

Desvendando a alienação fiduciária de bem imóvel. Anotações e provocações a respeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, do recebimento da dívida após o decurso da mora e da quitação mútua no negócio fiduciário

Mauro Antônio Rocha

*Advogado da CAIXA em São Paulo
Bacharel em Direito pela Universidade
de São Paulo - USP*

*Pós-graduado em Direito Imobiliário e
em Direito Registral e Notarial*

*Coordenador Jurídico de Contratos Imobiliários da
Caixa Econômica Federal em São Paulo - JURIR/SP*

RESUMO

O presente artigo trata da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às operações de venda e compra de bem imóvel com parcelamento de preço e garantia fiduciária, da possibilidade de recebimento da dívida após o decurso do prazo da mora, bem como da correta interpretação do § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, que dispõe sobre a exoneração do credor, no caso de não realização da venda do imóvel no segundo leilão realizado por conta da consolidação da propriedade, à prestação de contas em relação a eventual e futura disposição do bem, ficando o devedor destituído de qualquer direito em relação aos valores pagos.

Palavras-chave: Financiamento imobiliário. Parcelamento do preço. Direito do Consumidor. Prestação de contas.

ABSTRACT

This article deals with the application of the Consumer Protection Code on sales and purchase of the property with price installment and loan guarantees, the possibility of receiving debt after the term of the late course and the correct interpretation of § 5 of art. 27 of Law No. 9.514 / 1997, which

provides for the dismissal of the lender in case of non-realization of sale of the property in the second auction on behalf of the land consolidation, accountability regarding possible future disposal of the property, getting the debtor devoid of any rights in respect to amounts paid.

Keywords: Real estate financing. Price installment. Consumer Law. Accountability.

Introdução

A alienação fiduciária sobre bens imóveis ingressou no ordenamento jurídico brasileiro há quase 20 anos, ficando inicialmente restrita às operações contratadas no âmbito do Sistema de Financiamento Imobiliário instituído na mesma Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Ocorreu que, ainda que inexistente dispositivo de exclusividade, por ter sido criada no mesmo diploma legal que instituiu o SFI, trouxe procedimentos executórios claramente delineados para as operações nele realizadas, razão pela qual se instaurou o justo receio acerca da validade de aplicação do instituto para a garantia de obrigações contratadas fora daquele sistema.

Foi somente a partir da promulgação da Lei nº 10.931, em 4 de agosto de 2004, que outras operações imobiliárias, realizadas fora dos sistemas oficiais de financiamento, assim como as obrigações em geral, puderam ser oficial e efetivamente “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”.¹

Nesses quase 20 anos de aplicação efetiva, em que a alienação fiduciária de coisa imóvel enfrentou as águas serenas da estabilidade econômica, situação de pleno emprego e reajustes reais de salários, foram firmados milhões de contratos de financiamento imobiliário, parcelamento do preço de venda e de crédito em geral com garantia fiduciária e, destes, apenas uma parcela proporcionalmente irrelevante foi levada à execução extrajudicial em razão de inadimplência e insignificante o número de conflitos judicializados.

No entanto, as dificuldades políticas e econômicas que o país passou a enfrentar a partir do final de 2014 alçaram a inadimplência contratual a níveis preocupantes, agravando o

¹ Lei nº 10.931/2004, art. 51.

quadro de cobrança forçada das dívidas e, provocando, conseqüentemente, a reação judicial – não mais do mutuário terminal, assim entendido como o devedor já acomodado e conformado com a perspectiva da perda, cujo contraponto restava limitado ao propósito de recuperar parte do montante investido na aquisição e protelar a desocupação do imóvel – e, sim, de devedores e fiduciantes que pressentem o risco e se mostrarão dispostos a lançar mão de todos os recursos judiciais previstos e cabíveis à espécie para evitar a perda substancial do patrimônio.

Sucedede que a quietação do passado restringiu os estudos sobre o instituto da garantia fiduciária à simplicidade dos procedimentos legais da concessão do crédito, quitação da dívida, consolidação da propriedade e execução extrajudicial do débito, de forma que os operadores do direito acordaram despreparados para compreender os atalhos e desvios que começam a surgir.

1 Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às operações de venda e compra de bem imóvel com garantia fiduciária

Dentre as incompreensões anotadas destacamos a existência de um relativo consenso em afastar da alienação fiduciária de bem imóvel em garantia a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, notadamente em relação ao seu art. 53, que dispõe sobre a nulidade de cláusula que estabeleça “a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

Entendem os doutrinadores – e se repetem – que o código do consumidor é norma geral e que, portanto, prevalece sobre ele a Lei nº 9.514/1997, por ser posterior, específica e tratar exaustivamente dos procedimentos correspondentes à consolidação da propriedade no fiduciário e da alienação do bem em leilão público por valor suficiente para liquidar a dívida com seus encargos e, quando possível, restituir ao devedor fiduciário, total ou parcialmente, o montante dos pagamentos efetuados.

Argumentam, também, que esses procedimentos legais de realização do bem e a forma de apuração de haveres para a liquidação da dívida e satisfação de eventuais direitos do devedor se apresentam, ao final, compatíveis com as disposições do código consumerista, não representando seu afastamento qualquer prejuízo ao consumidor e devedor fiduciário.

Da mesma forma – ou por conta disso – é possível colher decisões que reproduzem esse entendimento, inadmitindo a apli-

cação da lei de consumo, para denegar a devolução de valores pagos pelo consumidor na aquisição de imóvel com a constituição de alienação em garantia.

Tais argumentos não se ajustam claramente em relação a determinados negócios jurídicos, porém, desta feita e por enquanto, não é nossa intenção contrariá-los e vamos nos limitar a abordar algumas incongruências relativas ao assunto tratado.

Inicialmente, cuidemos da dificuldade que doutrinadores e operadores do direito, inclusive magistrados, apresentam para diferenciar a operação de mútuo com garantia fiduciária contratada para a compra de imóvel (financiamento imobiliário) da venda e compra para pagamento parcelado e periódico do preço pelo comprador com garantia fiduciária constituída sobre o mesmo imóvel objeto da operação (parcelamento do preço).

No texto legal, o financiamento imobiliário está contido no art. 4º (“as operações de financiamento imobiliário em geral serão livremente efetuadas pelas entidades autorizadas a operar no SFI, segundo condições de mercado e observadas as prescrições legais”) e as demais operações (inclusive o financiamento imobiliário fora do SFI), no § 2º do art. 5º, com a redação dada pela Lei nº 10.931/2004 (“as operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI”).

À partida, convém esclarecer que a concessão de crédito em dinheiro para a aquisição de bem imóvel – com ou sem alienação fiduciária em garantia – constitui atividade privativa das entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional (SFN), com funcionamento autorizado pelo Banco Central do Brasil.

No financiamento imobiliário o bem jurídico garantido pela alienação fiduciária é o montante em dinheiro resultante de operação de mútuo financeiro, aplicado no pagamento integral e imediato – diretamente ao vendedor – do bem imóvel adquirido pelo mutuário.

O financiamento não se confunde com o parcelamento do preço de venda, indevidamente denominado de autofinanciamento, ainda que os pagamentos dessas parcelas estejam garantidos pela alienação fiduciária concomitante do imóvel ao vendedor, agora credor fiduciário.

Na primeira hipótese – aquisição no âmbito dos sistemas oficiais de financiamento imobiliário – ocorre uma operação de venda e compra com pagamento à vista, concomitante à concessão ao adquirente de mútuo financeiro destinado ao fornecimento

dos recursos para o pagamento do preço, cujo retorno estará garantido pela alienação fiduciária do bem financiado, de forma que o inadimplemento da obrigação pelo devedor implicará a execução extrajudicial da dívida com vistas ao retorno dos recursos financeiros ao credor.

Na segunda – aquisição no âmbito do mercado imobiliário comum – a operação realizada é de venda e compra, compromissada ou em caráter definitivo, com as cláusulas relativas à alienação fiduciária em garantia do parcelamento do preço de venda concedido diretamente pelo vendedor e, nessa situação, eventual inadimplemento da obrigação de pagar resolve o contrato principal de venda e compra, consolidando-se a propriedade em nome do credor fiduciário, que restará dispensado da obrigação de realização do ativo em leilão público, mas que, porém, ressarcirá ao devedor os valores pagos – por conta da aplicação do art. 53 do CDC – na proporção ajustada em contrato ou determinada judicialmente – em procedimento cujo caráter é meramente obrigacional.

Por conta disso – desconhecimento de conceitos elementares de direito financeiro, juntamente com o aproveitamento de doutrina e jurisprudência produzida no entremeio da legislação de regência, desatualizada e incompatível com o atual estágio do instituto – parecem incompreensíveis determinadas manifestações doutrinárias e decisões judiciais.

Dantzger (2010, p. 108), por exemplo, afirma que “diversos doutrinadores já se posicionaram a respeito do assunto, e seus argumentos são deveras contundentes, quanto à inaplicabilidade do indigitado preceito do Código de Defesa do Consumidor, no que diz respeito à alienação fiduciária de imóveis”.

Em apoio à sua afirmação transcreve parecer encomendado ao jurista José Manoel de Arruda Alvim Netto pela Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP), elaborado anteriormente à alteração legal antes referida, nos seguintes termos:

No contrato de compra e venda a prestações, o devedor recebe uma coisa, pela qual vai pagando; havendo rescisão haverá de devolver a coisa, e é por isso que, deve receber de volta o que por ela pagou; no sistema da Lei 9.514/1997 o numerário destina-se à aquisição da coisa, é originalmente do credor e por isso deve devolvê-lo, pois que foi recebido com a obrigação de devolução; se o credor, a seu turno, houvesse de devolver ‘esse mesmo numerário’, que recebera em pagamento, estaria sempre perdendo; e estaria ‘sempre perdendo’ porque o produto da alienação do bem imó-

vel destina-se ao pagamento do 'resto do débito', ou seja, destina-se à reposição do patrimônio do credor, nada mais (Dantzger, 2010, p.108).

O que o eminente jurista afirma no trecho transcrito é, exatamente, que na compra e venda para pagamento parcelado do preço o devedor deve receber de volta o que pagou, ou seja, cabe a devolução dos valores pagos, em atendimento ao disposto no art. 53 do Código do Consumidor, diferentemente da aquisição do imóvel mediante financiamento imobiliário em que a restituição estará limitada ao que sobejar a dívida, nos termos da Lei nº 9.514/1997.

Caso ainda reste dúvida sobre a contrariedade do parecerista em relação ao introito proposto por Dantzger, trazemos a lume outro trecho – não utilizado pelo autor – do mesmo parecer:

A situação, portanto, é absolutamente diversa da que ocorre no compromisso de compra e venda de imóvel a prestações, em que as parcelas pagas ao credor são provenientes do patrimônio do próprio devedor, daí o art. 53, CDC, prever a sua devolução no caso de inadimplemento, com a perda do sinal, para composição das perdas e danos. Ademais, o vendedor do imóvel lucrará com a própria venda do imóvel, ao contrário do que ocorre na alienação fiduciária de imóvel, em que o negócio principal é o empréstimo (ARRUDA ALVIM, s.d., p. 13).

Ao enfrentar o mesmo assunto, Chalhub (2012, p. 15) manifestou-se da seguinte forma:

Sucede que inúmeras relações de consumo a que se aplica esse princípio têm peculiaridades que distinguem umas das outras e que, portanto, merecem tratamento jurídico e legal coerente com sua peculiar estrutura e função.

É o caso da Lei nº 9.514/1997, que é lei especial e não é incompatível com a Lei nº 8.078/1990 (CDC), razão pela qual, a despeito de os princípios de proteção ao consumidor se aplicarem aos contratos de alienação fiduciária quando caracterizem relação de consumo, o acertamento de haveres nessa espécie de contrato deve seguir o critério específico estabelecido pelo art. 27 da Lei nº 9.514/1997 e não o critério genérico previsto no art. 52 do CDC, seja porque o critério da lei especial não conflita com o princípio enunciado naquele dispositivo do CDC, seja porque aquele é o critério próprio para execução de crédito garantido por direito real.

Em outras palavras: o art. 53 enuncia um princípio geral de nulidade da cláusula que preveja a perda

total das quantias pagas pelo devedor inadimplente e o art. 27 da Lei nº 9.514/1997 estabelece critério específico, pelo qual manda o credor devolver ao devedor a quantia que sobrar do leilão, depois de satisfeito o crédito garantido.

Não obstante o anteriormente transcrito, Chalhub (2012, p. 14) afirma:

no que tange ao acertamento de conta entre devedor e credor, por efeito da extinção dos contratos de venda a prazo e de alienação fiduciária que caracterizam relação de consumo, o dispositivo do CDC pertinente é o art. 53, que considera nula a cláusula que preveja a perda total das quantias pagas pelo devedor.

Assim, em que pese o encadeamento lógico do raciocínio desenvolvido pelo autor – e ainda que se possa considerar correto que aos contratos de alienação fiduciária em garantia de créditos imobiliários constituídos ao abrigo da Lei nº 9.514/1997 aplicam-se os procedimentos de realização da garantia e quitação do débito nela estabelecidos –, outras formas de alienação fiduciária são também contratadas, de maneira que a questão central relativa à aplicabilidade da quitação mútua às transações de venda e compra de imóveis fora dos sistemas de financiamento imobiliário permanece pendente de apreciação.

Outro inquietante exemplo do desentendimento reinante pode ser encontrado nas decisões proferidas nas Apelações 0221567-17.2011.8.26.0100, relatada pelo Des. Carlos Alberto Garbi, julgada pela 10ª Câmara de Direito Privado, em 10/03/2015, e 0104383-79.2007.8.26.0100 – relatada pelo Des. Alexandre Lazzarini, julgada pela 9ª Câmara de Direito Privado, em 23/02/2016, ambas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na primeira delas, a recorrente – entidade não financeira – apelou de sentença que a condenara à devolução de 90% dos valores recebidos dos autores, titulares nos exatos termos do relatório, de “compromisso de compra e venda com financiamento imobiliário [sic] e pacto adjeto de alienação fiduciária”.

A recorrente alegava, na parte que nos interessa, que a devolução dos valores pagos contraria o disposto no art. 27 da Lei nº 9.514/97. Cabe anotar que a própria ré – insegura quanto ao argumento utilizado – pediu, alternativamente, a elevação da retenção para 40% dos valores pagos, além da condenação dos autores ao pagamento de taxa de ocupação.

Ao votar pela reforma da sentença e denegação da restituição dos valores pagos o d. Relator afirmou que

a ré cumpriu integralmente a sua prestação, entregando o imóvel e celebrando o contrato de compra e venda. Financiou [sic] o preço e tornou-se credora fiduciária, com propriedade resolúvel sobre a unidade autônoma.

[...]

Portanto, descabe o pedido de devolução dos valores pagos a título de financiamento [sic] de imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia, que só seria possível com o reconhecimento de saldo favorável aos autores no leilão do imóvel garantidor da dívida, o que não ocorreu na hipótese.

Resta claro da leitura do relatório que o contrato principal em questão é de venda e compra – não de mútuo, como afirma o relator – realizada diretamente pelo fornecedor ao consumidor final, deixando caracterizada a relação de consumo, sendo aplicáveis, portanto, os dispositivos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, independentemente do parcelamento do preço de venda – ou do inexistente financiamento – e de estar o valor parcelado garantido fiduciariamente. Não elide o equívoco nem facilita o entendimento destacado pelo relator – o precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça citado, REsp nº 166.753/SP, rel. Min. Castro Filho, DJ 03/05/2005 –, que se mostra inaplicável ao caso por cuidar, exatamente, de contrato firmado com entidade financeira autorizada a realizar operações financeiras.

Ademais, a ser correta a informação relatada, restaria configurado no contrato submetido ao Juízo o exercício ilegal de atividade financeira privativa por entidade não autorizada.

Na segunda decisão, de interesse da mesma entidade não financeira (sociedade incorporadora), a sentença que julgara parcialmente procedente a ação declaratória de rescisão contratual cumulada com devolução de valores pagos para declarar rescindido o contrato e determinar a devolução de 85% dos valores pagos pelos recorridos, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora a partir da citação, foi integralmente mantida, “porque a hipótese envolve relação de consumo e contrato de adesão, de maneira que não se pode tolher do consumidor a possibilidade de vir a juízo e postular a rescisão da avença em virtude de sua incapacidade financeira de continuar honrando com as parcelas”.

Cabe reiterar, no entanto, que a devolução total ou parcial dos valores pagos pelo devedor resultará da resolução do contrato principal, caracterizando a dação de direito em pagamento da dívida (§ 8º do art. 26) e consolidando plenamente a pro-

priedade no fiduciário, que estará dispensado da realização de leilões e poderá dar ao bem a destinação que melhor lhe aprouver.

É evidente que estabelecida a relação de consumo, aplicar-se-ão as normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor às transações realizadas nos sistemas oficiais de financiamento – tanto em relação aos negócios de natureza imobiliária quanto em relação aos negócios de natureza financeira. Aos negócios jurídicos que compreendam a venda e compra do bem imóvel, com parcelamento do preço contratado diretamente pelo fornecedor, aplicar-se-á o art. 53 do código sem a precedência da Lei nº 9.514/1997, por ser o contrato de venda e compra principal em relação ao de alienação fiduciária.

Parece-nos, portanto, lícito concluir que as pessoas físicas e jurídicas não integrantes dos sistemas de financiamento imobiliário estão autorizadas a contratar a alienação fiduciária em garantia do parcelamento do preço de venda, mas, salvo melhor juízo, nos casos de execução extrajudicial da garantia, além dos procedimentos descritos na Lei nº 9.514/1997, deverão observar os mecanismos de proteção ao consumidor, de maneira a facilitar a retomada do bem e, ao mesmo tempo, garantir ao fiduciante a restituição de parte substancial dos valores pagos durante o contrato, em cumprimento ao disposto no art. 53 da lei consumerista.

Esse aparente conflito de normas, no caso de venda de imóvel com parcelamento do preço pelo próprio vendedor (construtor ou incorporador) com garantia fiduciária, deverá ser, caso mantida a tendência de aumento da inadimplência no mercado imobiliário, motivo recorrente de judicialização dos contratos de alienação fiduciária em garantia nos próximos anos.

2 Do recebimento da dívida após o decurso do prazo legal para a purgação da mora e conseqüente cancelamento da consolidação da propriedade

Outro exemplo anotado de incompreensão da norma legal se revela na reiterada negativa de autorização para o cancelamento da averbação da consolidação de propriedade a requerimento formal e unânime das partes, nos casos do recebimento da dívida pelo credor fiduciário depois de decorrido o prazo legal concedido ao devedor para a purgação de mora, sob os argumentos, doutrinariamente inatacáveis, de que (a) o art. 27 da Lei nº 9.514/97 é norma cogente que determina a realização de leilão público para a venda de imóvel objeto de consolida-

ção da propriedade por conta do inadimplemento contratual, obrigação que não pode ser afastada para atender aos interesses das partes e (b) a eficácia do cancelamento de averbação válida é negativa, não se prestando para reprimir a condição anterior da inscrição por ela alcançada.

Não se encontra razoabilidade na negativa de cancelamento da consolidação apenas e tão somente pela suposta cogência dos procedimentos exigidos na norma legal, sendo imprescindível a criação de uma base doutrinária que afaste esses impedimentos de forma a possibilitar a regularização registrária da situação exposta. A simplicidade do argumento denegatório contrasta com a relevância material e ideológica do bem jurídico tratado.

Dispõe o *caput* do art. 27 da Lei nº 9.514/97 que, uma vez consolidada a propriedade, o fiduciário promoverá público leilão para a alienação do imóvel no prazo de 30 dias, contados da data do registro de consolidação.

O referido artigo 27 é mandatário, cogente e não permite qualquer outra interpretação que não aquela que se extrai de sua leitura direta: a propriedade consolidada em nome do credor deve ser alienada em público leilão, em respeito à tradição civilista de negar a apropriação pelo credor do bem oferecido em garantia pelo devedor.

Entretanto, a justificativa para o caráter coercitivo da norma reside, exatamente, na intenção de proteger os interesses da parte momentaneamente mais fraca – o devedor fiduciante –, de forma que admitir-se a possibilidade do recebimento da dívida depois da consolidação da propriedade e antes, evidentemente, da alienação do imóvel em leilão realizado nos termos da lei parece coerente com a intenção legislativa de impedir que a parte hipersuficiente se valha da lei para prejudicar interesses do devedor ou para alcançar o enriquecimento sem causa, próprio ou de terceiros.

Examinando hipótese em tudo semelhante, Chalhub (2012, p. 132/134) assim se manifestou:

O leilão foi eleito pelo legislador como meio de conversão do bem em dinheiro, destinando-se o produto arrecadado ao acerto de haveres entre as partes, mas nada impede que, em circunstâncias especiais, outro meio seja eleito pelas partes para alcançar o mesmo objetivo de acerto de haveres, desde que os interesses do credor e do devedor sejam preservados e que a alternativa eleita pelas partes não importe em fraude de execução ou contra credores. [...]

Em suma, considerando que são os próprios antigos prestadores de garantia e a antiga devedora que têm interesse em dispensar a realização do leilão, porque precisam de maior prazo para obter recursos necessários à re aquisição dos imóveis, e, mais, considerando, ainda, o precedente da própria Lei nº 9.514/1997, que dispensa o leilão na hipótese de dação em pagamento, não há dúvida de que é também admissível outro modo de acertamento de haveres que importe em extinção da dívida, desde que com a participação dos interessados.

Cabe ressaltar, no entanto, que a consolidação da propriedade em nome do credor pode gerar uma expectativa de direitos a terceiro interessado em licitar e eventualmente adquirir o bem imóvel em um dos leilões referidos na lei e que restará frustrada pelo acordo validado.

Dessa forma, o credor – agora proprietário – que aceita o recebimento da dívida após a consolidação da propriedade assume a responsabilidade pelos prejuízos eventualmente causados a terceiros interessados em participar dos leilões não realizados.

Posto isso, nada impede, a nosso ver, que o credor aceda quanto ao pagamento da dívida e aceite o cancelamento da consolidação, para retornar a titularidade do imóvel à situação anterior, restabelecendo-se, se for o caso, a alienação fiduciária, e possibilitar ao devedor a manutenção do bem da vida, retomando o curso do contrato, como medida de justiça, que atende ao direito constitucional à moradia e aos princípios de celeridade e economia processual.

São de pouca ajuda os precedentes do Superior Tribunal de Justiça que, ao mesmo tempo, admitem o recebimento do crédito e a liquidação da dívida, sem, no entanto, determinar ou autorizar o cancelamento da consolidação da propriedade, deixando, porém, subentendida a necessidade de realização de um novo negócio jurídico que, a rigor, independeria de qualquer autorização judicial.

No primeiro acórdão precedente² – em que se discutia até em que momento o devedor pode efetuar a purgação da mora, independentemente da vontade do credor, em contrato de financiamento vinculado ao Sistema de Financiamento Imobiliário e se cuidava da intenção do fiduciante em fazê-lo antes da alienação do imóvel em leilão público – foi provido recurso especial que admitiu que o pagamento ocorresse até a assinatura

² REsp 1.433.031 – DF (2013/0399263-2).

do auto de arrematação, em face da “incidência irrestrita daquele dispositivo legal (art. 34 do DL 70/66) aos contratos celebrados com base na Lei nº 9.514/97”, nos seguintes termos:

Havendo previsão legal de aplicação do art. 34 do DL nº 70/99 [sic] à Lei nº 9.514/97 e não dispondo esta sobre a data limite para purgação da mora do mutuário, conclui-se pela incidência irrestrita daquele dispositivo legal aos contratos celebrados com base na Lei nº 9.514/97, admitindo-se a purgação da mora até a assinatura do auto de arrematação.

Parece-nos descabida a afirmação de que a lei não dispôs sobre a data limite para purgação da mora pelo mutuário. O limite de 15 (quinze) dias da efetiva intimação para satisfazer a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento está explícito e expresso no art. 26, I e VII da Lei nº 9.514/97. Ademais, o termo assinalado no acórdão para a purgação da mora é inexecuível, uma vez que não há auto de arrematação no procedimento da referida lei.

Quanto à aplicação subsidiária do art. 34 do DL 70/66, entendemos que está limitada às operações que, no Sistema de Financiamento Imobiliário, criado pela Lei nº 9.514/97, forem contratadas com garantia hipotecária nos termos do art. 17, II, e desse assunto tratar-se-á mais adiante.

No segundo precedente³, em que as partes acordaram quanto à quitação da dívida, ficando a lide restrita à possibilidade de cancelamento da averbação da consolidação da propriedade, foi provido o recurso especial para, da mesma forma, admitir a purgação da mora e o pagamento da dívida após o decurso do prazo legal, tendo, porém, o i. Relator (com voto acatado pela unanimidade pela turma julgadora) adentrado terreno minado ao discorrer sobre a responsabilidade por gastos e despesas referentes a uma “nova transmissão de propriedade” (grifo do acórdão).

Ultrapassa o limite da lógica jurídica a decisão que valida a purgação da mora e o recebimento da dívida seguida da propositura de “nova transmissão de propriedade”, o que, reiteramos, independeria de “validação” judicial.

Com efeito, há o ajuste doutrinário de que o pagamento integral da dívida e encargos opera a automática revogação da fidúcia, fazendo retornar a propriedade plena ao devedor fiduciante, conferindo ao termo de quitação efeito meramente

³ REsp 1.462.210 – RS (2014/0149511-0).

declaratório. Assim, o resultado objetivo da validação da purgação da mora e do termo de quitação emitido pelo fiduciário será a confirmação da revogação da fidúcia e da correspondente consolidação da propriedade agora em nome do devedor fiduciário.

De outro lado, e ao mesmo tempo, validar a purgação da mora e negar o cancelamento da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciante afasta a operacionalidade jurídica da decisão.

Outra questão diz respeito à possibilidade de o devedor exigir do credor o recebimento do valor devido e conseqüente quitação da dívida após a averbação da consolidação da propriedade.

Se, até este ponto, entendemos possível afastar o caráter mandatário da lei para acatar o acordo firmado entre as partes com a quitação da dívida após o prazo legal, assumindo o credor os riscos de indenizar prejuízos causados a terceiros, outra sorte deve ter o devedor inadimplente que pretenda purgar a mora após a consolidação da propriedade, no caso de desinteresse do credor proprietário ao recebimento.

Na situação descrita, decorrido o prazo fixado legalmente e repetido de forma obrigatoriamente expressa no instrumento contratual, estará o credor autorizado a requerer a consolidação da propriedade. Ultimada a consolidação, o credor obtém a propriedade plena do imóvel, ainda que com restrição à disponibilidade por força da obrigação de efetuar a venda em leilão, ficando desde logo legitimado a promover a ação de reintegração de posse do imóvel e nenhum direito inerente à propriedade remanescerá para o devedor.

Nesse sentido, ensina Chalhub (2012, p. 18): “A ação de reintegração pode ser proposta pelo antigo fiduciário logo após a averbação da consolidação da propriedade em seu nome, não dependendo da realização do leilão previsto no art. 27 da Lei nº 9.515/97”.

Com entendimento contrário, Kumpel (2014), citando Scavone, afirma que “segundo o art. 37-A da lei 9.514/1997 o direito de o fiduciário ingressar com ação de reintegração de posse se dá a partir do dia da alienação em leilão público, termo inicial legal para contagem do aluguel-pena imposto ao devedor que não restituir a posse”.

Porém, na mesma direção apontada por Chalhub, assim decidiu o Colendo STJ:

Lei nº 9.514/97. Alienação fiduciária de bem imóvel. Inadimplemento do fiduciante. Consolidação do imóvel na propriedade do fiduciário. Leilão extrajudicial. Suspensão. Irregularidade na intimação. Pretensão, do cre-

dor, a obter a reintegração da posse do imóvel anteriormente ao leilão disciplinado pelo art. 27 da Lei nº 9.514/97. Possibilidade. Interpretação sistemática da lei.⁴

Assim, salvo se admitida a aplicação subsidiária dos dispositivos do Decreto-Lei nº 70/66, constranger o credor e proprietário do bem a aceitar o pagamento intempestivo da dívida representa inadmissível violação da lei e do contrato.

Com relação à aplicação dos referidos dispositivos legais às operações de financiamento imobiliário, é importante ressaltar que a Lei nº 9.514/1997 foi estruturada em apenas três capítulos.

No capítulo primeiro é criado um novo sistema de financiamento imobiliário (não apenas habitacional), explicitados os meios de captação e os critérios de aplicação de recursos, assim como definidas as garantias obrigatórias – entre elas, a alienação fiduciária e a hipoteca – para a consecução da concessão de financiamentos e empréstimos.

No capítulo segundo é instituída a alienação fiduciária em garantia de coisa móvel – referida no capítulo primeiro da lei – e delineados os procedimentos de contratação da garantia real, manutenção contratual, recebimento das parcelas, quitação da dívida e, para o caso de inadimplemento contratual pelo devedor fiduciante, os procedimentos específicos de execução extrajudicial da dívida e da garantia fiduciária.

Mas é exatamente no capítulo das disposições gerais e finais que se encontrará o art. 39, com a seguinte redação:

Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei:

I - não se aplicam as disposições da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, e as demais disposições legais referentes ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH;

II - aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.

O artigo transcrito se presta, exatamente, para amarrar as pontas que restaram soltas no texto legal e proporcionar a exata compreensão de seu alcance.

Nesse sentido, o item I do art. 39 estabelece que as disposições legais existentes e referentes ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH não são aplicáveis às operações do novo sistema de financiamento imobiliário nem à captação e aplicação de recursos e às garantias admitidas para o sistema criado.

⁴ REsp 1155716-DF, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 22.3.2012.

Noutro sentido, o item II do artigo transcrito dispõe serem aplicáveis “as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966” às operações de financiamento imobiliário em geral tratadas na lei.

Parece evidente que a norma em análise nos remete diretamente ao artigo 17 da lei, mais especificamente à aceitação da hipoteca como garantia. Somente nesse sentido é que se poderá compreender a aplicação subsidiária de dispositivos legais que tratam exclusivamente da execução extrajudicial de cédulas hipotecárias. Não parece boa nem apropriada a extensão das referidas normas aos financiamentos contratados com alienação fiduciária de garantia, que têm regras e procedimentos próprios de execução extrajudicial exaustivamente dispostos no capítulo II dessa mesma lei.

Resta claro ser equivocada a aplicação do art. 34 do decreto-lei às operações com garantia de alienação fiduciária. Em primeiro lugar porque, ao contrário do que ocorre na garantia hipotecária – em que o imóvel permanece na propriedade do devedor até sua arrematação em leilão público, na alienação fiduciária a propriedade, que já era do credor em caráter resolúvel, é consolidada em seu nome antes da realização dos leilões, impossibilitando a purgação da mora e sua reversão para o devedor. Em segundo lugar, por não existir na alienação fiduciária – tecnicamente – a figura do auto de arrematação. Nesta, o bem é vendido pelo melhor lance em leilão, observados os critérios legais, e a transmissão da propriedade se faz por instrumento público ou particular de venda e compra, comparecendo como vendedor o credor (antigo fiduciário) e como comprador o licitante vencedor.

As diferenças entre os procedimentos preconizados pelos diplomas legais cotejados se revelam claramente na lição de Chalhub (2009, p. 337):

Dada a configuração peculiar da propriedade fiduciária, não se pode cotejá-la, rigorosamente, com outros direitos reais de garantia, nem comparar os procedimentos de leilão com outros meios extrajudiciais de cobrança de dívidas e de venda de bens do devedor, pois, obviamente, cada um desses procedimentos deve adequar-se ao conteúdo próprio de cada espécie de dívida e garantia.

Os casos mais comuns, além da garantia fiduciária, são o da realização da garantia hipotecária regulada pelo Decreto-Lei nº 70, de 1966, e o da venda de unidade imobiliária em construção pertencente a condômino inadimplente, regulada pela Lei nº 4.591/64.

Não há semelhança entre a estrutura do direito material visada pelos citados diplomas, pois a Lei nº 4.591/64 e o Decreto-Lei nº 70/66 cuidam de 'leilão de imóvel do devedor', enquanto a Lei nº 9.514/97 trata de 'leilão de imóvel do credor'.

Isso não obstante, esses regimes especiais de realização de garantia têm em comum o fato de os procedimentos de comprovação da mora e de venda do bem se desenrolarem no plano extrajudicial, sendo útil observar alguns aspectos a isso relativos, no que têm de relevante.

Não há, portanto, semelhança entre os procedimentos que possa justificar a aplicação subsidiária da referida norma.

A questão final a ser enfrentada se refere à possibilidade de cancelamento da averbação de consolidação na matrícula imobiliária.

Ora, se é verdade que o devedor inadimplente não pode exigir do credor o recebimento da dívida após o decurso da purgação da mora, é também verdade que nada há que impeça o credor de, querendo, fazê-lo, ainda que assumindo os riscos já referidos decorrentes da não realização dos leilões públicos.

A questão dos efeitos jurídicos do "cancelamento do cancelamento" de inscrição registral foi objeto do magistral acórdão proferido pelo Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em embargos de declaração, acolhidos em parte, sem modificação do julgado.⁵

Naquele caso foram opostos embargos de declaração "contra acórdão que, negando provimento à apelação, manteve os óbices por força dos quais não se deferira o registro *stricto sensu* de compra e venda".

Assim dispõe o relatório do v. acórdão:

Para a solução correta do caso é necessário ter presente que os resultados do cancelamento de um cancelamento variam, conforme o primeiro cancelamento seja nulo ou válido. Isso é consequência do fato de que o cancelamento, em si mesmo, é inscrição de conteúdo negativo.

[...]

De tal sorte, cuida-se de saber se possível seria o cancelamento do cancelamento, mormente daquele que teve como berço decisão em sede correccional. O Exmo. Sr. Des. Corregedor Geral da Justiça, acolhendo o raciocínio tecido pelos eminentes Magistrados, Drs. Geraldo Francisco Pi-

⁵ Embargos Declaratórios 9000004-02-2013.8.26.0462/50000 – CSMSP, Rel. Des. Elliot Akel.

nheiro Franco e Ricardo Henry Marques Dip, concluiu no Proc. 66/89 que, definitivamente, era viável o cancelamento do cancelamento quando o ato administrativo (cancelamento) for inquinado de nulidade, e, conseqüentemente, não produz qualquer efeito, sendo, então, possível ser restaurado o registro cancelado por este cancelamento nulo. Notadamente, em primeiro plano, não se pode esquecer que todo cancelamento registrário é definitivo, ou seja, ele não se submete a um evento futuro e incerto. Ora, se assim o é, como imaginar-se o cancelamento do cancelamento. A solução aviltada pelos nobres juizes suso mencionados e acatada por Sua Exa. o Corregedor Geral da Justiça é, no todo, brilhante, uma vez que se o fundamento maior do cancelamento é a nulidade de pleno direito (art. 214 da Lei nº 6.015/73), por esse mesmo azo há de se cancelar o ato de cancelamento, isto é, se o cancelamento ordenado e realizado se mostra totalmente eivado deverá ele ser, igualmente, cancelado, pois não revestido de regularidade formal e substancial.

[...]

Ora, se o cancelamento (Av.7) era válido, a inscrição cancelada (R.5) fora realmente suprimida do mundo jurídico. O novo cancelamento (Av.8) também tira do mundo jurídico o cancelamento primitivo (Av.7). Porém, uma vez que o novo cancelamento (Av.8), por definição, só tem eficácia negativa, segue-se que não tem força bastante para dar novo vigor ao R.5, no mesmo instante em que ataca a Av.7. Para tanto, seria necessário que o cancelamento tivesse alguma eficácia positiva, ou seja, que não fosse cancelamento, e sim nova inscrição de conteúdo positivo (registro *stricto sensu* ou averbação, conforme o caso).

Não é o caso, entretanto, de cancelamento do cancelamento. O que se busca é o cancelamento de uma averbação de consolidação da propriedade pelo decurso do prazo legal de purgação de mora.

Afrânio de Carvalho, citado no mesmo acórdão, leciona que, “assim como a constituição de direitos reais por atos entre vivos se dá pela inscrição, a extinção desses direitos se opera pelo cancelamento, que é a inscrição negativa”. Completa Lysippo Garcia, também ali, que “o cancelamento da inscrição é o meio de tirar-se-lhe a eficiência, tornando público que cessaram seus efeitos e deve considerar-se inexistente”.

Ao contrário do que ocorre na hipótese de “cancelamento de cancelamento”, situação em que “a inscrição cancelada não é propriamente ‘restaurada’, pois o cancelamento do cancelamento não lhe deu nova validade ou nova eficácia⁶”, no cancelamento

⁶ Idem.

lamento da averbação de consolidação da propriedade fica restaurada a validade e eficácia do registro da alienação fiduciária em garantia e, quando for o caso de quitação da dívida, a possibilidade, também, de consolidação da propriedade agora em nome do devedor.

Observe-se que a Lei nº 6.015/1973 assim dispõe sobre o cancelamento:

Art. 250 – Far-se-á o cancelamento:

I - em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado;

II - a requerimento unânime das partes que tenham participado do ato registrado, se capazes, com as firmas reconhecidas por tabelião;

III - a requerimento do interessado, instruído com documento hábil;

IV - a requerimento da Fazenda Pública, instruído com certidão de conclusão de processo administrativo que declarou, na forma da lei, a rescisão do título de domínio ou de concessão de direito real de uso de imóvel rural, expedido para fins de regularização fundiária, e a reversão do imóvel ao patrimônio público.

Interessa-nos o item II, que permite que sejam cancelados qualquer dos 42 atos de registro elencados no art. 167, I, da Lei nº 6.015/1973 “a requerimento unânime das partes que tenham (dele) participado”.

Ora, se a lei admite o cancelamento do registro da compra e venda, da alienação fiduciária em garantia, da arrematação ou adjudicação em hasta pública, para ficar apenas em alguns exemplos, não se justifica negar o cancelamento da averbação que consolida a propriedade, a requerimento formal das partes, apenas por ser esta meramente declaratória.

Demais disso, não se vislumbra claramente a diferença conceitual que permite o cancelamento de uma averbação de impenhorabilidade, por exemplo, e impede o cancelamento de uma averbação da consolidação de propriedade, retornando a titularidade do imóvel à situação anterior, restabelecendo-se, se for o caso, a alienação fiduciária e possibilitando ao credor que proceda à quitação da dívida ou que retome o curso do contrato de financiamento.

3 Da extinção da dívida e exoneração do credor da obrigação de prestar contas quando da realização da garantia

Cuidemos agora dos procedimentos exigidos para a liquidação da dívida e consequente realização da garantia, nos ca-

sos de consolidação da propriedade no credor fiduciário por inadimplência do devedor, detalhados, de forma clara e precisa, no artigo 27 da Lei nº 9.514/1997.

Dispõe a referida norma que o imóvel, cuja propriedade tenha sido consolidada no fiduciário, deve ser oferecido à venda em leilão público pelo valor do bem informado no contrato, devidamente revisado, ou, em segundo leilão, pelo valor mínimo correspondente ao total da dívida, acrescido de despesas e encargos.

Ao final, dispõe o § 5º do art. 27 da lei que “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 exonerao do credor da obrigação de que trata o § 4º”.

No entanto, a interpretação do comando legal do referido parágrafo foi invertida por Chalhub (2009, p. 264), já nas primeiras edições de sua obra, fundado em relevante equívoco reiterado nas edições seguintes, ao afirmar que, “se o maior lance oferecido for recusado por não ser igual ou superior ao mínimo correspondente à dívida e às despesas, considerar-se-á extinta a dívida, exonerando-se o devedor da obrigação pelo eventual saldo remanescente”.

Com essa inversão, conferiu-se importância principal ao acessório e, a partir de então, outros autores parecem repetir instintivamente o mesmo equívoco.

Nesse sentido, Dantzger (2010, p. 107), ao tratar da incidência ou não do art. 53 da Lei nº 8.078/1990, afirma que

ocorre, em tal hipótese, um verdadeiro sistema de compensação, pois, se por um lado o fiduciante inadimplente acaba ficando sem o imóvel (que foi dado em garantia de sua dívida para com o fiduciário), por outro, se no segundo leilão não houver lance que sequer cubra integralmente o valor de sua dívida, será considerado, por força de lei, exonerado dela.

Da mesma forma, Avvad (2009, p. 296) dispõe: “se, em segundo leilão, não for alcançado o valor mínimo suficiente para liquidar a dívida, encargos e despesas, o credor dará quitação ao devedor exonerando-o de eventuais diferenças”.

Ora, já assinalamos que no procedimento adotado pela lei a extinção da dívida ocorre no momento da consolidação da propriedade, remanescendo, a partir de então, apenas o ônus da realização do ativo pelo credor para satisfação de seu crédito e apuração de eventual direito residual deferido ao devedor. Ademais, não tendo havido lance vencedor – definido e determinado –, não há, tecnicamente, como apurar *eventual saldo remanescente* da “dívida”.

No mesmo equívoco incidiu Tácito (s.d., p. 40) – que ainda enxergou um duplo benefício ao devedor no procedimento acolhido no art. 27 da Lei nº 9.514/97 –, “atribui-lhe o recebimento do excedente ao valor da dívida e, de outra parte, perdoa o saldo devedor se o lance do leilão for insuficiente para supri-lo”.

A referida inversão do comando legal transparece também em Dias Pinto (2015, p. 213), que, ao tratar dos procedimentos de consolidação da propriedade do imóvel em nome do credor, assinala que “o § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, consigna um ponto desfavorável ao credor”. E justifica sua observação com um argumento desconcertante e capaz de, se comprovado, conferir abusividade e ilegalidade à operação, por exigir do mutuário vantagem manifestamente excessiva:

Cientes dessa previsão legal [a autora não informa se faz referência à extinção da dívida ou à exoneração de obrigação do credor], o que os bancos têm feito é conceder crédito, por exemplo, de no máximo 50% ou 60% do valor de avaliação do imóvel (valor atribuído pelo serviço de engenharia do banco concessor). Assim a garantia representada pela alienação fiduciária pode não ser entendida como absolutamente satisfatória (DIAS PINTO, 2015, p. 215).

No mesmo diapasão, ao tratar da limitação do aproveitamento do bem objeto da garantia, Oliva (2014), fundada nas mesmas fontes, pontua:

Destaque-se, nesse sentido, que a fragmentação da disciplina da alienação fiduciária em garantia em diferentes diplomas legais, editados em contextos diversos, produz um quadro geral heterogêneo e, em alguns aspectos, incoerente, vez que nem sempre a disparidade entre os regimes jurídicos encontra uma justificativa razoável.

Exemplo disso é a regra introduzida no § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, que exclui a responsabilidade pessoal subsidiária do devedor na hipótese de o valor do imóvel alienado em garantia se revelar insuficiente para satisfazer integralmente o débito garantido.

Interessante, também, é o entendimento das professoras Guedes e Terra (2015, p. 17), que, ao analisar as deficiências e insuficiências da disciplina legal, assim se manifestam:

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

Lei nº 9.514/97 (assim como na Lei nº 5.741/1971) 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.

Como informam as autoras em nota de rodapé, o método lógico, destacado por San Tiago Dantas, permite rejeitar uma certa interpretação, *pois que o legislador não pode ter querido absurdo*. É lícito, portanto, rejeitarmos a interpretação das referidas autoras, inicialmente por não vislumbrarmos no texto legal o chamado “perdão legal”, sendo certo que a quitação da dívida decorre, isto sim, da consolidação da propriedade, conforme art. 26, *caput* e § 7º, bem como por parecer absurdo que o legislador tenha tentado, neste ponto, proteger o devedor após determinar-lhe o perdimento da moradia.

Finalmente, Chalhub (2014, p. 779-780) reitera o entendimento ao comentar o item 35 do art. 167, I da Lei dos Registros Públicos:

Nos 30 dias que se seguirem à consolidação, o fiduciário deverá oferecer o imóvel à venda em dois públicos leilões, não cabendo ao oficial do Registro de Imóveis o controle desse prazo; no primeiro leilão, o imóvel será ofertado pelo valor que as partes tiverem estabelecido no contrato para esse fim, com as revisões que eventualmente tiverem sido convencionadas, e, no segundo, pelo valor da dívida, encargos e despesas. Os leilões são extrajudiciais. Se houver lance vencedor, o antigo fiduciário firmará com o licitante contrato de compra e venda, que poderá ser formalizado por instrumento público ou particular (Lei nº 9.514/1997, art. 38). Se a venda for realizada por valor superior ao da dívida, encargos e despesas de cobrança e leilão, o fiduciário entregará ao fiduciante o que exceder; se inferior, ou se não houver licitantes, o fiduciário dará quitação ao devedor, considerando-se extinta a dívida.

As citações doutrinárias foram aqui transcritas com o intuito de demonstrar a forma como determinados conceitos são aceitos e transmitidos reiterada e inconscientemente como verdade absoluta pelos autores, de forma que, como a água que jorra da

fonte percorre todo o curso do rio e deságua no mar, neste caso o perdimento total e definitivo de direitos pelo devedor em benefício do credor foi transformado pelos doutrinadores em perdão legal e exoneração do pagamento da dívida.

O referido comando legal (§ 5º do art. 27), no entanto, dispõe exatamente que, não havendo interessado que pague valor no mínimo igual à soma da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais, o credor poderá assenhorar-se do imóvel, ficando o devedor destituído de qualquer direito em relação aos valores pagos e o credor, agora na condição de proprietário pleno, exonerado da obrigação de apurar e entregar ao devedor o valor que sobejar em relação à eventual e futura disposição do bem.

Resta evidente que o beneficiário do disposto na norma é o credor que se torna senhor do imóvel e poderá aliená-lo no mercado ordinário, sem as amarras próprias do leilão público, estando dispensado de prestar contas e de entregar ao devedor eventual excesso que resultar da venda.

Ainda com relação ao § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, Tepedino e Gonçalves (2016) trouxeram a lume algumas questões debatidas durante a VII Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, no final de 2015, relativas à proposta de admissibilidade de afastamento consensual da regra contida no referido parágrafo, sempre que inexistir relação de consumo.

Novamente, encontramos a ladainha arrevesada de que a norma legal tem por finalidade proteger o contratante vulnerável, notadamente no financiamento imobiliário, a provar o acerto do dito popular sobre o uso do cachimbo que deixa a boca torta.

De acordo com os autores, extrai-se do exposto na justificativa da proposta que

o § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997 consubstancia regra particular, própria para a tutela de devedor vulnerável, não sendo razoável a sua incidência em relações paritárias, nas quais deveria prevalecer a disciplina geral das garantias reais, aplicável também à alienação fiduciária de bens móveis. Dada a especificidade da regra especial, que tem por finalidade proteger o contratante vulnerável, notadamente no financiamento imobiliário, sua aplicação poderia ser validamente afastada por contratantes em relações paritárias. Enquanto não prevalecer tal entendimento, parece inevitável o aumento das garantias exigidas, com repercussão negativa para os tomadores de financiamento.

Cumprе ressaltar que, independentemente da oportunidade de tal artigo, os autores se equivocaram já de saída, afirmando que “se, no segundo leilão, não se obtiver o valor mínimo, aceita-se o mínimo oferecido e considerar-se-á extinta a dívida”, quando, segundo a lei, no segundo leilão não se aceitará lance inferior ao valor da dívida mais encargos, tornando-se o credor fiduciário – pelo valor da dívida – senhor do bem, ao qual poderá dar a destinação que quiser sem a necessidade de prestar contas ao devedor fiduciante.

Prosseguem os autores para noticiar que,

nos termos da proposta, afastar-se-ia a regra especial quando se tratar de relações paritárias, desde que as partes assim convençionem, aplicando-se então a norma constante nos artigos 1.366 e 1.430 do Código Civil, que visa a evitar enriquecimento sem causa. Neste caso, o devedor continua responsável pelo saldo remanescente se o valor do imóvel dado em garantia fiduciária não for suficiente para o integral pagamento do credor.

Neste ponto, os articulistas – ou os proponentes – repetem o mesmo equívoco já apontado e creditado aos autores das obras citadas: não há como determinar a insuficiência do pagamento sem a alienação do imóvel oferecido em garantia e, na sistemática da lei em vigor, a alienação somente ocorrerá se ofertado, no mínimo, o valor correspondente à dívida mais encargos.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, lecionam as já referidas professoras Guedes e Terra (2015, p. 17) que “sendo essa [a proteção do devedor no financiamento imobiliário], portanto, a ‘ratio’ do perdão legal, apenas às situações com ela compatíveis deve ser aplicado”.

E prosseguem:

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 nº. 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 nº. 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 origi-

nalmente legítima em favor do devedor em privilégio odioso, pelo que deve ser coibida (GUEDES; TERRA, 2015, p. 17).

No entanto, e analisando de forma proativa a questão, a proposta nos parece muito boa e bastante suficiente para resolver um dos principais entraves ao aproveitamento da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis e colocar as partes em bases – verdadeiramente – paritárias no momento da liquidação da dívida.

É evidente que, por razões negociais e estabelecimento de risco razoável, não há “paridade” na concessão de crédito (empréstimos ou financiamentos) e, na maioria absoluta dos contratos, o valor da dívida será proporcionalmente inferior ao valor da garantia ofertada, potencializando o prejuízo do tomador no caso de eventual liquidação do débito mediante execução extrajudicial.

Assim, ao se admitir a convenção das partes pelo afastamento do procedimento descrito no § 5º do art. 27 da lei – isto é, da extinção da dívida e da exoneração do credor da obrigação de entregar ao devedor o que sobejar da alienação do bem imóvel –, estar-se-á admitindo a adoção do pacto marciano (debatido na mesma jornada e também não aprovado) para a solução final da alienação fiduciária, permitindo-se ao credor *se apropriar direta e permanentemente do bem como mecanismo de satisfação da dívida, pelo valor precificado pelo mercado ou o arbitrado por terceiro independente ao tempo do vencimento da dívida, entregando ao devedor a diferença entre o valor da dívida e o preço atribuído ao bem.*

Todas as situações aqui são recorrentes e foram expostas com a intenção de colaborar para a compreensão dessas operações, sem a pretensão de estabelecer critérios de entendimento, na esperança, porém, de despertar nos envolvidos alguma razão para o aprofundamento do estudo do instituto da garantia fiduciária e, também, em busca de uma solução para a manutenção dos negócios financeiros com a almejada e necessária segurança jurídica em tempos de inquietação, porque mares tranquilos não produzem bons marinheiros.⁷

⁷ Provérbio atribuído à cultura africana.

Referências

- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Parecer. In: **Alienação Fiduciária e direito do consumidor**. ABECIP, s.d.
- AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário**. Teoria Geral e Negócios Imobiliários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- CHALHUB, Melhin Namen. **Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais** – Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- CHALHUB, Melhin Namen. **Direitos Reais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CHALHUB, Melhin Namen. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação Fiduciária de bens imóveis**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.
- DIAS PINTO, Josiane Mendes Gomes. Garantia real de imóveis no Brasil. **Revista da ADVOCEF**, Porto Alegre, n. 21, p. 213-238, nov. 2015.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/08/Guedes-e-Terra-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2016.
- KUMPEL, Vitor Frederico. Alienação Fiduciária em Garantia II. **Migalhas**, 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI197788,71043-Alienacao+Fiduciaria+em+Garantia+II>>. Acesso em: 3 ago. 2016.
- OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014.
- TÁCITO, Caio. **Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor**. São Paulo: ABECIP, s.d.
- TEPEDINO, Gustavo; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Lições da VII Jornada de Direito Civil: tendências do direito das coisas. **Consultor Jurídico**, 8 fev. 2016. Não paginado. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/direito-civil-atual-licoes-vii-jornada-direito-civil-tendencias-direito-coisas>>. Acesso em: 10 fev. 2016.