do credor, a execução deve findar-se com a obrigatória retomada do bem alienado fiduciariamente, com quitação obrigatória ao devedor, proibindo-se assim a permanência eterna de uma obrigação a ser cumprida pelo devedor.

Já para a realização de contratos de financiamento à indústria, com a participação de partes sofisticadas, com condições plenas de análises e estudos apurados acerca dos movimentos da economia, entendo que as regras possam ser diferentes daquelas aplicadas ao financiamento da casa própria, ou da aquisição do imóvel comercial. Aqui, novos estudos necessitam avançar em sugestões mais adequadas à espécie de financiamento com garantia real.

Reflete-se sobre o risco potencial de o Poder Judiciário interpretar de outra forma, a lei, em um cenário de crise como o que vivemos atualmente, o que repercutiria sobre o sistema financeiro e sobre o custo das operações no futuro, encarecendo o financiamento para os tomadores, produzindo incertezas e insegurança jurídica.

Um dos temas com vocação para submissão à análise processual é, como vimos, o adimplemento substancial do contrato, que, por todas as óticas pode produzir distorções e efeitos colaterais perversos na forma de incentivo. Se um grande número de devedores fiduciários se sentirem desobrigados ao pagamento das últimas parcelas pela aplicação da teoria, esta realidade rapidamente seria incorporada como custo aos novos contratos, onerando de maneira exagerada os bons pagadores.

Estudando *A extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, de Ruy Rosado<sup>81</sup>, vimos que a alienação fiduciária de imóveis apresenta soluções que mais se assemelham ao sistema alemão, pelo qual a resolução legal se dá extrajudicialmente, e ao sistema anglo-saxão, que dispensa a parte de vir a juízo, a não ser pela necessidade de decidir sobre a indenização por perdas e danos, o que entendo razoável.

Minha conclusão é que as questões atinentes à execução desses contratos não deverão ser submetidas ao Poder Judiciário. E, uma vez submetidas, outra postura não se espera, senão declarar a obrigatoriedade do cumprimento das obrigações assumidas.

Como já ficou demonstrado, a execução de contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária de imóvel prescinde de ação judicial. Dessa forma, a expectativa do legislador estava orientada pela retomada do bem garantidor por intermédio de execução extrajudicial e liberação para leilão, realizando o crédito pelo valor previsto em contrato, sem interferência do Poder Judiciário.

Defendo solução aos contratos de financiamento habitacionais diferente do que ocorre com a alienação fiduciária de bens móveis, cuja execução que se depara com insuficiência satisfativa, tem ressalvado o direito da pretensão creditícia sobre o patrimônio do devedor pelo rito da execução judicial, segundo o artigo 5º da Lei nº 911 de outubro de 1969<sup>82</sup>.

O contrato de compra e venda com reserva de domínio, previsto nos artigos 521 e seguintes do Código Civil atual, não é novo no ordenamento jurídico pátrio. Veja que sua previsão remonta à Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015 de

---

<sup>81</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 229.

Observamos que o autor defende a intervenção judicial na resolução de contratos, ao modelo francês, e lista os temas que devem ser submetidos à análise do juiz, que abrangem as formalidades do contrato, as condições da ação e a adequação do pedido. A primeira edição do livro, de 1991, foi atualizada, mas conserva as premissas doutrinárias que sustentam a intervenção do Poder Judiciário como guardião da justiça social.

<sup>82</sup> ALVES, Wilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia**: as ações de busca e apreensão e depósito. A impossibilidade de prisão civil do devedor. Campinas: Millennium, 1998.

1973 –, e nos parece uma ideia tão antiga quanto a de propriedade herdada dos romanos.

Causa certo grau de frustração observar que, a despeito da evolução da sociedade, dos costumes, da tecnologia e das formas de controle e gestão dos contratos, ainda se discute com pudor a retomada do bem pelo credor com reserva de domínio. Estamos evoluindo, mas a passos lentos.

A possibilidade de execução extrajudicial do crédito garantido por alienação fiduciária, ou desjudicialização, como tem sido chamado o procedimento, representa um mecanismo de modernização do direito e da vida econômica nacional.

No caso da alienação fiduciária em garantia de crédito imobiliário pela Lei nº 9.514/97, entendo que o crédito se encerra com a consolidação da propriedade em favor do credor.

Sentido algum faria a permanência do crédito em favor do financiante se execução tão violenta não encerrasse a relação creditícia entre credor e devedor, levando, na contramão do que se busca com referida lei, as partes ao litígio judicializado para execução de saldo que o credor compreende como remanescente.

No tocante a extinção das obrigações contratuais, não resta dúvida de que a Lei nº 9.514/97 determina que haja a quitação da dívida após o segundo leilão, desonerando o devedor fiduciante de qualquer encargo, não havendo que se falar em saldo remanescente da dívida. A única exceção se faz aos contratos firmados para aquisição de bem imóvel financiado por grupo de consórcio, hipótese em que haverá cobrança de saldo remanescente.

Verifico que a quitação é obrigatória aos contratos após consolidação da propriedade que extingue o contrato. Entretanto, a mesma regra serve para o financiamento da casa própria e para outros negócios, como o financiamento da indústria, por exemplo. Assim, entendo que a utilização do instituto de alienação fiduciária para garantir obrigações contratadas entre partes sofisticadas e paritárias deve indicar um tratamento diferente para a solução das obrigações, uma vez que

esses financiamentos em si já denotam naturezas diferentes daquelas concebidas na criação da lei que mirava um modelo de financiamento habitacional.

Observe-se que atualmente a lei não obsta a utilização da garantia real de alienação fiduciária de imóvel para nenhuma modalidade de contratação. Entretanto, criada com sistema rigoroso de execução extrajudicial e acesso às garantias para fomentar a oferta de crédito para a indústria da construção civil de unidades habitacionais, alguns aspectos da garantia mostram-se inadequados para atuação em outros setores da economia.

Feita a crítica, entendo possível estabelecer diferentes critérios para a execução de diferentes linhas de crédito.

Defendo a execução extrajudicial com quitação integral a partir do segundo leilão, para créditos de financiamento habitacional, adquiridos por pessoa física, de unidades até 1.800 salários-mínimos. Justificando o alto valor, em razão da valorização de mercado de unidades médias nos centros urbanos, que já ultrapassa a casa de um milhão de reais, o que equivaleria a US\$ 286,000 (duzentos e oitenta e seis mil) dólares americanos, ou a 1.137 (um mil, cento e trinta e sete) salários mínimos, para imóveis habitacionais familiares.

Com relação ao financiamento da indústria, há duas alterações a serem sugeridas.

A primeira é a permissão legal para que se estabeleça no contrato a revogação da proibição do pacto comissório. Essa opção a ser feita pelos contratantes de forma irrevogável, ensejará quitação integral do débito com a retomada do bem garantidor e não obrigará o credor a leiloá-lo. Essa medida visa autorizar a tomada do imóvel garantidor, tal como se encontra no momento da inexecução do contrato, permitindo a integração ao acervo do credor para melhor negociação do bem. A venda forçada em leilão não se traduz, exatamente, em melhores ofertas de lance, quando se trata de um imóvel comercial ou industrial, com características peculiares, cujo potencial econômico poderia ser melhor desenvolvido em tratativas regulares, e não no sistema de leilão forçado. Para esta

hipótese em que o credor deseja a retomada do bem, a quitação deve ser mantida nos termos atuais da lei.

A segunda, é a manutenção da proibição do pacto comissório, autorizado, entretanto, o credor, a dar sequência à cobrança no caso de insuficiência de recursos obtidos com o leilão extrajudicial para saldar o montante devido na data do leilão.

No atual desenho legislativo, é facultado ao credor o direito de executar judicialmente o crédito habitacional ou industrial, promovendo penhora até de outros bens do devedor que possam responder pela dívida. Este modelo deveria ficar restrito aos contratos não habitacionais, aqueles com características preponderantes de empréstimo ou de transferência de capital com para fomento da indústria.

Com relação à aplicação da teoria do adimplemento substancial do contrato, contra a determinação de extinção prevista na Lei nº 9.514/97, vimos que a continuidade ou não da obrigação no tempo vai depender, na essência, de três requisitos. Primeiro: a oferta do valor devido e incontroverso; segundo: da quantidade de parcelas faltantes tornar o cumprimento do contrato algo mais positivo e racional do que sua extinção; terceiro: haver concreta capacidade e real interesse do devedor em retomar, de forma imediata, o fluxo de pagamentos previsto no contrato, condição sem a qual não se justifica a promoção de uma ação judicial com tal pedido, confirmando, na ausência de tais requisitos, que a extinção do contrato por inadimplemento é medida que se impõe. Em havendo condições para a continuidade do contrato, a prorrogação do prazo poderá ser um bom caminho para a solução da questão.

## 5. Referências

ACHARYA, Viral V; RICHARDSON, Matthew; NIEUWERBURGH, Stijn Van; WHITE, Lawrence J. **Guaranteed to Fail**: Fannie Mae, Freddie Mac and the Debacle of Mortgage Finance: New Jersey: Princeton University Press, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

ALENCAR, José de. **A propriedade**. Prefácio de Carlos Aberto Menezes. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia**: as ações de busca e apreensão e depósito. A impossibilidade de prisão civil do devedor. Campinas: Millennium, 1998.

ANDRADE, José Alfredo Ferreira de. **Da alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1970.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA. 3º Prêmio ABECIP de Monografia em Crédito Imobiliário e Poupança. **Os sistemas de amortização e o conceito de capitalização de juros nos financiamentos imobiliários**: a experiência brasileira e o modelo internacional. São Paulo: ABECIP, 2011.

BARBOSA, Fernando de Holanda. **O sistema financeiro brasileiro**. Disponível em: <<http://www.fgv.br/professor/fholanda/Arquivo/Sistfin.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

BECKER, Laércio. **Procedimentos especialíssimos e concentração do capital**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1999.

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de Direito Comercial**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Da fidúcia à securitização**: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição. Visão crítica da

alienação fiduciária de imóveis da Lei nº 9.514/97. São Paulo: Revista da Escola Paulista da Magistratura, a. 14, n. 02, ago. 2014.

BRASIL. Agravo de Instrumento nº 990.09.330582-8, TJSP. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4422248>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.514 de 20 de novembro de 1997.

BRASIL. Lei nº 10.931 de 02 de agosto de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1367704 / RS, RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERIDO, Terceira Turma, julgado em 04 de agosto de 2015, publicado em 13/08/2015. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1367704&&tipo\\_v\\_sualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1367704&&tipo_v_sualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO). Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 505.407 / GO. Recurso Especial nº 2003/0010121-1, RELATOR: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 05 de agosto de 2004, publicado em 04/10/2004. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=487895&num\\_registro=200300101211&data=20041004&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=487895&num_registro=200300101211&data=20041004&formato=PDF). Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 788.571 / PR, Recurso Especial nº 2007/0217880-9, RELATOR: MINISTRO JOÃO DELGADO, Corte Especial, julgado em 21 de maio de 2008, publicado em 25/09/2008. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=784841&num\\_registro=200702178809&data=20080925&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=784841&num_registro=200702178809&data=20080925&formato=PDF). Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.518.085 / RS (2015/0045085-1), RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉRIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 12 de maio de 2015, publicado em 20/05/2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1406795&num\\_registro=201500450851&data=20150520&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1406795&num_registro=201500450851&data=20150520&formato=PDF). Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 187.940 / SP (98/0066202-2), RELATOR: MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma, julgado em 18 de fevereiro de 1999, publicado em 21/06/1999. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199800](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800)

[662022&dt\\_publicacao=21-06-1999&cod\\_tipo\\_documento=](#). Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1447687 / DF (2014/0080873-8), RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BOAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 21 de agosto de 2014, publicado em 08/09/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1447687&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.171.341 DF. RELATOR: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 06 de dezembro de 2011. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1110999&sReg=200902438503&sData=20111214&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1110999&sReg=200902438503&sData=20111214&formato=PDF)>. Acesso em: 09 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 431.440/SP, RELATOR: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 07 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=431440&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>. Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª. Câmara de Direito Público, Agravo de instrumento nº 2188118-04.2015.8.26.0000, RELATOR: DESEMBARGADOR CARLOS VIOLANTE, julgado em 24 de novembro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=9010586&cdForo=0&vICaptcha=exfbs>. Acesso em: 16 jan. 2016

BRASIL. TRF 2ª Região. Apelação Cível - Turma Espec. III - Administrativo e Cível Nº CNJ : 0005289-37.2003.4.02.5101 (2003.51.01.005289-5) RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL GUILHERME DIEFENTHAELER, julgado em 28 de setembro de 2015. Disponível em: [http://www10.trf2.jus.br/consultas/?q=adjudica%C3%A7%C3%A3o+e+bem+e+hipotecado&site=v2\\_jurisprudencia&client=v2\\_index&proxystylesheet=v2\\_index&filter=0&getfields=\\*&lr=lang\\_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml\\_no\\_dtd&sort=date%3AD%3A%3Ad1&adv=1&base=JP-TRF&wc=200&wc\\_mc=0&ud=1](http://www10.trf2.jus.br/consultas/?q=adjudica%C3%A7%C3%A3o+e+bem+e+hipotecado&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3A%3Ad1&adv=1&base=JP-TRF&wc=200&wc_mc=0&ud=1)>. Acesso em: 15 out. 2015.

CAMINHA, Uinie. **Securitização**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

CAMPBELL, David; MULCAHY, Linda; WHEELER, Sally. **Essays in Honour of Ian Macneil**. Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2013.

CASTELO, Ana Maria; PEDROZO, Euclides; GARCIA, Fernando; LINS, Maria Antonieta Del Tedesco. **O crédito imobiliário no Brasil**. Caracterização e desafios. Disponível em:



<[http://www.abecip.org.br/imagens/conteudo/publicacoes\\_e\\_artigos/trabalho\\_gv.pdf](http://www.abecip.org.br/imagens/conteudo/publicacoes_e_artigos/trabalho_gv.pdf)

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26073-26075-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

CHALHUB, Melhim Namem. **Entrevista concedida a Patricia Brasil Claudino**. Niterói, Rio de Janeiro, 05 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Negócio fiduciário**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 10. ed. rev. atual. de acordo com a nova Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 4. Direito das coisas. 22. ed. rev. atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESPINOLA, Eduardo. **Garantia e extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951.

FIGUEIREDO, André. **O negócio fiduciário perante terceiros**: com aplicação especial na gestão de valores mobiliários. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10362/7340>>, Uri: <http://hdl.handle.net/10362/7340>>. Acesso em: 15 out. 2015.

FLEISIG, Heywood W.; SAFAVIAN, Mehnaz; DE LA PEÑA, Nuria. **Reformim Collateral Laws to Expand Access to Finance**. The Word Bank, 2006.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Boletim Macro FGV**. Disponível em: <<http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumPageld=4028818B3BDE4A56013C071D12034B4B&contentId=8A7C82C54F7DAFDC0150046A49BD4E2C>>. Acesso em: 08. out. 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2011.

GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

\_\_\_\_\_. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direitos reais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

\_\_\_\_\_. **Direitos reais**. 21. ed. rev. atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Aderbal da Cunha. **Da propriedade resolúvel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

GONÇALVES, Alexandre Tadeu Navarro Pereira. **Tributação das operações imobiliárias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GONÇALVES, Robson R. **Aspectos da demanda por unidades habitacionais nas regiões metropolitanas 1995/2000**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0514.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0514.pdf)>. Acesso em: 01 abril. 2016. INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL; ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA. **O crédito imobiliário em face do novo Código Civil**. São Paulo: IRIB e ABECIP, 2005.

KANT, Immanuel. Princípios metafísicos da doutrina do direito. In: **Metafísica dos costumes**. Tradução Artur Mourão. Lisboa: Edições 70.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução Mario R. da Cruz. Revisão técnica Cláudio Roberto Contador. São Paulo: Atlas, 1982.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Garantias das obrigações**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos reais: à luz do Código Civil e do direito registral**. São Paulo: Método, 2004.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

McCORMACK, Gerard. **Secured Credit under English and American Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 36. ed. rev. atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2000, v. III.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil**. Direito das Obrigações, 2ª Parte – Dos contratos em geral, das várias espécies de contrato, dos atos unilaterais, da responsabilidade civil. 35. ed. rev. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007.

NAJJARIAN, Ilene Patrícia de Noronha. **Securitização de recebíveis mercantis**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002 por Maria Celina Bodin Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**. 23. ed. rev. atual. por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. IV.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Manual do Código Civil brasileiro**. Direito das coisas da propriedade. Coordenador Paulo Lacerda. 2. ed. histórica atual. legislativamente. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v VIII.

RELI, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciária**. Barcelona: Bosch, 1950.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, João Calvão da. **Titularização de créditos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos**: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003, v. I.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O contrato e os direitos reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v II.

VASCONCELOS, Luis Miguel D. P. Pestana de. **A cessão de créditos em garantia e a insolvência**. Coimbra: Coimbra, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: contratos em espécie. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. III.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**: direitos reais. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. V.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WALLISON, Peter J. **Hidden in Plain Sight**: What Really Caused the World's Worst Financial Crisis and Why it Could Happen Again. Nova York: Encounter Books, 2015.

WEDEKIND, Bernhard Wilfried. **Alienação fiduciária**: prática, processo e jurisprudência. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1976.

Visão crítica da alienação fiduciária de imóveis da Lei nº 9.514/97. São Paulo: Revista da Escola Paulista da Magistratura, a. 14, n. 02, Agosto 2014.