

DIREITO DAS GARANTIAS

Gisela Sampaio da Cruz Guedes
Maria Celina Bodin de Moraes
Rose Melo Vencelau Meireles
coordenadoras

saraiva *jur*

- Aline de Miranda Valverde Terra • Carla Wainer Chalhéo Lgow
- Eduardo Heitor da Fonseca Mendes • Frederico Kastrup de Faro
- Gabriel Schulman • Giovana Benetti • Judith Martins-Costa
- Luis Felipe Spinelli • Louise Vago Matieli
- Pablo Rentería • Roberta Mauro Medina Maia

Gisela Sampaio da Cruz Guedes
Maria Celina Bodin de Moraes
Rose Melo Vencelau Meireles
coordenadoras

DIREITO DAS GARANTIAS

2017



saraiva **jur**

ISBN 978-85-472-1855-3

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057

SOMOS | **saraiva** *jur*
EDUCAÇÃO

Av. das Nações Unidas, 7.221, 1º andar, Setor B
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

SAC | 0800-0117875
De 2ª a 6ª, das 8h às 18h
www.editorasaraiva.com.br/contato

Direito das garantias / coordenação de Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Maria Celina Bodin de Moraes e Rose Melo Vencelau Meireles ; Aline de Miranda Valverde Terra... [et al.] – São Paulo : Saraiva, 2017.

Bibliografia.

1. Garantia (Direito) 2. Obrigações (Direito) 3. Devedores e credores 4. Direito civil I. Guedes, Gisela Sampaio da Cruz II. Moraes, Maria Celina Bodin de III. Meireles, Rose Melo Vencelau IV. Terra, Aline de Miranda Valverde.

17-0496 CDU 347.466

Índice para catálogo sistemático:

1. Garantia (Direito) 347.466

Data de fechamento da edição: 11-8-2017

Dúvidas? Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 604140 CAE 622256

Sumário

<i>Apresentação</i>	7
Ensaio sobre as iniquidades da fiança locatícia gratuita <i>Maria Celina Bodin de Moraes e Gabriel Schulman</i>	11
Fiança genérica (<i>omnibus</i>) bancária: validade e exercício da garantia à luz da boa-fé objetiva <i>Frederico Kastrup de Faro</i>	57
A garantia autônoma no direito brasileiro <i>Eduardo Heitor da Fonseca Mendes</i>	105
O aval na recuperação judicial e na falência <i>Luis Felipe Spinelli</i>	123
Pacto Comissório vs. Pacto Marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas <i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Aline de Miranda Valverde Terra</i>	171
Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal <i>Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	215

A configuração do penhor no direito brasileiro <i>Pablo Rentería</i>	241
Penhor de ações <i>Carla Wainer Chalréo Lgow</i>	305
Vida que segue: Perspectivas para as hipotecas após a edição da Súmula 308 do STJ <i>Roberta Mauro Medina Maia</i>	339
Opção de compra com função de garantia <i>Louise Vago Matieli</i>	371
Ensaio sobre a função das garantias nos contratos existenciais <i>Rose Melo Vencelau Meireles</i>	407
As cartas de conforto: modalidades e eficácias <i>Judith Martins-Costa e Giovana Benetti</i>	433

Apresentação

Não é preciso dizer muito para ressaltar a importância da obra que ora se traz a público. O adimplemento das obrigações depende, necessariamente, da cooperação do devedor, o que nem sempre é fácil de se obter na prática, tanto mais em tempos de crise. Diante disso, a ordem jurídica coloca à disposição do credor diversos instrumentos cuja função é, precisamente, a de assegurar a produção do resultado útil programado que realiza o interesse do credor, independentemente da anuência do devedor ou mesmo contra a sua vontade. São as chamadas *garantias*, figuras acessórias ao crédito que conduzem à extinção satisfativa da obrigação.

As garantias representam, assim, um *reforço* ao vínculo obrigacional, constituindo um elemento apto a facilitar a extinção satisfativa do crédito, mas, evidentemente, não asseguram de forma absoluta o seu recebimento. Diz-se que esse reforço é *quantitativo*, quando, por meio da garantia, o credor passa a ter acesso ao patrimônio de outra pessoa, o garante, que se obriga em face do credor (caso típico da fiança); e é *qualitativo* quando se traduz numa preferência concedida ao credor sobre o valor de determinados bens (caso do penhor e da hipoteca).

A vantagem representada pelas garantias é revelada desde o início da relação, ainda que o devedor, espontaneamente, realize a prestação à qual

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. *civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, jul.-set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Terra-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2010.

VIANA, Marco Aurélio S. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 16, 2007.

Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal

Aline de Miranda Valverde Terra

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora agregada da graduação e da pós-graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professora do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED/UERJ).

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora da pós-graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED/UERJ) e da EMERJ.

1. INTRODUÇÃO: A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO CONTEXTO DAS GARANTIAS DE CUMPRIMENTO

O desenvolvimento do mercado de crédito está diretamente ligado, entre outros fatores, ao aprimoramento das garantias de cumprimento. A oferta do crédito depende da concessão, ao credor, de garantias que proporcionem a máxima efetividade de seu direito com o menor ônus possível ao devedor¹.

Nessa esteira, assistiu-se, na segunda metade do século XX, à importante evolução no direito das garantias, com a ruptura da tradicional preponderância atribuída às garantias reais e o conseqüente desenvolvimento

1 ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 1.

de novas espécies de garantias pessoais, como a fiança *omnibus*, as cartas de conforto, a garantia autônoma, entre outras. Contemporaneamente, todavia, novas tendências já se delineiam diante da insuficiência daquelas figuras, e passam a ser desenvolvidas garantias incidentes sobre massa de bens e sobre bens futuros, garantias que não importem no desapossamento do bem para o devedor², bem como garantias constituídas sobre a transferência da propriedade, a exemplo do que se passa na alienação fiduciária em garantia³.

A transferência da propriedade a título de garantia encerra o que tem sido designado de *supergarantia*⁴, uma vez que oferece ao credor vantagens consideravelmente superiores àquelas proporcionadas ao credor pignoratício, hipotecário e anticrético, daí a ampla preferência na sua utilização em detrimento das demais modalidades de garantia.

Consiste a alienação fiduciária em contrato acessório, por meio do qual se constitui propriedade fiduciária, sob condição resolutiva em favor do credor, com o escopo de garantir dívida contraída pelo devedor em contrato principal de mútuo⁵. O negócio constitutivo de natureza contratual

2 Como já ocorre nos penhores rural, industrial, mercantil, de direitos e no de veículos.

3 Sobre o desenvolvimento de novas modalidades de garantia, veja-se LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 27.

4 De acordo com Fernando Noronha, “temos proposto que sejam designadas de *supergarantias* as hipóteses em que é permitido ao credor, para se assegurar do pagamento pelo devedor, assumir a propriedade da própria coisa a que diz respeito a dívida, para, na hipótese de inadimplemento, poder reivindicar a restituição dessa coisa, assim ficando isento da obrigação de concorrer com quaisquer outros credores, inclusive os detentores de créditos trabalhistas e por acidentes de trabalho” (NORONHA, Fernando. *A alienação fiduciária em garantia e o leasing financeiro como supergarantias das obrigações*. *Revista dos Tribunais*, v. 845, p. 38, mar. 2006, grifos no original).

5 Na definição de Orlando Gomes, “em sentido lato, a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição” (GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 18).

serve apenas como título para a transferência da propriedade fiduciária. Celebrado o contrato, nasce para o credor o direito potestativo à constituição dessa propriedade⁶, que, em relação a bens imóveis, só surge com o registro do referido título no competente Registro de Imóveis (art. 23 da Lei n. 9.514/97).

Trata-se, portanto, de negócio fiduciário⁷ típico⁸, pelo qual se transmite a titularidade de situação jurídica subjetiva ativa ao credor, com vistas não ao atendimento de seus próprios e exclusivos interesses, mas à consecução da finalidade ajustada pelas partes, a saber, a constituição de garantia ao adimplemento da obrigação assumida pelo devedor no contrato principal. O credor adquire a titularidade plena e irrevogável com o específico propósito de servir de garantia ao financiamento concedido ao

6 ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 108.

7 Significa, portanto, que “a alienação fiduciária em garantia é uma das espécies do gênero negócio fiduciário” (GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária*, cit., p. 31). Não se trata, pois, de negócio indireto, configurado “quando as partes recorrem, no caso concreto, a um negócio determinado para alcançar, consciente e consensualmente, por seu intermédio, finalidades diversas das que, em princípio, lhe são típicas” (ASCARELLI, Tullio. *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 94). Como destaca Francisco dos Santos Amaral Neto, “o negócio fiduciário se distingue do indireto porque aquele é negócio jurídico real, típico, enquanto o indireto não constitui categoria jurídica própria, mas uma heterogênea” (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Coleção Doutrinas essenciais. obrigações e contratos*. v. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 323). Portanto, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em que a alienação fiduciária em garantia constitui negócio jurídico típico, cujos efeitos produzidos decorrem do tipo legal, parece mais adequado atribuir-lhe a natureza jurídica de negócio indireto.

8 A rigor, o negócio fiduciário pode ser realizado tanto por meio de um negócio típico como de um negócio indireto ou de um negócio atípico, consoante destaca RABELLO, José Geraldo de Jacobina. *Alienação fiduciária em garantia*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Coleção Doutrinas essenciais. Obrigações e contratos*. v. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 339-340. Em sentido contrário, entendendo que negócios fiduciários típicos, como a alienação fiduciária em garantia, não podem ser considerados negócios fiduciários propriamente ditos, ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 23.

devedor⁹, o que lhe confere ampla margem de atuação¹⁰ e lhe impõe o exercício dos poderes inerentes à sua situação jurídica subjetiva, consoante o escopo de atribuição¹¹.

Por essa razão, o domínio do credor sobre o bem deve “durar somente até o cumprimento de uma cláusula ou condição resolutiva (...) para o efeito de restituição da coisa a seu antigo dono”¹²: verificada a condição com o pagamento da dívida, resolve-se a propriedade em favor do devedor; vencido e não pago o débito, consolida-se a propriedade na esfera jurídica do credor. Até o implemento da condição resolutiva, o devedor ostenta mera expectativa de direito, um direito eventual à aquisição da proprieda-

9 A respeito da pluralidade funcional da propriedade fiduciária, lecionam Milena Donato Oliva e Pablo Rentería: “Note-se que a técnica da titularidade fiduciária, em razão da potencialidade funcional que encerra, destina-se a tutelar interesses variados, podendo inclusive servir à promoção dos interesses do sujeito. Embora possa haver coincidência entre os interesses do titular e o fim perseguido, tal não esmorece a profunda mudança proporcionada com a técnica da titularidade fiduciária, qual seja, a funcionalização da titularidade a serviço do escopo a ser atingido” (OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. *Fidúcia: a importância da incorporação dos efeitos do trust no direito brasileiro*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 48, p. 31, out.-dez. 2011, Rio de Janeiro: Padma). Por essa razão, afirma Federico de Castro y Bravo: “Habrá que abandonar, incluso, la creencia en una figura unitaria de negocio fiduciario, pues no sin razones se ha señalado la gran diferencia existente, por ejemplo, entre la venta en garantía y el endono para cobro” (CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985, p. 387).

10 Acerca da essencialidade da transmissão da titularidade para o atingimento do fim perseguido pelas partes, aduz Milena Donato Oliva: “A transmissão do direito, desse modo, é o meio de que se vale o alienante para atingir fins que não seriam obtidos da mesma forma com outros institutos. A alienação é essencial para a realização da finalidade pretendida; ela não é excessiva, mas absolutamente necessária. Não há de se confundir, assim, o caráter fiduciário da transferência, que pautará a conduta do titular, com ela ser excessiva. O caráter fiduciário que condiciona a atuação do titular não significa, insista-se, que não se quer ou não seja necessário atribuir a plenitude dos poderes ao adquirente. Muito ao revés, sem a transmissão do domínio o fim almejado pelo alienante dificilmente seria alcançado da mesma maneira” (OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14).

11 OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*, cit., p. 13-15.

12 FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. 597, art. 4.302.

de, que se converte em direito adquirido com o adimplemento da obrigação principal¹³. Enquanto não há o integral pagamento da dívida, reconhece-se ao devedor fiduciário tão somente um direito de soberania ou domínio negativo, em razão do qual poderá impedir a prática de atos que possam embarçar a produção de todos os efeitos inerentes ao implemento da condição.

A transferência da propriedade do bem ao credor mediante transmissão fiduciária constitui importante traço distintivo entre a alienação fiduciária e a hipoteca, o penhor e a anticrese, já que nessas modalidades de garantia, ao credor é conferido apenas direito real de garantia constituído sobre coisa alheia, e a propriedade permanece sob a titularidade do devedor. Sendo assim, enquanto na alienação fiduciária o credor é titular de direito real sobre coisa própria, nas outras espécies de garantia ele tem apenas direito real sobre coisa alheia¹⁴.

A especial função desempenhada pela transferência da titularidade impacta tão profundamente na propriedade atribuída ao credor que altera sua própria estrutura. Isso porque, considerando que a propriedade é atribuída ao credor com função de garantia, e tendo em vista a proibição do pacto comissório¹⁵, não pode o bem permanecer em seu patrimônio após a consolidação da propriedade, sendo-lhe imposto, para a satisfação do

13 GOMES, Orlando. Perfil dogmático da alienação fiduciária. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas essenciais. Obrigações e contratos*. v. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 479.

14 “Diferentemente da hipoteca, do penhor e da anticrese, a propriedade fiduciária é direito real sobre coisa própria, pois enquanto naquelas modalidades de garantia o devedor conserva o bem em seu patrimônio, na garantia fiduciária o devedor demite-se do seu direito de propriedade e o transmite ao patrimônio do credor” (CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção dos contratos*. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, n. 63, v. 30, p. 85, 2007). No mesmo sentido: GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária*, cit., p. 21.

15 Prevista em dois dispositivos do Código Civil: “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 “Art. 1.428. 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”.

crédito, aliená-lo judicialmente ou por meio de procedimento específico, como o criado pelo art. 27 da Lei n. 9.514, de 1997, no âmbito das alienações fiduciárias de imóveis. Como se verá adiante, embora a legislação especial só preveja uma única hipótese em que o credor pode conservar o bem em sua esfera jurídica, vislumbra-se outra possibilidade igualmente merecedora de tutela, e que atende de forma ainda mais satisfatória aos interesses de ambas as partes.

De todo modo, mesmo obrigado a alienar o objeto da propriedade, o credor fiduciário se encontra em posição privilegiada em relação aos demais titulares de outras garantias, já que tem à sua disposição rápido e sólido mecanismo extrajudicial de satisfação do crédito diante do inadimplemento, além de não se subordinar aos efeitos da falência ou do procedimento de recuperação¹⁶, estando a salvo até mesmo do concurso de créditos trabalhistas ou por acidentes de trabalho¹⁷.

Apesar dos inegáveis avanços proporcionados pela alienação fiduciária na tutela do crédito, a disciplina legal ainda apresenta problemas e não é de todo satisfatória. Certamente, uma das causas das deficiências encontradas reside no fato de o instituto ter sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio de diversos textos legislativos¹⁸, editados em conjunturas variadas e sem nenhuma preocupação com sua adequada sistematização, a resultar em disciplina fragmentada e, não raro, contraditória. Por essa razão, requer-se do intérprete e aplicador do direito intenso exercício hermenêutico, a fim de encontrar a necessária unidade na complexidade, e conferir à alienação fiduciária em garantia disciplina

16 Confira-se a Lei n. 11.101/2005, art. 49, § 3º, e art. 119, IX.

17 Se a alienação fiduciária oferece inegáveis vantagens ao credor, a constituição da titularidade fiduciária atende, também, ao interesse do devedor, já que lhe assegura a recuperação do bem uma vez implementada a condição resolutiva, quando a propriedade plena retorna para sua esfera jurídica.

18 Cf. art. 66-B da Lei n. 4.728/65, modificada pela Lei n. 10.931/2004; Decreto-lei n. 911/69, alterado pela Lei n. 10.931/2004 e pela Lei n. 13.043/2014; arts. 22 a 33 da Lei n. 9.514/97, modificados em parte pelas Leis n. 10.931/2004, n. 11.481/2007, n. 12.810/2013 e n. 13.043/2014; e arts. 1.361 a 1.368-B do Código Civil, tendo sido o art. 1.368-B e seu parágrafo único incluídos pela Lei n. 13.043/2014, o art. 1.368-A incluído pela Lei n. 10.931/2004 e o art. 1.367 alterado pela Lei n. 13.043/2014.

coerente e que efetivamente proporcione às partes todas as possíveis vantagens que dela se possam extrair. Este estudo se propõe, portanto, no âmbito da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a dar um passo nessa direção.

2. A INCORPORAÇÃO DEFINITIVA E DIRETA DO IMÓVEL AO PATRIMÔNIO DO CREDOR: O PACTO MARCIANO

Vencida e não paga a dívida e constituído em mora o devedor, consolida-se a propriedade do imóvel no patrimônio do fiduciário, que deverá, no prazo de 30 dias contados da data do registro da consolidação, promover público leilão para a alienação do bem. Trata-se de procedimento de execução extrajudicial, a ser efetuado ante o Cartório de Registro de Imóveis, nos termos dos arts. 26 e 27 da Lei n. 9.514/97.

Na primeira praça, o imóvel é oferecido pelo valor indicado pelas partes para essa específica finalidade no contrato de alienação fiduciária, e corrigido de acordo com os critérios também constantes do ajuste (art. 27, § 1º, c/c art. 24, VI). Não sendo, todavia, oferecido lance igual ou superior ao preço indicado, procede-se a segundo leilão, no qual o bem será arrematado pelo maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida (art. 27, § 2º). Consumada a alienação em primeiro ou segundo leilão, o credor entregará ao devedor a importância que exceder o débito, após os descontos pertinentes, no prazo de cinco dias (art. 27, § 4º).

Na hipótese de não ser alcançado o lance mínimo em segundo leilão, a lei, embora não o afirme expressamente, parece impor ao credor uma espécie de adjudicação compulsória da propriedade definitiva do bem (art. 27, §§ 5º e 6º)¹⁹. Não há menção ao valor pelo qual o bem deve ser adjudicado: se pelo valor constante do contrato ou pelo valor da dívida. A rigor,

19 Embora a lei não o determine expressamente, esta é a interpretação que se extrai dos dispositivos mencionados. No entanto, há entendimento segundo o qual mesmo na hipótese de não ser alcançado o lance mínimo em segundo leilão, o bem é arrematado pelo maior valor oferecido. A adjudicação ao credor apenas teria lugar diante da ausência de licitantes.

pouco importa, e é justamente por isso que o legislador não se ocupou da questão. Isso porque, uma vez adjudicado o imóvel, impõe-se a dação de quitação ao devedor, ainda que a dívida seja superior ao valor do bem. Por outro lado, se o total do débito for inferior ao valor do imóvel, exonera-se o credor de entregar a quantia excedente.

O procedimento assim concebido é alvo de severas críticas, ao argumento, em primeiro lugar, de ser inconstitucional, por violar o devido processo legal, o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa, como seriam, ademais, todos os procedimentos de excussão extrajudiciais; em segundo lugar, de permitir a venda em segundo leilão por valor inferior à quantia contratualmente ajustada pelas partes, desde que igual ou superior ao valor da dívida, a impor flagrante prejuízo ao devedor; e, em terceiro lugar, por apenas admitir a possibilidade de o credor incorporar definitivamente o imóvel ao seu patrimônio após a frustração dos dois públicos leilões. As duas primeiras críticas são facilmente contornáveis, e delas não se tratará nesta seara²⁰. A terceira, por sua vez, afigura-se procedente, e requer análise mais detida.

Dois são as principais ponderações contrárias à incorporação definitiva do imóvel ao patrimônio do credor, antes da frustração do segundo leilão: o caráter de ordem pública das regras relativas ao procedimento extrajudicial de alienação do imóvel, que não poderiam, por isso, ser afastadas pelas partes; e a proibição do pacto comissório, a impedir a apropriação pelo credor do bem objeto da garantia.

O primeiro argumento não procede. Reconhecer que a realização do público leilão encerra norma de ordem pública – o que por si só já é passível de controvérsia²¹ – significa apenas que a venda do imóvel a terceiro

20 Para aprofundamento das duas primeiras críticas, remete-se o leitor para BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A execução extrajudicial do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel – exame crítico da Lei 9.514, de 20-11-1997. *Revista dos Tribunais*, v. 819, p. 65-76, jan. 2004; CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção dos contratos, cit., p. 98 e s.; e DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 116 e s.

21 San Tiago Dantas, após discorrer sobre os critérios distintivos entre normas de ordem

deve observar o procedimento previsto na Lei n. 9.514/97. A regra visa a impedir que, à semelhança do que é expressamente admitido no âmbito da alienação fiduciária de bens móveis (DL n. 911/69, art. 2º), a alienação seja feita do modo pelo qual se realiza entre particulares, independentemente de leilão ou hasta pública. A imperatividade reside, portanto, no procedimento a ser adotado caso o imóvel seja alienado a terceiros, não já na própria alienação do bem, como se este fora seu único destino possível diante do inadimplemento da dívida.

A proibição do pacto comissório, prevista nos arts. 1.365 e 1.428 do Código Civil, a seu turno, consiste em proscrever a pactuação, no ato constitutivo da garantia real, da faculdade de o credor se apropriar de seu objeto em caso de inadimplemento da obrigação garantida²². Embora a regra se aplique à alienação fiduciária de bens imóveis por força do art. 1.367²³, há que ser entendida em termos específicos, em razão de duas peculiaridades dessa modalidade de garantia, a saber, a transferência da propriedade fiduciária ao credor com o registro do contrato no competen-

pública e normas dispositivas, destaca a dificuldade prática de se proceder à diferenciação: “Estes critérios de diferenciação são lógicos, mas não são muito seguros. Nem sempre é fácil precisar se uma norma foi estabelecida no interesse geral ou no interesse particular; nem sempre é fácil reconhecer que o interesse geral está tutelado por um motivo de moralidade pública ou por um motivo de interesse dos particulares. Tudo isso é verdade. Mas isto são as dificuldades próprias da interpretação. Não há outros critérios. Os senhores ainda verão que é melhor que os critérios sejam assim elásticos, porque permitem que as soluções dadas pelo intérprete variem um pouco de caso para caso ou de época para época, acompanhando melhor os interesses da sociedade onde o direito é aplicado e a consciência pública. Não se veja nessa flexibilidade um defeito, mas a excelência do critério do raciocínio jurídico. É um sistema de valor e, portanto, deve ser flexível para poder corresponder melhor aos fatos que se está examinando” (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 48).

22 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. IV, 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 282.

23 Art. 1.367. “A propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial deste Código e, no que for específico, à legislação especial pertinente, não se equiparando, para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231” (redação conferida pela Lei n. 13.043/2014).

te Registro de Imóveis e a automática consolidação da propriedade em seu favor com o inadimplemento da dívida.

Com efeito, no âmbito da alienação fiduciária, a vedação do pacto comissório importa na proibição de inserção, no contrato, de cláusula que autorize o credor a absorver em seu patrimônio o bem em definitivo após a consolidação da propriedade, satisfazendo, assim, o seu crédito. Não se trata, portanto, de proibir que a propriedade, originalmente fiduciária e resolúvel, consolide-se na esfera jurídica do credor, o que decorre diretamente do inadimplemento da dívida por determinação expressa de lei²⁴, mas de coibir que se exima o credor de alienar o bem após a consolidação da propriedade em sua esfera jurídica, convertendo-a em definitiva. Nesse sentido, afirma Orlando Gomes:

Não se verificando a condição, a consequência natural seria a consolidação da propriedade no fiduciário. Não a permite, entretanto, a finalidade da alienação. Destinando-se a garantir o pagamento da dívida, entendeu o legislador que, permiti-la, seria ensejar prática condenada, por se assemelhar a consolidação, no caso, ao pacto comissório. Uma vez, porém, que a frustração da condição afasta a retransmissão da propriedade e não converte em propriedade definitiva a que era temporária, arma-se uma situação para a qual outra explicação não se encontra senão na possibilidade de existência de uma propriedade sem titular, a menos que se interprete a disposição proibitiva da cláusula comissória no sentido de que não impede a consolidação, limitando-se a impor ao fiduciário a obrigação de alienar o bem para satisfazer-se no preço²⁵.

Assenta a proibição do pacto comissório tanto no âmbito dos direitos reais de garantia como da propriedade fiduciária com escopo de garantia, no caráter usurário de que se reveste²⁶. A vedação visa a proteger o “fraco

24 “Aqui, a apropriação não se efetiva por efeito de cláusula contratual, mas, sim, por aplicação de norma legal que contempla a atribuição, ao credor, da propriedade plena de determinado bem que já se encontrava no seu patrimônio, com as restrições próprias da fidúcia em garantia” (CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 256).

25 GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária*, cit., p. 82.

26 ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. v. III, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 239.

contra o forte, impede que a pressão da necessidade leve o devedor a convencionar o abandono do bem ao credor por quantia irrisória²⁷. A preocupação reside, portanto, em não permitir que o credor, valendo-se de sua situação jurídica vantajosa, incorpore o bem em definitivo ao seu patrimônio pelo saldo devedor, pelo preço ajustado ao tempo da celebração do contrato ou pela quantia por ele mesmo estimada²⁸.

O problema, logo se percebe, não está na possibilidade de o credor se apropriar direta e permanentemente do bem como mecanismo de satisfação da dívida, mas sim na forma pela qual seu valor é fixado para efeito da apropriação. Ora, se não é a apropriação *tout court* que recebe juízo negativo de merecimento de tutela, basta que as partes elejam critério justo e imparcial de aferição do valor do bem para que o credor possa incorporá-lo em definitivo a seu patrimônio, sem nenhuma restrição temporal e funcional. A propósito, Lafayette Pereira, após discorrer sobre a proibição do pacto comissório nos direitos reais de garantia, já advertia que “é permitido, porém, (...) estipular-se a venda da coisa ao credor pelo preço que for estimado por avaliadores²⁹. *Mutatis mutandis*, é permitido ao credor fiduciário manter o bem definitivamente em sua esfera jurídica mediante o pagamento do preço arbitrado por terceiros.

Chega-se assim à conclusão de que o eventual caráter cogente da norma que determina o procedimento do público leilão bem como a proibição do pacto comissório não se erigem como barreiras intransponíveis à apropriação direta e definitiva do imóvel pelo credor. Desse modo, abre-se às partes outro instrumento de satisfação do crédito igualmente

27 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. III, 11. ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1958, p. 269.

28 “É ilícito o pacto comissório, estipulado *ab initio* ou *ex intervallo*, em qualquer das modalidades em que pode surgir, ou seja, o que, antes do vencimento da dívida, autoriza o credor a tornar-se proprietário pleno da coisa: a) pelo valor do débito; b) por preço ajustado; ou c) pelo valor que o credor estimar” (ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 106, grifos no original).

29 PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956, p. 397.

legítimo à luz do ordenamento jurídico brasileiro: a celebração do chamado pacto Marciano.

Consiste o pacto Marciano no ajuste pelo qual as partes acordam, já no contrato que serve de título à constituição da garantia, a apropriação do seu objeto pelo credor diante do inadimplemento da dívida por valor arbitrado por terceiro, o que garante que se atribua à coisa preço justo e condizente com as práticas de mercado, a afastar o risco de qualquer prejuízo ao devedor. Como na alienação fiduciária a consolidação da propriedade encerra consequência legal do inadimplemento da dívida, o pacto Marciano não importará propriamente em transferência de propriedade, senão em incorporação definitiva da propriedade à esfera jurídica do credor, a extinguir a restrição que sobre ela pendia relativa à obrigatoriedade de aliená-la para satisfação do crédito.

Moreira Alves, ao tratar da alienação fiduciária de bens móveis, já sustentava expressamente a possibilidade de figurar no contrato o pacto Marciano, o que se aplica, sem ressalvas, à alienação fiduciária de imóveis:

Não é ilícito, porém, o denominado pacto Marciano (por ser defendido pelo jurisconsulto romano Marciano e confirmado em rescrito pelos imperadores Severo e Antonio). Por esse pacto, se o débito não for pago, poderá passar à propriedade plena do credor pelo seu justo valor, a ser estimado, antes ou depois de vencida a dívida, por terceiro³⁰.

Se a lei restringe a autonomia privada dos contratantes ao proibir o pacto comissório pelos fundamentos já aduzidos, o pacto Marciano, ao contrário, afigura-se plenamente merecedor de tutela. Trata-se de mais uma forma de satisfação do crédito ao lado do público leilão, e cabe às partes, no exercício de sua autonomia privada, optar por uma ou outra, de acordo com suas conveniências³¹.

30 ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 107.

31 Veja decisão do TJSP, que admitiu expressamente a inserção de pacto Marciano em contrato de alienação fiduciária em garantia, e em cujo acórdão se lê: “Se, porém, no contrato de alienação fiduciária em garantia, as partes tiverem estipulado um pacto Marciano – que, como acentuado na Primeira Parte, Cap. 3, n. 1, é lícito –, não solvida a dívida em seu vencimento, pode o credor tornar-se proprietário pleno dela, pagando ao alienante o seu justo valor, que, ou já foi estimado por terceiro antes de

De todo modo, incorporado o bem livre de restrições pelo valor de mercado arbitrado por terceiro, impõe-se ao credor entregar ao devedor o excesso do preço sobre a quantia devida; a finalidade da apropriação definitiva é a quitação da dívida, não já o enriquecimento do credor. Esse saldo, aliás, será consideravelmente maior do que aquele que resultaria da venda em leilão, a uma, porque não incidirão aqui todas as despesas específicas do procedimento de alienação a terceiros (art. 27, § 3º, II), que correm por conta do devedor, e a duas, porque a incorporação se dará pelo valor de mercado do bem, nem sempre obtido com o público leilão.

A apropriação direta e definitiva do bem pelo credor beneficia, pois, ambas as partes: permite que o credor satisfaça de imediato seu crédito e, se desejar, venda o bem rapidamente, sem a burocracia imposta pelo procedimento previsto na Lei n. 9.514/97; desonera o devedor de todas as despesas decorrentes dos leilões que, muitas vezes, revelam-se ineficazes; e viabiliza o recebimento pelo devedor de importância excedente maior do que receberia com a venda em público leilão.

Essa última vantagem, a rigor, contém em si a solução para uma deficiência grave da disciplina da alienação fiduciária de imóveis, que impõe ao devedor inevitáveis prejuízos sempre que o bem não é arrematado em primeiro leilão – e, não raro, também nesta hipótese –, já que lhe permite recuperar o valor das benfeitorias realizadas no imóvel.

vencido o débito, ou o será posteriormente ao não pagamento. Outorgando o pacto Marciano ao credor uma faculdade, não está este adstrito a tornar-se proprietário pleno da coisa pelo valor estimado. Se quiser, poderá renunciá-la, não perdendo, por isso, a faculdade de vender a coisa, judicial ou extrajudicialmente, a terceiro, como lhe permite a qualidade de proprietário fiduciário. Poderá ocorrer, entretanto, que o credor, no contrato de alienação fiduciária em garantia, ao invés de se haver reservado a faculdade de se tornar proprietário pleno da coisa pelo justo valor, a isso se tenha obrigado (estipulação que igualmente é lícita). Nessa hipótese, se ele não cumprir a obrigação e vender a coisa a terceiro, valendo-se da faculdade que tem como proprietário fiduciário, não poderá o alienante impedir essa venda. Mas, se o preço nela alcançado for inferior ao estimado pelo terceiro, responderá o credor, em face do alienante, pela diferença, a título de perdas e danos pelo não cumprimento da obrigação decorrente do pacto estipulado entre eles” (TJSP, 36ª CDP, AC com Revisão 001.12.075800-2, Rel. Des. Romeu Ricupero, julg. em 31-1-2008).

3. O PROBLEMA DO NÃO RESSARCIMENTO DAS BENFEITORIAS

Sabe-se que para a realização do primeiro leilão o bem não é avaliado de acordo com seu valor de mercado no momento da realização da praça. O valor e o critério de reajuste já foram previamente fixados pelas partes no contrato de alienação fiduciária, quando, de regra, nenhuma benfeitoria havia sido feita no imóvel pelo devedor. Isso significa, portanto, que o valor constante do contrato não contempla, por impossibilidade lógica e cronológica, a valorização do imóvel promovida por referidos incrementos, razão pela qual eventual arrematação por aquela quantia não promoverá o ressarcimento devido.

A situação do devedor torna-se ainda mais dramática se o imóvel só for arrematado em segundo leilão – o que de ordinário acontece –, hipótese em que é oferecido pelo saldo devedor, com todos os acréscimos pertinentes (art. 27, § 3º, I e II). Nesse caso, o valor obtido certamente não chegará nem sequer ao *quantum* indicado pelas partes no contrato, e o prejuízo do devedor que realizou as benfeitorias será ainda maior.

Isso porque, consumada a alienação via leilão, o credor entregará ao devedor eventual quantia que sobejar o valor da dívida, na qual a lei já reputa compreendido o ressarcimento por possíveis benfeitorias realizadas, afastando expressamente o direito de retenção sob alegação de insuficiência da indenização (§ 4º do art. 27). Não importa a natureza da benfeitoria, ou o seu valor em relação ao valor do imóvel ou à quantia apurada em leilão: o devedor não fará jus a qualquer compensação complementar ao montante que já lhe foi entregue³². Ademais, na possível hipótese de o imóvel não ser arrematado em segundo leilão, ao credor será adjudicado sem que lhe seja imputada a obrigação de entregar qualquer quantia ao devedor³³.

32 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A alienação fiduciária de imóveis segundo a Lei n. 9.514/97. *Revista da AJURIS*, a. XXVI, n. 80, p. 363, dez. 2000.

33 Embora essa seja a interpretação que tem prevalecido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, há decisões que impõem ao credor a obrigação de entregar ao devedor a importância que sobejar o valor da dívida quando houver adjudicação ao

Na grande maioria dos casos, portanto, o devedor restará irressarcido, já que as benfeitorias jamais serão computadas no preço pelo qual o bem é ofertado em leilão, seja porque esse valor foi previamente indicado pelas partes à época da celebração do contrato – quando benfeitorias ainda não havia –, seja porque o bem é oferecido, em segundo leilão, pelo valor da dívida, cujo cálculo é indiferente a qualquer condição do imóvel. A única hipótese prevista na lei em que o credor poderá ser cabalmente indenizado consiste na arrematação, em primeiro leilão, com disputa de lances. Nesse caso, embora o valor das benfeitorias não esteja contemplado no preço pelo qual o bem é oferecido, a disputa entre interessados pode culminar com a arrematação pelo preço de mercado do imóvel, este sim condizente com os melhoramentos promovidos pelo devedor.

Para ilustrar o que ora se denuncia, imagine-se a situação em que o devedor adquire imóvel residencial por quinhentos mil reais (R\$ 500.000,00), mediante financiamento com pacto adjeto de alienação fidu-

credor do imóvel. Isso porque, segundo referida orientação, o § 5º do art. 27 da Lei n. 9.514/97 só se aplicaria na hipótese de o imóvel ser arrematado em segundo leilão por valor inferior ao da dívida, não já, repita-se, diante de adjudicação resultante da falta de licitantes. Confira-se, nesse sentido, a seguinte decisão do TJSP: “Alienação fiduciária. Bem imóvel. Contrato firmado com empresa de ‘factoring’ para garantia de dívida reconhecida pelos autores. Ação de indenização, julgada improcedente em Primeiro Grau. Diante do inadimplemento dos devedores fiduciários e da configuração da mora, consolida-se a propriedade do imóvel em nome do agente fiduciário, que passa a ter o direito de levar o bem a leilão visando a sua alienação, nos termos dos artigos 26, §§ 1º, 3º, 7º e art. 27, todos da Lei n. 9.514/97. Infrutíferos os dois leilões públicos, já que não houve licitantes interessados, legitima-se a adjudicação do bem ao credor fiduciário, que formulou esse pleito. Nesse caso, mostra-se de rigor reconhecer o direito dos réus de fazerem jus à restituição dos valores que sobejarem do valor de sua dívida, com fundamento no artigo 27, § 4º, da Lei n. 9.514/97. (...)”. Lê-se no corpo do acórdão: “É de salientar, desse modo, que resta inaplicável à espécie o disposto no § 5º, do artigo 27 da Lei supracitada, que exonera o credor da obrigação contida no § 4º do dispositivo supramencionado, considerando-se extinta a dívida, porquanto não se trata de hipótese em que não houve mero lance inferior ao valor do segundo leilão, mas sim, de adjudicação do bem pela apelada, o que obviamente traduz em situação bem distinta da disposta no mencionado dispositivo legal” (TJSP, 25ª CDP, AC 0158705-15.2008.8.26.0100, Rel. Des. Vanderci Álvares, julg. em 29-8-2013).

ciária em garantia, e realiza benfeitorias na ordem de sessenta mil reais (R\$ 60.000,00). Um ano depois, o devedor deixa de pagar parcela intermediária de cento e cinquenta mil reais (R\$ 150.000,00). Em observância ao valor do imóvel e ao critério de reajuste contratualmente indicados, avalia-se o bem, para efeito de público leilão, em quinhentos e vinte mil reais (R\$ 520.000,00). Todavia, sabe-se que o valor real do bem no momento da disputa é quinhentos e oitenta mil reais (R\$ 580.000,00). Quatro são as possibilidades.

Na primeira, e única capaz de ressarcir o devedor, o bem é arrematado por terceiro em primeiro leilão por seu valor de mercado em razão da disputa de lances (R\$ 580.000,00); o credor se satisfaz cabalmente (R\$ 150.000,00) e entrega ao devedor a quantia excedente (R\$ 430.000,00), na qual estará, de fato, compreendida a indenização pelas benfeitorias. Em todas as demais situações, entretanto, o devedor restará irressarcido: na arrematação em primeiro leilão pelo preço oferecido, que é calculado, repita-se, sem considerar os incrementos realizados no bem; em segundo leilão, pelo valor da dívida ou quantia um pouco superior que, no comum dos casos, não atingirá nem sequer o valor pelo qual o bem foi oferecido em primeiro leilão; e na adjudicação ao credor, em que o devedor não faz jus a qualquer quantia, nos estritos e questionáveis termos da Lei n. 9.514/97.

É manifesta, portanto, a inadequação da disciplina legal, que raramente permitirá ao devedor obter um ressarcimento compatível com os investimentos feitos no imóvel³⁴. Também aqui, a apropriação direta e definitiva pelo credor promovida pelo pacto Marciano se afigura a solução mais equitativa e adequada: ao fixar o valor pelo qual o bem deve ser incorporado definitivamente ao patrimônio do credor, o árbitro levará em consideração o estado do imóvel – incluindo as benfeitorias nele realizadas –, e o avaliará pelo preço justo e condizente com as contemporâneas condições do mercado, impondo-se ao credor entregar ao devedor a quantia que sobejar a satisfação de seu crédito.

34 Em crítica contundente à disciplina da Lei n. 9.514/97 acerca das benfeitorias, confira-se FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A alienação fiduciária de imóveis segundo a Lei n. 9.514/97, cit., p. 372-373.

Embora a inclusão do pacto Marciano no contrato de alienação fiduciária ofereça ao devedor condição mais vantajosa do que a promovida pela disciplina legal, por viabilizar a integral indenização das benfeitorias, há que se investigar se, por outro lado, o credor também recebe tutela adequada diante de eventual depreciação do bem e, conseqüentemente, da insuficiência de seu valor de mercado para saldar o débito. Nesse caso, poderia o credor pleitear do devedor o pagamento da diferença ainda restante?

A questão assume particular relevância em razão de o legislador especial ter imposto ao credor o dever de, sendo-lhe adjudicado o bem, dar ao devedor quitação da dívida. Imperioso, portanto, investigar o real âmbito de incidência da norma, a fim de que seja possível extrair da alienação fiduciária todos os seus potenciais benefícios não apenas às partes contratantes, mas sobretudo ao mercado creditício, que se expande e se fortalece com o incremento dos mecanismos de satisfação do crédito.

4. A QUITAÇÃO DO DEVEDOR PELO CREDOR ADJUDICANTE: A NECESSÁRIA DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA REGRA

A função precípua das garantias de cumprimento das obrigações reside, precisamente, em oferecer ao mercado de crédito segurança quanto à cabal recuperação dos valores financiados. A Lei n. 9.514/97, todavia, parece ter descuidado dessa finalidade.

Dispõem os §§ 5º e 6º do art. 27 que, não obtido o lance mínimo no segundo leilão, ao credor será adjudicado o bem, que dará quitação ao devedor no prazo determinado, ficando dispensado de lhe restituir qualquer quantia. Significa dizer que, na hipótese de o imóvel valer menos do que o montante devido, o devedor se exonera de pagar o saldo remanescente, extinguindo-se a dívida. Trata-se, a rigor, de perdão da dívida decorrente de adjudicação compulsória, imposto por política legislativa de distribuição dos riscos contratuais entre as partes do negócio: se, de um lado, diante da desvalorização do imóvel, seja em razão de crise no mercado imobiliário ou de sua má conservação, o bem vale menos do que a dívida, beneficia-se o devedor, que obterá quitação, mas

prejudica-se o credor, que não poderá pleitear a satisfação do remanescente saldo devedor; por outro lado, se a dívida é inferior ao valor do bem, beneficia-se o credor, que não está obrigado a entregar ao devedor a importância que sobejar, mas perde o devedor, que ficará sem o bem e sem as parcelas já pagas.

A regra encerra exceção à disciplina das execuções por quantia certa. De acordo com o art. 876 do Código de Processo Civil, “É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados”. Nesse caso, determina o § 4º, inciso I, que, “se o valor do crédito for inferior ao dos bens, o requerente da adjudicação depositará de imediato a diferença, que ficará à disposição do executado”³⁵. Adjudicado, portanto, o bem, o devedor continua obrigado a pagar eventual remanescente de dívida, e ao credor se impõe entregar diferença porventura existente entre o valor de avaliação e o montante da dívida³⁶.

Há, ainda, outras exceções legais. A Lei n. 5.741/71 – que disciplina o financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação – já excepcionava a regra geral constante do Código de Processo Civil, exonerando o executado do pagamento do restante da dívida quando, não havendo licitantes, o imóvel é necessariamente adjudicado ao exequente em execução judicial³⁷. Ademais, no âmbito das hipotecas, impõe-se o perdão legal quando, diante de falência ou insolvência do devedor hipotecário, o credor requer, para pagamento de seu crédito, “a

35 Art. 876, § 4º, inciso I, do CPC/2015.

36 Observe-se que a exceção não é propriamente ao art. 1.430 do Código Civil, que determina que o devedor continuará pessoalmente obrigado pelo saldo devedor quando, executado o penhor ou executada a hipoteca, o produto não bastar para o pagamento da dívida. Este artigo trata da responsabilidade do devedor após a alienação do bem a terceiro, enquanto o art. 876 do CPC versa sobre a responsabilidade do devedor diante da adjudicação do bem ao credor, que é justamente a hipótese disciplinada pelo art. 27 da Lei n. 9.514/97.

37 Lei n. 5.741/71, art. 7º: “Não havendo licitante na praça pública, o juiz adjudicará, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, ao exequente o imóvel hipotecado, ficando exonerado o executado da obrigação de pagar o restante da dívida”.

adjudicação do imóvel avaliado em quantia inferior àquele, desde que dê quitação pela sua totalidade”³⁸.

Embora o escopo da Lei n. 9.514/97, ao regulamentar a alienação fiduciária de imóveis, tenha sido revitalizar e expandir o crédito imobiliário habitacional, criando procedimento capaz de promover a rápida e eficaz recuperação do crédito, em 2004, todavia, a Lei n. 10.931 estendeu a garantia fiduciária imobiliária às obrigações em geral, pelo que pareceu ampliar, igualmente, o âmbito de incidência do perdão legal³⁹. Para contornar o prejuízo que lhes foi imposto quando o valor do imóvel objeto da propriedade fiduciária é inferior ao valor da dívida – o que ocorre, sobretudo, quando há depreciação do bem ou retração do mercado –, os credores passaram a exigir uma composição de garantias que, conjuntamente, lastreiem o total do débito (na maioria das vezes, até o ultrapassam): ao lado da propriedade fiduciária, começou-se a constituir garantia real ou pessoal, a ser executada judicialmente antes da realização do público leilão para a venda daquela propriedade; dessa forma, eventual saldo devedor remanescente da execução da garantia real é satisfeito com a garantia fiduciária.

Conquanto eficaz do ponto de vista da cabal satisfação do crédito, essa prática acaba por neutralizar a eficácia e a celeridade na recuperação da quantia mutuada proporcionadas pela Lei n. 9.514/97, uma vez que requer a prévia execução judicial da garantia sobressalente, que não oferece a agilidade desejada. A lei perde, assim, importante diferencial em relação às demais modalidades de garantia: a despeito de ter criado procedimento rápido de satisfação do crédito, ele pode não ser adotado de imediato diante da necessidade de executar previamente outra garantia pelo proce-

38 Código Civil, “Art. 1.483. No caso de falência, ou insolvência, do devedor hipotecário, o direito de remição defere-se à massa, ou aos credores em concurso, não podendo o credor recusar o preço da avaliação do imóvel. Parágrafo único. Pode o credor hipotecário, para pagamento de seu crédito, requerer a adjudicação do imóvel avaliado em quantia inferior àquele, desde que dê quitação pela sua totalidade”.

39 Lei n. 10.931/2004, art. 51: “Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel”.

dimento judicial, a fim de assegurar a integral recuperação da quantia financiada. De todo modo, a cumulação de garantias contorna, mas não enfrenta, o cerne da questão: a legitimidade da imposição do perdão legal.

Ao analisar os dispositivos suprarreferidos, percebe-se que a quitação da dívida como consequência necessária da adjudicação do imóvel é imposta pelo legislador em duas situações: quando a adjudicação ao credor fiduciário ou hipotecário é legal, vale dizer, decorre de determinação expressa de lei, não já de sua vontade (Leis n. 9.514/97 e 5.741/71); e quando o próprio credor opta, no exercício de sua autonomia privada, pela adjudicação diante da falência ou insolvência do devedor (art. 1.483, parágrafo único, do Código Civil). Essa última hipótese não suscita questionamentos, uma vez que, embora o perdão da dívida decorra obrigatoriamente da adjudicação, o credor hipotecário pode optar por não adjudicar o bem, e buscar a integral satisfação da dívida.

Por outro lado, nas situações em que a adjudicação surge como a única alternativa possível para o credor, a imposição da quitação como seu efeito necessário revela-se excessivamente limitadora da situação jurídica subjetiva ativa, a colocar em xeque o acerto da opção legislativa. Lembre-se, ademais, de que no âmbito da alienação fiduciária de imóveis, há o reverso dessa moeda, consistente na liberação do credor adjudicante de entregá-lo ao devedor eventual quantia que sobeje a dívida, a restringir em demasia a situação jurídica subjetiva passiva (Lei n. 9.514/97, art. 27, § 5º). Imagine-se, por exemplo, o injustificável prejuízo do devedor que dá o imóvel adquirido em garantia do financiamento de apenas 40% da dívida, torna-se inadimplente, perde a integralidade do bem (que é adjudicado ao credor por frustração do segundo leilão) e não recebe absolutamente nada em restituição. Não é difícil perceber a incongruência da disciplina. No entanto, embora inadequada, a regra está posta, e cabe ao intérprete buscar a interpretação possível que lhe atribua sentido no âmbito de um ordenamento complexo e unitário, unificado pela Constituição da República.

Nessa esteira, a partir da interpretação pelo método lógico⁴⁰, identifica-se que a intenção, a causa determinante do perdão legal previsto ori-

40 Sobre o tema, confira-se PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. I, 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 166.

ginariamente na Lei n. 9.514/97 (assim como na Lei n. 5.741/71) foi conferir tutela qualificada ao devedor em razão da especial finalidade habitacional do financiamento, cujo fundamento de validade reside na promoção do direito constitucional à moradia. O mutuário contraía o financiamento para adquirir a casa própria, e oferecia em garantia o imóvel objeto da aquisição. Nesse cenário, a extinção da dívida diante da adjudicação compulsória dirigia-se claramente à proteção do devedor que, em razão do inadimplemento, já perdera sua moradia.

Sendo essa, portanto, a *ratio* do perdão legal, apenas às situações com ela compatíveis deve ser aplicado. E não se diga que a posterior ampliação da utilização da alienação fiduciária de imóveis, que passou a garantir as obrigações em geral, teria estendido, na mesma medida, o perdão legal aos financiamentos dirigidos à finalidade que não habitacional, ao argumento de que o legislador não restringira expressamente a quitação obrigatória à hipótese originariamente prevista na Lei n. 9.514/97. O alargamento do âmbito de incidência da alienação fiduciária de imóveis não conduz, necessariamente, à aplicação de todas as regras originalmente previstas na Lei n. 9.514/97. A regra elaborada para atender a certa finalidade a ela se vincula, e sua aplicação para a promoção de fins axiologicamente diversos converte a proteção originalmente legítima em favor do devedor em privilégio odioso, pelo que deve ser coibida.

Admitir a imposição do perdão legal no amplo espectro das alienações fiduciárias de imóveis importa demolir por completo o principal pilar que sustenta o direito das garantias: a certeza da plena recuperação da quantia mutuada. Em vez de criar embaraços para a satisfação do crédito, a lei deve oferecer ao credor todos os mecanismos necessários a tal desiderato, sob pena de se assistir à indesejável e pernicioso retração do mercado de crédito imobiliário⁴¹.

41 Conforme destaca San Tiago Dantas, o método lógico permite ao intérprete identificar, ainda, as consequências das possíveis interpretações da norma: “Nós extraímos as consequências da lei quando estabelecemos se há duas ou três interpretações possíveis e estabelecemos as consequências práticas a que cada uma delas nos levaria. Podemos ver que algumas das interpretações nos levam a consequências absurdas, ou a consequências contraditórias, e este é um argumento poderoso para rejeitar uma

Ademais, por se tratar de norma de exceção, deve-se interpretá-la estritamente, de modo a fazê-la incidir tão somente nas hipóteses expressamente contempladas na lei. A norma não foi concebida para servir de regra geral à disciplina das alienações fiduciárias de imóveis, tendo sido idealizada com o específico propósito de proteger o adquirente da casa própria. Admitir sua aplicação em favor de tomador de financiamentos destinados a atividades empresariais ou não habitacionais importaria na desvirtuação de exceção.

Além, portanto, de ser aplicável exclusivamente aos financiamentos voltados à aquisição da casa própria, o perdão legal apenas terá cabimento quando a adjudicação do imóvel for fruto de imposição legislativa, vale dizer, quando ocorrer após a frustração do segundo público leilão. Afasta-se, assim, a aplicação do art. 27, § 5º, quando a adjudicação decorrer do pacto Marciano, hipótese em que será observada a regra geral, admitindo-se a cobrança do saldo devedor. Eis, portanto, mais uma vantagem da celebração do pacto Marciano a ser somada àquelas já referidas anteriormente.

Diante desse cenário, impõe-se restringir a aplicação do art. 27, § 5º, às situações em que ele desempenha a função para a qual foi originalmente concebido – proteger o mutuário no âmbito de financiamentos habitacionais com vistas à promoção do direito fundamental à moradia⁴². Por outro lado, nas situações em que a alienação fiduciária constituir garantia de financiamento de operações com finalidades diversas, ou mesmo no âmbito de financiamentos habitacionais quando a adjudicação não decorrer da frustração do segundo leilão, deve-se afastar a incidência do dispositivo, permitindo-se ao credor penhorar bens do devedor bastantes à satisfação integral do crédito⁴³.

certa interpretação, pois que o legislador não pode ter querido absurdo” (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*, cit., p. 105).

42 Melhim Chalhub vai além, e admite a aplicação do perdão legal apenas no âmbito de financiamentos habitacionais que visem à aquisição de imóveis compatíveis com o padrão de moradia da população de baixo poder aquisitivo: CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, cit., p. 265.

43 CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção dos contratos*, cit., p. 105.

Note-se, todavia, que o afastamento do art. 27, § 5º, nessa situação, há de ser completo: assim como não se aplicará o perdão do saldo de dívida, tampouco se dispensará o credor de entregar ao devedor eventual importância que supere o valor do débito. Logo, frustrado o segundo leilão no contexto de financiamentos não habitacionais ou celebrado o pacto Marciano, ao credor será adjudicado o bem pelo valor que as partes fixaram contratualmente ou pelo preço arbitrado por terceiro, respectivamente, que poderá ser inferior ou superior ao valor da dívida: no primeiro caso, admitir-se-á a penhora de outros bens do devedor para quitar integralmente o débito; na segunda hipótese, o credor deverá entregar ao devedor a importância que sobejar seu crédito.

CONCLUSÃO

No cenário contemporâneo, em que se avolumam transações cada vez mais aceleradas, intensifica-se a necessidade de fortalecer o mercado de crédito, desiderato apenas alcançável por meio do desenvolvimento de mecanismos capazes de garantir aos credores a rápida e eficaz recuperação do crédito. Nessa esteira, a alienação fiduciária de bens imóveis surgiu com a promessa de desburocratizar e agilizar a satisfação do credor, o que, todavia, não se confirmou inteiramente. Embora referida modalidade de garantia apresente consideráveis vantagens em relação ao penhor, a hipoteca e a anticrese, uma vez que atribui ao credor a propriedade fiduciária sob condição resolutiva e lhe oferece célere e sólido procedimento extrajudicial de recuperação do valor mutuado, observam-se em sua disciplina deficiências e insuficiências cuja superação afigura-se essencial para que as partes possam fruir integralmente de todos os seus benefícios.

Em primeiro lugar, é preciso suplantar o mito segundo o qual a incorporação definitiva do imóvel ao patrimônio do credor está condicionada à frustração do segundo leilão. As partes podem, por meio do pacto Marciano, ajustar, já quando da celebração do contrato, a integração em definitivo do bem à esfera jurídica do credor comõ forma de satisfação do crédito diante do inadimplemento do devedor, desde que o faça pelo preço arbitrado por terceiro. Contorna-se, assim, a proibição do pacto comissório, cujo fundamento reside no caráter usurário de que se reveste o aban-

dono do bem em favor do credor pelo saldo devedor, ou pelo preço ajustado ao tempo da celebração do contrato, ou ainda pela quantia por ele estimada. O problema não reside, portanto, na possibilidade de o credor se apropriar direta e permanentemente do bem como mecanismo de satisfação da crédito, mas sim na forma pela qual seu valor é fixado para efeito da apropriação definitiva, o que é contornado, portanto, com o pacto Marciano.

Ademais, há que se reconhecer que a disciplina da alienação fiduciária raramente proporcionará ao devedor o pleno ressarcimento pelas benfeitorias realizadas no imóvel. Conforme se demonstrou, nem em primeiro leilão e, muito menos, no segundo, a avaliação do bem leva em conta critérios que permitam computar as benfeitorias feitas pelo devedor, razão pela qual seu valor só poderá vir a integrar o lance vencedor se o bem for arrematado em primeiro leilão com disputa de lances. Diante desse cenário, a apropriação direta e definitiva do bem pelo credor promovida pelo pacto Marciano exsurge como a única hipótese capaz de proporcionar, sempre, a cabal indenização pelas benfeitorias realizadas pelo devedor, já que o bem é incorporado pelo preço arbitrado por terceiro de acordo com o estado em que se encontra.

Por fim, é preciso definir com exatidão o âmbito de incidência do perdão legal previsto no art. 27, § 5º. A interpretação lógica permite concluir que a *ratio* original do dispositivo foi conferir especial tutela ao devedor em razão da relevante finalidade habitacional do financiamento. Além disso, por se tratar de exceção à regra geral aplicada às garantias, o perdão deve ser interpretado e aplicado de forma estrita, de modo a incidir tão somente na situação para a qual foi originalmente concebido. A partir daí, é possível delimitar com segurança o âmbito da quitação obrigatória: o financiamento há de ter finalidade habitacional e, ao mesmo tempo, a adjudicação pelo credor deve decorrer da frustração do segundo público leilão. A imposição do perdão legal no âmbito de financiamentos não habitacionais representa ilegítima proteção do devedor e conduz à ruína de um dos principais pilares do sistema das garantias: a segurança na recuperação integral do crédito; ademais, quando imposto ao credor como consequência necessária da incorporação definitiva do bem ao seu patrimônio, o perdão viola gravemente a autonomia privada

dos contratantes. Urge, portanto, conter a quitação obrigatória no seu restrito âmbito de incidência.

É inegável o relevante salto qualitativo na tutela do crédito proporcionado pela Lei n. 9.514/97. No entanto, a obtenção da máxima eficiência da disciplina positivada requer do intérprete exercício hermenêutico comprometido com a unidade do sistema, como o que se pretendeu empreender nas páginas acima. A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis não pode ser concebida como um gueto apartado do sistema, e a sua adequada compreensão requer sua inserção na complexidade que a circunda.

REFERÊNCIAS

- ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. III, 1958.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Coleção Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. V, 2011.
- ASCARELLI, Tullio. *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, v. III, 1958.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A execução extrajudicial do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel – exame crítico da Lei 9.514, de 20-11-1997. *Revista dos Tribunais*, v. 819, jan. 2004.
- CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985.
- CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção dos contratos. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 30, n. 63, 2007.
- _____. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A alienação fiduciária de imóveis segundo a Lei n. 9.514/97. *Revista da AJURIS*, ano XXVI, n. 80, dez. 2000.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. Perfil dogmático da alienação fiduciária. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Coleção Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. V, 2011.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

NORONHA, Fernando. A alienação fiduciária em garantia e o *leasing* financeiro como supergarantias das obrigações. *Revista dos Tribunais*, v. 845, mar. 2006.

OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Fidúcia: a importância da incorporação dos efeitos do *trust* no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 48, out.-dez. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 2012.

_____. *Instituições de direito civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2013.

PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956.

RABELLO, José Geraldo de Jacobina. Alienação fiduciária em garantia. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Coleção Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. V, 2011.

A configuração do penhor no direito brasileiro

Pablo Rentería

Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor da PUC-Rio.

1. INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, o direito civil encontra-se em transformação. O advento de uma ordem jurídica comprometida com a promoção de condições dignas de vida em sociedade desencadeou amplo movimento de reforma do direito privado, que permanecia sob a forte influência de categorias jurídicas que, forjadas em outro contexto histórico e cultural, não correspondiam mais ao dado normativo e às aspirações axiológicas do momento¹.

Tal movimento, que ecoou nos mais variados ramos do direito, introduziu profundas modificações no direito das coisas². No entanto, no que

1 Segundo Gustavo Tepedino, “a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual” (Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____, *Temas de direito civil* – p. 1-23, 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 22).

2 Cf., entre outras obras, Gustavo Tepedino, *Contornos constitucionais da proprieda-*