

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**  
**FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”**

**GABRIEL SIGNOR LOPES**

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS: DA  
PROBLEMÁTICA DE INSUBSISTÊNCIA DO SEGUNDO LEILÃO  
EXTRAJUDICIAL, POSSÍVEIS SOLUÇÕES E A FIGURA DO PACTO  
MARCIANO**

**Uberlândia**

**2023**

GABRIEL SIGNOR LOPES

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS: DA  
PROBLEMÁTICA DE INSUBSISTÊNCIA DO SEGUNDO LEILÃO  
EXTRAJUDICIAL, POSSÍVEIS SOLUÇÕES E A FIGURA DO PACTO  
MARCIANO

Artigo científico apresentado à Faculdade de  
Direito Professor Jacy de Assis da Universidade  
Federal de Uberlândia como requisito parcial para  
a obtenção de título de Bacharel em Direito

Área de Concentração: Direito Civil

Orientador: Prof. Dr. Claudio Ferreira Pazini

Uberlândia

2023

GABRIEL SIGNOR LOPES

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS: DA PROBLEMÁTICA  
DE INSUBSISTÊNCIA DO SEGUNDO LEILÃO EXTRAJUDICIAL, POSSÍVEIS  
SOLUÇÕES E A FIGURA DO PACTO MARCIANO

Artigo científico apresentado à Faculdade de  
Direito Professor Jacy de Assis da Universidade  
Federal de Uberlândia como requisito parcial para  
a obtenção de título de Bacharel em Direito

Área de Concentração: Direito Civil

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ferreira Pazini

Uberlândia, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2023

Banca Examinadora:

---

Claudio Ferreira Pazini – Doutor em Direito (UFU)

---

---

## **DEDICATÓRIA**

A meus pais, Eurípedes e Loiri Lúcia, por todo carinho, afeto e sacrifício.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, a meu pai, Eurípedes, farol máximo para os tempos de tempestade e provação, e minha mãe, Loiri Lúcia, bálsamo inesgotável de afeto, compreensão e humanidade.

À minha irmã, Letícia, perene exemplo de superação das adversidades.

Aos grandes amigos da faculdade, por todo o companheirismo que cultivamos nesses breves anos, e se estenderá até os idos da velhice.

Aos professores do curso de Direito, agradeço pelas valorosas lições, fossem para o exercício da Ciência, ou para a vida.

À Universidade Federal de Uberlândia, singelo berço de minha estrada intelectual.

## RESUMO

No presente trabalho será detalhado breve panorama evolutivo do instituto da alienação fiduciária em garantia, remontando a sua gênese romana até a atual delimitação no sistema jurídico brasileiro. Será desenhado o rito excussivo extrajudicial delimitado na Lei de n. 9.514 de 1994, bem como problematizada a hipótese de insubsistência do segundo leilão e consequente adjudicação da coisa em favor do credor. Serão contrapostas as possíveis soluções propugnadas pela literatura adequada, qual sejam a teoria do adimplemento substancial e aplicação do Código de Defesa do Consumidor, sendo-as devidamente problematizadas. Por fim, remontar-se-á à vedação ao pacto comissório instituída pelo ordenamento, contrapondo-a à figura do Pacto Marciano, delimitando esta, bem como suas vantagens operacionais.

**Palavras-chave:** alienação fiduciária; Lei n. 9.514/94; leilões; pacto marciano.

## ABSTRACT

In this work, a brief evolutionary overview of the institution of fiduciary alienation in guarantee will be detailed, going back to its roman genesis to its current delimitation in the brazilian legal system. The extrajudicial excusive rite delimited in Law n. 9.514 of 1994 will be delimited as well as the hypothesis of non-subsistence of the second auction and consequent adjudication of the thing in favor of the creditor. The possible solutions proposed by the appropriate literature will be contrasted, namely the theory of substantial performance and application of the brazillian Consumer Protection Code, and they will be duly problematized. Finally, we will go back to the prohibition on the commissary pact established by the order, contrasting it with the figure of the Martian Pact, delimiting it, as well as its operational advantages.

**Keywords:** fiduciary alienation; Law n. 9.514/94; auctions; Martian Pact.

## SÚMARIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 CAPÍTULO I - DO HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS.....</b>	<b>10</b>
<b>3 CAPÍTULO II – DO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE ALIENAÇÃO DO BEM IMÓVEL EM RAZÃO DE INADIMPLEMENTO POR PARTE DO DEVEDOR-FIDUCIANTE E O PROBLEMA DECORRENTE DA INSUBSISTÊNCIA DO SEGUNDO LEILÃO .....</b>	<b>16</b>
<b>4 CAPÍTULO III – DA (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL .....</b>	<b>21</b>
<b>5 CAPÍTULO IV – DA VEDAÇÃO AO PACTO COMISSÓRIO E (IM)POSSIBILIDADE DO PACTO MARCIANO .....</b>	<b>25</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>33</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>Error! Bookmark not defined.</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O instituto da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis encontra sede no artigo 17, inciso IV, e artigo 22, ambos da Lei 9.514 de 1997, constituindo-se como importantíssima via de segurança facultada ao credor na ambiência de contratos de mútuo no bojo de uma sociedade de consumo hipercomplexa, caracterizando-se sua utilização como prática consolidada e realidade palpável no universo creditício brasileiro.

A título de ilustração, voltando nossa atenção à aplicabilidade do instituto sobre bens imóveis, urge reconhecer que – segundo dados disponibilizados pelo Ministério da Economia<sup>1</sup> -, no espaço de tempo compreendido entre o ano de 2009 e setembro de 2020, o Governo Federal, pela via do programa habitacional Minha Casa Minha Vida, realizou 6.140.995 contratações, sendo que 5.115.034 unidades habitacionais foram efetivamente entregues.

O desenvolvimento da política pública habitacional nacional se justifica mediante o cotejo da realidade brasileira. Segundo o relatório elaborado pela Fundação João Pinheiro a respeito do *Déficit* habitacional brasileiro, estima-se que, ao ano de 2019, 5.876.000 domicílios brasileiros se enquadraram no conceito<sup>2</sup>, i.e., são habitações precárias, coabitadas ou excessivamente oneradas em razão dos valores de aluguel urbano<sup>3</sup>.

Em razão de sua vasta aplicação na realidade jurídica brasileira, bem como importância dos interesses envolvidos neste tipo de contratação – seja pelo matiz legislativo-jurídico, como sucedâneo à consecução do direito fundamental à moradia<sup>4</sup>, ou pelo viés econômico, posto que o implemento dessa forma de contratação mobiliza o fluxo de riquezas dentro do Estado em

---

<sup>1</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Fazenda. Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria. **Relatório de Avaliação: Programa Minha Casa Minha Vida**. p. 11. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2021/04/cgu-divulga-prestacao-de-contas-do-presidente-da-republica-de-2020/relatorio-de-avaliacao-pmcmv.pdf>. Acessado em: 10/07/2023.

<sup>2</sup> FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit habitacional no Brasil – 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2021. p. 117. Disponível em: [https://fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2021/04/21.05\\_Relatorio-Deficit-Habitacional-no-Brasil-2016-2019-v2.0.pdf](https://fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2021/04/21.05_Relatorio-Deficit-Habitacional-no-Brasil-2016-2019-v2.0.pdf). Acessado em: 18/07/2023.

<sup>3</sup> *Ibidem*. p. 122.

<sup>4</sup> CRFB/88, art. 6º, caput: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Grifamos)

ordem bilionária -, a ciência e jurisprudência não se furtam do dever de apreciar e desenvolver a temática.

Nada obstante a larga difusão do instituto em sede da realidade prática brasileira, sucede que o rito executivo extrajudicial da garantia, instituído nos artigos 26 e 27 da Lei 9.514 de 1997, guarida uma hipótese que mobiliza a doutrina especializada no sentido aprimorá-lo, qual seja o insucesso do segundo leilão e, ato contínuo, adjudicação do bem em favor do credor-fiduciário, bem como quitação recíproca entre este e o devedor-fiduciante.

Desta sorte, pelo presente trabalho tecer-se-á comentários acerca do instituto da alienação fiduciária em garantia, escrutinar-se-á o procedimento especificado na Lei 9.514/97 acerca dos sucessivos leilões que devem ocorrer em caso de inadimplemento do devedor-fiduciante fundada na caracterização da mora deste, bem como será problematizada a hipótese de perdão da dívida e adjudicação da coisa em favor do credor na hipótese de insubsistência do segundo leilão. Mais além, buscar-se-á contrapor possíveis soluções para hipóteses de injustiça oriunda daquela última figura contrapondo-as à sistemática e natureza teleológica do instituto.

Para tanto, valer-se-á de pesquisa bibliográfica na doutrina especializada pertinente à matéria, assim como nas decisões proferidas pelos tribunais, contrapondo-as em face da sistemática adotada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, de modo que se atue vez pelo modo indutivo, outras pelo método dedutivo.

## 2 CAPÍTULO I

### DO HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS

Os primórdios genealógicos da compreensão de fidúcia remontam ao direito romano, inserta nas noções de venda fictícia, ou provisória, como menciona Chalub<sup>5</sup>. Isto é, caracterizava-se como o acordo no qual uma das partes, o devedor-fiduciante, transmitiria a propriedade de uma coisa à outra, o credor-fiduciário, o qual, por sua vez, obrigava-se a restituí-la mediante o adimplemento de determinada obrigação, ou empregá-la a determinada finalidade, qualquer delas definidas em pacto adjacente<sup>6</sup>.

Mais além, convencionou-se remontar a Gaio a bipartição dos negócios fiduciários em duas modalidades: (i) a *fiducia cum creditore*, e (ii) a *fiducia cum amico*<sup>7</sup>. Na primeira, apresentando evidente matiz assecuratório, o devedor transmitia ao credor a propriedade da coisa com vistas a garantir determinado crédito, o qual, por sua vez, se obrigaria a retransmiti-la ao primeiro, caso aquele adimplisse com determinada obrigação, em determinado prazo.

Por sua vez, na segunda hipótese não restava materializada a finalidade de garantir determinada obrigação em favor do credor, mas sim salvaguardar o patrimônio do fiduciante em função de fatores externos usuais à época – a ascensão de um inimigo político, a possibilidade de perecimento em viagens, guerras, etc. Desta forma, o fiduciário exerceria poderes sobre a coisa obrigando-se a restituí-la ao fiduciante caso as circunstâncias externas cessassem.

Em alusão aos poderes facultados ao fiduciário, importa reconhecer que este era titular do direito de propriedade sobre a coisa, i.e., o Direito lhe deferia todas as prerrogativas inerentes à natureza daquele instituto. Desta forma, como obtempera Lima<sup>8</sup>, não se ignora a desconfortável posição na qual se encontrava o devedor, posto que a transmissão obstava o

---

<sup>5</sup> CHALUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 40

<sup>6</sup> “A fidúcia é o contrato pelo qual alguém (o fiduciário) recebe de outrem (o fiduciante) a propriedade sobre uma coisa infungível, mediante a *macipatio* ou a *in iure cessio*, obrigando-se, de acordo com o estabelecido num *pactum* aposto ao ato de entrega, restituí-la ao fiduciante, ou dar-lhe determinada destinação” (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 528)

<sup>7</sup> CHALUB, Melhim Namem. *Ibidem*.

<sup>8</sup> LIMA, M. C. DE M. P. **Breves considerações sobre a importância da alienação fiduciária em garantia e a necessidade de uma nova interpretação do pacto comissório**. *civilistica.com*, v. 3, n. 1, p. 1-19, 18 ago. 2014. p. 3

direito de uso da coisa, bem como o direito de fruição – assim sendo, por exemplo, facultava ao credor o percebimento dos frutos.

Mais além, em coerência com a análise acerca do desequilíbrio obrigacional suportado pelo devedor, rememora-se que o pacto fiduciário firmado entre este e o credor apresentava natureza pessoal. Desta forma, o fiduciante poderia se ver alijado do bem caso o fiduciário optasse por aliená-la a outrem, restando ao segundo apenas a obrigação de indenizar por perdas e danos fundada no descumprimento do pacto de restituição<sup>9</sup>.

Conquanto se demonstrasse como polo vigoroso da relação, leciona Moreira Alves que contra o credor também recaiam inconvenientes decorrentes desta forma de garantia, qual seja a possibilidade de usucapião especial operada pelo devedor denominada *usureceptio*<sup>10-11</sup>.

Em razão dos inconvenientes apontados, a civilística romana se desenvolveu no sentido de criar outras figuras mais habilitadas à proteção do crédito – o penhor e a hipoteca -, de modo que a garantia real sobre coisa própria, caso da *fiducia cum creditore*, cedeu espaço diante da aplicação das mencionadas garantias sobre coisa alheia.

Todavia a experiência romana calcada na fidúcia tenha se demonstrado insuficiente, no direito germânico encontramos caracteres que aproximam este da moderna aplicação do instituto.

Referenciado por Chalub, Martin Wolf<sup>12</sup> colaciona ao quadro historiográfico importante dado acerca da transmissão da propriedade nos negócios fiduciários realizados sob a égide daquele sistema, aqui *in verbis*:

“enquanto no sistema romano a alienação era incondicional, só existindo uma obrigação pessoal de restituição sujeito à extinção da dívida, já em direito germânico a coisa era transmitida sob condição resolutiva de pagamento da dívida; assim, pois, cumprida a condição, a propriedade voltava ao alienante, assegurada por efeito da condição resolutiva”.

A compreensão de existência da cláusula resolutiva incorporada ao sistema germânico consagra verdadeira revolução na aplicabilidade e oponibilidade do pacto fiduciário, isto pois, agora, o liame assume vestes de direito real, apresentando, portanto, eficácia *erga omnes*. Assim

<sup>9</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.* p. 402.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> “*Usureceptio ex fiducia* se dava quando quem havia transferido a propriedade de uma coisa a título de garantia do cumprimento de uma obrigação (*fiducia*) tornava a entrar na posse da coisa, readquirindo, depois de um ano (para qualquer espécie de coisa), a propriedade sobre ela.” (*Op. cit.* p. 360.)

<sup>12</sup> *Apud* CHALUB, Melhim Namem. *Op. cit.* p. 45.

sendo, facultará ao devedor anular os negócios cujo por objeto tenham a coisa dada em caráter fiduciário, quando ultrapassem o direito previamente pactuado.

Desta forma, é possível perceber que a sistemática fiduciária brasileira se arvora nas experiências romanas e germânicas. Contudo, imprescindível é reconhecer que com aquelas não se confunde.

A primeira, em alusão à experiência romana, na experiência jurídica brasileira ao revés do modo outrora aplicável, o devedor-fiduciante não transfere a propriedade ilimitada ao credor-fiduciário, em verdade, o faz no *modus* resolutivo, restando ao primeiro a posse direta, e os direito de uso e fruição da coisa<sup>13</sup>.

Com referência à experiência germânica, importa reconhecer que nesta despontava a existência de figuras intermediárias, acobertadas pelo pálio da confiança, as quais interviam junto ao procedimento para reforçar a efetividade das transferências. Neste sentido, citando Messina, Chalub<sup>14</sup> rememora a existência do *manusfidelis* e *salmann*, figuras que atualmente se assemelham, respectivamente, ao usufrutuário-fiduciário presente na relação de fideicomisso sucessório, ou mesmo um mandatário<sup>15</sup>.

Ainda na análise do direito comparado, voltando os olhos ao direito anglo-saxão, Lima<sup>16</sup> remonta a dois institutos que guardam semelhança com o modelo peculiar à experiência brasileira, sendo-os o *trust receipts* e a *chattel mortgage*.

O primeiro se caracteriza por ser uma relação tripartite, na qual figurarão vendedor, comprador e financiador. Em um primeiro momento, o financiador entregará ao comprador monta (total ou parcial) habilitada à aquisição da coisa. Após este adimplemento, o vendedor transferirá a propriedade para o financiador que, a seu modo, defere ao comprador posse direta e propriedade parcial da coisa, restando caracterizada a promessa de que valores posteriores oriundos da alienação da coisa serão utilizados na quitação do saldo devedor pertinente ao

---

<sup>13</sup> Lei 9.514/97, art. 23, p. 1º: “Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.”

<sup>14</sup> CHALUB. *Op. cit.* p. 44.

<sup>15</sup> Ressalta-se que, evidentemente, subsistem diferenças nevrálgicas entre as figuras, qual seja em princípio e sensivelmente a efetiva transmissão da propriedade em favor do *salmann*, situação que não se afigura nos casos de outorga de mandato. Contudo, argumenta-se neste sentido a partir da finalidade para com a qual a propriedade resolúvel era constituída em favor daquele: a de, no antigo direito medieval germânico, transmitir em nome do alienante o bem a terceiros, e, no avançado direito germânico, receber o bem em nome do adquirente/beneficiário. Desta forma, resta claro que teleologicamente a figura do *salmann*, em qualquer das etapas evolutivas da Direito, atuava como espécie de procurador de interesses alheios.

<sup>16</sup> LIMA, M. C. DE M. P. *Op. cit.* p. 5-6.

mútuo. Desta forma, pela estruturação do instituto, financiador e comprador serão coproprietários.

Por sua vez, na *chattel mortgage* o adquirente buscará crédito junto a um financiador para aquisição de um bem móvel, de modo que lhe competirá a propriedade da coisa desde o momento da aquisição. Contudo, será assegurado ao financiador a propriedade legal (*mortgage*) sobre o bem até o adimplemento do crédito.

Apesar de serem, *a priori*, muito símiles ao modelo pátrio – em especial, a *chattel mortgage* -, importa reconhecer que os modelos ingleses apresentam diferenças sensíveis. No primeiro caso, existe o condomínio entre financiador e adquirente sobre a coisa<sup>17</sup>, situação que não se vislumbra na aplicabilidade do instituto pátrio, posto que o financiador goza de propriedade exclusiva, mesmo que resolúvel.

Por sua vez, pensando a partir do segundo instituto, a *common law* faculta a divisão da propriedade entre devedor e financiador, com efeito, possibilitando que o bem seja dado em garantia, novamente, em favor de outros credores, hipótese, novamente, inaplicável nos moldes brasileiros posto que, como já assentado, o devedor-fiduciante, a princípio, não deterá domínio sobre a coisa.

Em verdade, inicialmente, o negócio fiduciário encontra sede no direito brasileiro a partir do artigo 66 da Lei 4.728 de 1965, esta que tinha por objeto regular e incentivar o mercado de capitais<sup>18</sup>. Posteriormente, em razão do Decreto-Lei nº 911 de 1969, o referido artigo 66 foi modificado no sentido de expandir a aplicação do instituto no intuito de estimular o consumo de bens móveis e duráveis, de modo que a salvaguarda deferida ao credor neste tipo de comércio encontraria guarida na propriedade resolúvel da coisa, assim sendo, posse indireta sobre coisa – de modo que facultaria ao credor a defesa processual desta –, bem como na equiparação do devedor-fiduciante à figura do fiél depositário<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> “O fim precípua do *trust receipt* é permitir ao devedor que venda a mercadoria, diretamente ou em nome do financiador (que geralmente estipula o preço mínimo da venda), a terceiro, a fim de obter os recursos necessários para saldar seu débito” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Forense, 1979. pág. 27. *Apud* LIMA, M. C. DE M. P. *Ibidem*.)

<sup>18</sup> Redação original do artigo 66, *caput*, da lei 4.728/1965: “Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida”

<sup>19</sup> Nova redação do artigo 66, *caput*, modificada pelo Decreto-Lei nº 911 de 1969: “A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o **alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal**” (Grifamos.). Rememora-se que à época do decreto, o Estado Brasileiro não havia ratificado o Pacto de San José da Costa Rica, assim como não vigorava no Ordenamento a Súmula Vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal, a segunda sucedâneo do primeiro, ambos que proíbem a prisão civil do depositário infiel.

Em decorrência da habitualidade e efetiva eficácia da proteção ao crédito conferida em razão da instituição da propriedade fiduciária, ao ano de 1997, promulga-se a Lei 9.514, a qual, a seu modo, disciplina a alienação fiduciária de bens imóveis, posto que as forças mercadológicas, reconhecendo a efetividade do instituto, se interessavam em sua aplicação a esse tipo de operação, restando-a plasmada no artigo 22, caput, que assim reza: “A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.

Com referência específica à alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, conquanto a doutrina possa divergir a respeito de sua precisa qualificação jurídica, de modo que alguns autores acresçam características que outros não vislumbrem, em razão da busca pela essencialidade, filiamo-nos ao entendimento de que se trata de uma garantia real, instituída pela via de contrato bilateral, oneroso, comutativo, formal, solene e acessório.

Em um primeiro momento, a Lei 9.514 de 1997, à luz do artigo 17, inciso IV c/c parágrafo 1º, se faz expressa no sentido de incluir a alienação fiduciária de coisa imóvel no rol de direitos reais.

*Secundo*, aludindo ao instrumento que viabiliza a instituição da garantia, entendemos que será bilateral, posto que as duas partes envolvidas pelo liame assumirão reciprocamente direitos e deveres uns para com os outros, posto que não facultará ao credor-fiduciário, conquanto proprietário (resolúvel), exercer prerrogativas apartado do substrato fático-jurídico legitimador, devendo respeitar as faculdades – principalmente, a posse direta – do devedor, assim como recairá sobre o devedor, ao menos, a obrigação de honrar com seus pagamentos.

Além, em apreço ao sacrifício patrimonial suportado pelas partes, será oneroso comutativo, isto pois ambas deverão dispor de patrimônio e auferir vantagens previamente estipuladas. Por parte do credor, concederá monta em favor do devedor para que este adquira o imóvel, via de regra, locupletando-se a partir da estipulação dos juros incidentes sobre a operação. Por outro lado, o devedor adimplirá com as parcelas referentes ao financiamento para ao fim, após averbação da “carta de quitação” e conseqüente cancelamento do registro constitutivo da propriedade resolúvel em favor do credor, constituir-se na propriedade plena da coisa.

Mais além, dizemos também que o contrato será formal e solene porque ao teor do artigo 108, do Código Civil de 2002, dentre outras previsões, a escrituração pública se qualifica como

causa essencial à constituição de direitos reais. Ainda, como depreendemos da leitura do artigo 1.227 da mesma codificação, o registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis, igualmente, se demonstra como causa necessária inarredável para a materialização do instituto.

Por fim, esposamos a tese de o ser acessório em razão de se justificar o manejo do pacto adjeto na medida em que existirá, necessariamente, um contrato anterior de mútuo, o qual o instituto garantirá.

Finalizando esta análise introdutória, na contemporânea utilização do instituto, o mesmo se operará da seguinte forma: o devedor-fiduciante, despojado de elevado vulto para aquisição do imóvel, firmará contrato de mútuo juntamente com um credor-fiduciário – pessoa física ou jurídica – no qual estipular-se-á o repasse da monta necessária. Ato contínuo, com o fito de salvaguarda aquela obrigação, o fiduciante transmitirá a propriedade em caráter resolúvel para o fiduciário, de modo que mediante o adimplemento total do *debitum*, e conseqüente averbação da “carta de quitação” na matrícula do imóvel, operar-se-á o cancelamento do registro da propriedade resolúvel. Desta forma, será resolvida a propriedade do credor, vertendo, então, plenamente aquela em favor do devedor.

Noutro giro, subsistindo o inadimplemento por parte do devedor-fiduciante, a propriedade resolúvel do credor-fiduciário será consolidada, e o mesmo excutirá aquele no procedimento delimitado a seguir.

### 3 CAPÍTULO II

#### DO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE ALIENAÇÃO DO BEM IMÓVEL EM RAZÃO DE INACUMPLETO POR PARTE DO DEVEDOR-FIDUCIANTE E O PROBLEMA DECORRENTE DA INSUBSISTÊNCIA DO SEGUNDO LEILÃO

Conforme preconizam os artigos 26 e 27, da Lei 9.514/97, o procedimento de consolidação da propriedade em favor do credor-fiduciário, e posterior satisfação da obrigação deverá seguir a determinada ordem: (i) o devedor-fiduciante faltará com o adimplemento de sua obrigação, seja no todo ou em parte, de modo que, respeitado o prazo de carência convencionado, *ope legis* configurará sua mora; (ii) mediante interpelação do oficial do Cartório de Registro de Imóveis competente, será intimado a saldar no prazo de 15 (quinze) dias as prestações vencidas e as que vencerem até a purgação daquela, acrescidas estas de todos os encargos contratuais e legais que recaiam sobre a coisa, inclusive as despesas pertinentes à própria intimação de cobrança (art. 26, p. 1º); (iii) transcorrido o prazo estipulado sem que seja adimplida a obrigação, mediante a prova do pagamento do ITBI, o oficial de Registro de Imóveis promoverá à averbação na matrícula do imóvel da consolidação da propriedade em favor do credor (art. 26, p. 7º).

Sob o prisma da satisfação do débito, (iv) no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir do registro [*sic*] da consolidação da propriedade em favor do credor, este deverá promover um primeiro leilão público destinado à alienação do imóvel (art. 27, caput); (v) restando infrutífera aquela investida em razão do maior lance ser inferior ao valor especificado no contrato do negócio fiduciário original, ou aquele utilizado como base de cálculo pelo órgão competente para emissão do IBTI (art. 24, p. 1º), promover-se-á no prazo de 15 (quinze) dias um segundo leilão, utilizando-se como baliza o valor da dívida, despesas, prêmios de seguro, encargos legais, tributos e contribuições condominiais não adimplidas (art. 27, p. 1º e 2º); (vi) por fim, caso o maior lance oferecido não supra aquela monta, “considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º [do artigo 27]” (art. 27, p. 5º), qual seja a de restituir ao devedor, no prazo de 05 (cinco) dias que se seguirem ao leilão, a importância que sobejar ao débito.

A respeito dos valores aplicáveis a cada leilão, rememora-se que em razão de previsão expressa em lei, como já mencionado, o primeiro deverá utilizar como baliza mínima o valor estipulado no contrato adjeto de garantia em alienação fiduciária – este que deverá mencionar

os critérios aplicáveis para recálculo da monta, considerando que valores imobiliários variam em razão de motivos externos e circunvizinhos à própria coisa – ou, na hipótese de ser esse inferior àquele utilizado como base de cálculo para o ITBI, deverá ser aplicado o segundo (art. 24, inciso IV, e p. 1º). Acerca da pactuação deste primeiro valor, esclarece CHALUB:

“na prática do mercado das incorporações imobiliárias e do financiamento público, nos negócios que têm por objeto a compra e venda de edificações, tem sido adotado como valor para lance mínimo do primeiro leilão o preço pelo qual foi contratada a compra e venda da unidade imobiliária, reajustável nas mesmas condições pactuadas para reajuste financeiro.”<sup>20</sup>

Por sua vez, o lance mínimo aplicável ao segundo leilão, a princípio, deverá ser igual à soma da dívida – o saldo devedor calculado à data do leilão, acrescido de juros, penalidade e encargos convencionais – e das despesas – encargos e custas pertinentes à intimação para pagamento e aqueles necessários à realização do próprio leilão público, inclusos os anúncios públicos e comissão do leiloeiro (art. 27, p. 3º, incisos I e II). Sem embargos à previsão legal, urge reconhecer a possibilidade de desacerto entre o disposto na legislação específica e aquilo que dispõe o regramento geral e subsidiário pertinente à alienação forçada, posto que se vislumbra a possibilidade daquele cômputo ser inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor de avaliação preconizado no artigo 24, inciso IV, ou parágrafo único, de modo que se qualificaria como a arrematação por preço vil, disciplinada no artigo 891, p. único, do Código de Processo Civil de 2015<sup>21</sup>

Neste sentido, remonta-se, novamente, a CHALUB:

“em atenção ao risco de venda em leilão por preço vil, é também recomendável alterar o § 2º do art. 27 da Lei 9.514/1997, para o efeito de fixar como preço mínimo para venda do imóvel no segundo leilão o correspondente a 50% do valor de avaliação estipulado no art. 24, IV, e seu parágrafo único [atualmente, parágrafo 1º] dessa mesma lei, como forma de adequar essa alienação forçada à regra do art. 891, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que qualifica como venda a preço vil aquela realizada por valor inferior a 50% do valor da avaliação.”<sup>22</sup>

<sup>20</sup> CHALUB, Melhim Namem. *Op. cit.* p. 478.

<sup>21</sup> “art. 891. Não será aceito lance que ofereça preço vil.;Parágrafo único. Considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação.”

<sup>22</sup> CHALUB, Melhim Namem. *Op. cit.* p. 484.

Ademais, urge reconhecer que a proposta doutrinária, conquanto não cristalizada expressamente no bojo da legislação, encontra paralelismo na jurisprudência dos Tribunais. Por todos, vejamos:

“COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PACTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - AÇÃO DE ANULAÇÃO DE LEILÃO CUMULADA COM PEDIDO DE REVISÃO DE CONTRATO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE — MORA CARACTERIZADA - PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO CONTRATO - PAGAMENTO DAS PARCELAS NÃO COMPROVADO - ALEGAÇÃO DE PREÇO VIL - IMÓVEL ARREMATADO POR MAIS DE 50% DO VALOR DA AVALIAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 891, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC - VALIDADE DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL PREVISTO PELA LEI 9.514/97 - RECURSOS NÃO PROVIDOS

(TJSP; Apelação Cível 1014443-05.2015.8.26.0004; Relator (a): Luiz Eurico; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 33ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/06/2022; Data de Registro: 23/06/2022)”<sup>23</sup> (Grifamos.)

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL – NULIDADE – CONSOLIDAÇÃO DO BEM – IMPOSSIBILIDADE – ANULAÇÃO – LEILÃO – **ARREMATACÃO DO BEM POR PREÇO VIL** – PROVA PERICIAL CONCLUSIVA – RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA - PROVIMENTO.

1. A Lei 9.514 de 1997 e a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendem que é necessário que se proceda à intimação pessoal do devedor, sem indicar que o esgotamento das tentativas de notificação é requisito à consolidação do bem.

2. O magistrado tem o dever de tutelar pela regularidade dos atos de constrição e alienação do bem consolidado.

**3. A regularidade dos atos de consolidação do bem e a atenção aos requisitos propostos pela Lei 9.514, de 1997, não afasta a possibilidade de declaração de nulidade de leilões realizados, se há a constatação de arremate por preço vil.**

4. O mero inconformismo com a conclusão da prova pericial não é suficiente para embasar a reforma da sentença que declarou que a arrematação do bem foi feita por preço vil.

(TJMG; Apelação Cível 2870728-70.2012.8.13.0024; Relator(a): Des.(a) Marcelo Rodrigues; Órgão Julgador: 21ª Câmara Cível

<sup>23</sup> Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=15787781&cdForo=0>. Acessado em: 20/07/2023.

Especializada; Câmaras Especializadas Cíveis; Data de Julgamento: 15/03/2023; Data de Registro: 16/03/2023)<sup>24</sup> (Grifamos.)

Em verdade, não seria possível vislumbrar entendimento diverso, posto que o Código de Processo Civil apresenta aplicabilidade de natureza subsidiária-suplementar dentro do Ordenamento Jurídico em decorrência de previsão expressa plasmada no artigo 15 do diploma<sup>25</sup>. Assim sendo, seria incompreensível a possibilidade de colmatação de lacunas a partir da aplicação da lei processual civil em esferas diversas – eleitoral, trabalhista e eleitoral -, e sua não incidência sobre normas da própria esfera cível.

Além disso, partindo da análise de coerência interna do ordenamento jurídico, rememora-se que o artigo 2º, 1º, da LINDB, no qual vislumbra-se as hipóteses de revogação de normas fundadas em legislação superveniente – quando expressamente declare a revogação, apresente incompatibilidade ou regule inteiramente a matéria -, hipóteses que não se materializam na espécie. Por fim, apreende-se que a aplicação da vedação à arrematação por preço vil, instituída no Código de Processo Civil, não se afasta da teleologia da lei específica posto que a vedação ao enriquecimento ilícito perpassa todo sistema civilista, inclusive incidindo sobre aquela.

Prosseguindo, conforme aventado, de acordo com o disposto no artigo 27, p. 5º, na hipótese do segundo leilão se demonstrar inviável, posto que o maior lance não se igualou à monta componente do *debitum* -, ou, como reza a jurisprudência, sendo inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor de avaliação do bem – a coisa verterá em favor do credor, este que se exonerará de qualquer restituição imposta por lei em favor do devedor. Contudo, importa vislumbrar uma possibilidade em relação ao adimplemento da obrigação por parte do devedor, e a ocorrência da adjudicação: aquela na qual o devedor adimpliu em grande percentual as obrigações sucessivas. Isto é, pensa-se na hipótese na qual o devedor sempre honrou seus compromissos junto ao mutuante, mas em decorrência de algum motivo de força maior ou caso fortuito, se encontrou na temível posição de mora e garantiu movimento ao procedimento

---

24

Disponível

em:

<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=43&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=leil%E3o%20E%20pre%E7o%20vi%20E%20Lei%20n.%209.514&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acessado em: 20/07/2023.

<sup>25</sup> Ver. THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 121.

executório específico da Lei de nº 9.514 de 1997, ou seja, pensa-se acerca da (im)possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial.

## 4 CAPÍTULO III

### DA (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A teoria do adimplemento substancial, em contraposição ao inadimplemento absoluto, consiste na compreensão de essencial preenchimento de determinado negócio jurídico, conquanto não se figure o exaurimento do mesmo, de modo a afastar o direito potestativo de resolução do credor. Dito de outra forma, na medida em que subsista descumprimento parcial da avença, o devedor (inadimplente) empreendeu esforços suficientes para que, em decorrência dos primados da boa-fé objetiva e princípio geral da manutenção dos contratos, não se configure o desfazimento do liame.

Neste sentido, segue o escólio de Araken de Assis<sup>26</sup>: “o juiz apreciará a existência do inadimplemento e a sua gravidade, sendo natural que em alguns casos repute o descumprimento minimamente gravoso e pouco prejudicial ao projeto de benefícios recíprocos previstos no contrato”

Derivada do direito inglês (*substancial performance*)<sup>27</sup>, a teoria se encontra encampada no *Codex* a partir da conjunção dos princípios da boa-fé objetiva (art. 422), da função social dos contratos (art. 421), da vedação ao abuso de direito (art. 187) e ao enriquecimento ilícito (art. 884)<sup>28</sup>. Inclusive, neste sentido é o enunciado n. 361 da IV Jornada de Direito Civil – CJK: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”<sup>29</sup>

A teoria apresenta larga aplicabilidade jurídica, sendo arrolada a inúmeros litígios, em especial aqueles que versam a respeito de contratos nos quais figurem obrigações de trato sucessivo, posto que essas se alongam no decurso do tempo, propiciando mais claramente a

---

<sup>26</sup> ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 117.

<sup>27</sup> BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, n. 1, v. 9, nov. 1993, p.62

<sup>28</sup> VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Adimplemento substancial**. Revista Jus Navigandi. ISSN 1518-4862, ano 13, n. 1897, 10 set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11703>. Acessado em: 11/08/2023.

<sup>29</sup> Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>. Acessado em: 11/08/2023.

visualização de sua incidência<sup>30</sup>. Contudo, essencialmente, nada obsta sua aplicação a outras formas de avença.

Conquanto deva ser visto como salutar instrumento habilitado a desagrilhoar a hermenêutica jurídica propiciando que o judiciário se aproxime ainda mais da efetiva prestação jurisdicional, importa reconhecer que a técnica implica em grande mitigação do clássico primado do *pacta sunt servanda*. Desta forma, faz-se mister a definição de critérios mínimos para efetiva configuração da técnica.

Neste sentido, Vianna<sup>31</sup> aponta como fundamentais cinco elementos para a materialização da tese, sendo-os (i) o cumprimento expressivo do contrato; (ii) a existência de uma prestação que atenda à finalidade do negócio jurídico; (iii) a presença de boa-fé objetiva na execução do contrato; (iv) a preservação do equilíbrio contratual; (v) a inexistência de enriquecimento sem causa e abuso de direito entre as partes.

Naquilo que se refere ao presente estudo, salientamos que o Superior Tribunal de Justiça, em sede de REsp 1.622.555-MG, ao apreciar a possibilidade de aplicação da teoria ao caso de inadimplemento e conseqüente manejo de ação de busca e apreensão regida pelo Decreto-Lei 911/69, em acordo com o voto-vencedor de autoria do Exmo. Min. Marco Aurélio Bellize, firmou entendimento por sua inaplicabilidade, conforme trecho da ementa:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69. INCONTROVERSO INADIMPLEMENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL DE 48). EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A PRETEXTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO.”

(...)

**“4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípua impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de**

<sup>30</sup> Vianna propõe o seguinte exercício: “Suponha-se um contrato desta natureza [contrato de seguro], firmado pelo prazo de um ano, em que se convencionou o pagamento do prêmio em 12 (doze) parcelas mensais. Assim, se o sinistro ocorreu no 11º mês, ocasião em que o segurado se encontrava em atraso quanto à prestação correspondente, não é razoável a negativa da indenização pela seguradora, mesmo que se invoque o art. 763, do CC/02”. (VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Op. cit.*)

<sup>31</sup> *Ibidem*.

busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada.” (...) **“4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.**

5. Recurso Especial provido.

(REsp n. 1.622.555/MG, relator Ministro Marco Buzzi, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/2/2017, DJe de 16/3/2017.)<sup>32</sup>.

Conquanto o aresto arrolado se refira à (im)possibilidade de incidência da teoria do adimplemento substancial como óbice ao processamento de ação de busca e apreensão de bem móvel – vide a legislação que serve de substrato jurídico para desenrolar da questão -, a colacionamos com o fito de clarificar a atual posição do Tribunal Superior a respeito da matéria, bem como identificar pontos hermenêuticos aplicáveis à sistemática instituída pela Lei 9.514/97.

Outrossim, na medida em que sua excelência Min. Marco Buzzi aduza em seu voto argumentos revestidos de equidade a respeito da questão, propugnando pela eleição de uma via menos onerosa para execução do crédito remanescente, para tanto se valendo da boa-fé objetiva que permeia a legislação material e processual geral, resta reconhecer que na ambiência da interpretação sistêmica da matéria a partir do arcabouço normativo posto, a razão assiste à interpretação capitaneada pelo voto-vencedor.

Em um primeiro momento, esposamos a tese consolidada pela Corte Superior a partir da compreensão de inaplicabilidade do Código Civil posto que a lei de regência específica não apresenta lacuna permissiva de sua incidência, sendo, à sua forma, exauriente a respeito do rito propugnado para o caso de inadimplemento. Além disso, entendemos, também, que a aplicação da teoria do inadimplemento substancial contrariaria as especificidades da lei, posto que o remédio processual instituído não objetiva resolver o contrato, mas sim garantir efetiva

---

32

Disponível

em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502797328&dt\\_publicacao=16/03/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502797328&dt_publicacao=16/03/2017). Acessado em: 11/08/2023

satisfação às partes, inclusive restando ao credor a obrigação de restituir ao devedor aquilo que sobejar ao valor de arrematação – como se dá nos leilões instituídos pelas Lei 9.514/97.

Além disso, de fato subsiste que a aplicação da teoria ao largo de todos os contratos celebrados nesta forma de contratação propiciaria malfadado incentivo à inadimplência, ato contínuo contribuindo para o esmorecer da proteção do crédito e segurança jurídica na sociedade. Ainda, como aduz o relator, adotando o entendimento no sentido de aplicação da técnica, os riscos de inadimplência seriam revertidos em desfavor da massa de devedores adimplente, os quais arcariam com maiores juros, estes diluídos nos demais contratos.

Além disso, o implemento desarrazoado da teoria aos contratos atinge o próprio cerne e finalidade da garantia, posto que o fim precípua da mesma é salvaguardar o adimplemento total das obrigações previamente estipuladas e pormenorizadas no caso de inadimplência do devedor. Deste modo, conquanto seja sedutora a aplicação da teoria em razão de preceitos morais, juridicamente seria operada verdadeira desnaturação do instituto em razão de ineficácia quase que absoluta da garantia.

Ainda, resta compreender que os dispositivos regulamentadores visam facilitar a salvaguarda do crédito pela via de instrumentos extrajudiciais – em especial, a Lei 9.514/97 -, isso porque o legislador não desconheceu o abarrotado estado no qual se encontra o Poder Judiciário. Nesse sentido, inevitavelmente, na hipótese de reconhecimento da aplicação da teoria *lato sensu* desaguaríamos num cenário de ingresso de desmedidas ações com o fito de se pleitear o não reconhecimento de incidência da própria garantia previamente instituída.

Portanto, em razão dos motivos deduzidos, filiamo-nos ao entendimento de inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial de forma pura sobre a matéria, compreendendo e nos arvorando nas razões expostas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Independentemente das questões propostas, resta reconhecer que, de fato, ainda encontramos a possibilidade de gigantesca injustiça desencadeada a partir da insubsistência do segundo leilão extrajudicial. Desta forma, discorreremos acerca da figura do pacto marciano em contraposição ao pacto comissório, expondo o porquê da necessária introjeção daquela figura na realidade jurídica brasileira.

## 5 CAPÍTULO IV

### DA VEDAÇÃO AO PACTO COMISSÓRIO E (IM)POSSIBILIDADE DO PACTO MARCIANO

O pacto comissório, ou cláusula comissória, previsto explicitamente nos artigos 1.365 e 1.428 da Lei Cível, consiste na possibilidade de ajustamento prévio ao inadimplemento da obrigação onde estipule-se que na ocorrência dessa, o credor salvaguardado por alguma garantia real poderá apropriar-se do bem objeto daquela. Neste sentido, elucida Gonçalves: “Cláusula comissória é a estipulação que autoriza o credor a ficar com a coisa dada em garantia, caso a dívida não seja paga”<sup>33</sup>.

A doutrina especializada acerca da temática reconhece, ao menos, seis finalidades almeçadas com a referida proibição: (i) contemplando a incongruência de posições ocupadas na relação de mútuo que serve de substrato fático-jurídico aos contratos adjetos de garantia, em especial a vulnerabilidade do devedor, a cláusula objetiva reequilibrar a situação deferindo-o maior proteção<sup>34</sup>; (ii) a norma objetiva resguardar o princípio do *par conditio creditorum*, i.e., na hipótese de insolvência do devedor, respeitada a legislação aplicável a essa temática e a ordem de preferência do crédito, todos credores insertos em determinado patamar fazem jus igual e equitativamente, em concurso, à satisfação de seu crédito. Deste modo, com a instituição da cláusula a massa de ativos do devedor seria restringida em favor de um único credor; (iii) vedação à usura<sup>35</sup>; conexas, porém não necessariamente contida na justificativa anterior, (iv)

<sup>33</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: direito das coisas**. vol. V. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 535.

<sup>34</sup> Neste sentido, TERRA e SAMPAIO se manifestam: “é preciso reconhecer que, tal como concebida, a vedação ao pacto comissório é, de fato, um instrumento que visa à proteção do devedor. Admitindo-se o pacto comissório no Direito brasileiro, a verdade é que, em condições normais, o credor quase sempre optaria por exercer a sua prerrogativa – ou poder, em sentido amplo – de ficar com o bem objeto da garantia, porque, no mais das vezes, o valor deste supera em muito o da obrigação por ele garantida.” (TERRA, Aline; SAMPAIO, Gisela. **Pacto comissório versus pacto marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas**. p. 14 In.: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.); RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (org.). **Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional**. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2016. 173p.)

<sup>35</sup> Conforme o magistério de Fábio Ulhoa: “Normalmente, os bens dados em garantia real de crédito têm valor superior ao do crédito garantido. É prática largamente disseminada no mercado, justificada pela desvalorização que em geral o bem experimenta quando alienado com vistas a tornar efetiva a garantia, judicial ou extrajudicialmente. O credor, assim, para garantir-se de verdade, não pode aceitar que o ônus incida sobre bem cujo valor se iguale ao de seu crédito. Caso contrário (isto é, equivalendo), a venda judicial provavelmente não conseguiria gerar o suficiente para a satisfação do devido, seus consectários e mais as despesas de cobrança. Como o valor do bem onerado é, então, em geral superior ao da obrigação garantida, se do inadimplemento desta pudesse decorrer a mera transferência de sua propriedade ao credor, verificar-se-ia seu enriquecimento indevido. Em outros termos, não fosse a proibição do pacto comissório, o credor estaria adquirindo coisa mais valiosa por preço equivalente ao crédito. Isso equivaleria à cobrança de juros usurários”. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral**. vol. IV. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 467.)

vedação ao enriquecimento sem causa<sup>36</sup>; (v) a cláusula inevitavelmente esbarraria no princípio constitucional do devido processo legal e seu adensamento civilista pertinente à execução das garantias<sup>37</sup>; (vi) haveria interesse social em coibir a pactuação<sup>38</sup>.

Não obstante a menção aos fundamentos que sustentam a referida vedação, urge reconhecer que a mesma encontra respaldo legislativo expresso na legislação civilista subsidiária e garante vivacidade à principiologia própria do direito civil contemporâneo iluminado pelos primados constitucionais, de modo que sua observância é aplicável às tradicionais garantias reais, por força do artigo 1.428, bem como à alienação fiduciária em garantia, ao teor do artigo 1.365, ambos do Código Civil. Assim sendo, a princípio estar-se-ia defronte de colisão entre normas, posto que a sistemática excussiva instituída pela Lei 9.514/97, na hipótese de insubsistência do segundo leilão, privaria o devedor-fiduciante da coisa, do *quantum* já adimplido, bem como o ressarcimento fundamentado em benfeitorias realizadas na coisa.

Diante deste panorama, a doutrina se manifestava em três sentidos: (i) pela inaplicabilidade da vedação em razão da própria natureza e *modus* específico desta forma de garantia<sup>39</sup>; (ii) pela conformidade principiológica-teleológica-instrumental do rito específico com o disposto na legislação<sup>40</sup>; (iii) pela necessidade de difusão de outras formas de pactuação

---

<sup>36</sup> Explicamos: evidentemente que na prática da usura encontrar-se-á a ocorrência do enriquecimento injustificado, sem causa, ilícito. Todavia, é possível vislumbrar a hipótese na qual os juros incidentes sobre o valor de contratação respeitem os limites legais estabelecidos, contudo o bem sofra uma valorização em razão de fatores externos-mercadoológicos (e.g.: escassez). Assim sendo, o bem que garantia a dívida ao tempo da contratação apresentava valor X. No entanto, no momento de oponibilidade da cláusula comissória apresentará o valor de 2X. Desta forma, caso o Direito admitisse a pactuação, o credor incorporaria a seu patrimônio monta não lastreada em qualquer razão ou fundamento.

<sup>37</sup> Por todos, TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: direito das coisas**. vol. IV. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 815.

<sup>38</sup> Motivação levantada e problematizada por TERRA e SAMPAIO, que assim o fazem: “Por fim, o sexto e último fundamento é o interesse social, invocado por Bianca (1957a), como motivador da proibição. Segundo o autor, haveria um interesse social em se prevenir um dano geral, inerente à liberdade de firmar o pacto comissório. O problema é que nem mesmo Bianca esclarece qual seria exatamente esse interesse, tampouco o potencial dano a ser produzido.” (*Op. cit.* p. 17)

<sup>39</sup> Desta forma, em alusão à alienação fiduciária em garantia de bem móvel, aduz Caio Mário: “No plano ontológico não tem cabimento a atração do princípio. **Ao contrário do que ocorre na situação pignoratícia ou hipotecária, com a alienação fiduciária a coisa já está na propriedade e na posse (indireta embora) do credor.** Desta sorte, não haveria proibir aquilo que é o efeito natural do negócio fiduciário (aquisição da coisa pelo credor)” (...) “O critério do direito pátrio é ilógico e gerador de dificuldade práticas. Ilógico porque proíbe uma aquisição que já está ínsita na própria constituição do direito” (...) “**Daí defendermos, de iure condendo, admitir a cláusula comissória.** Uma vez promovida a apreensão da coisa, com observância dos trâmites legais, e observada a faculdade conferida ao devedor de pedir a purgação da mora, no credor consolidasse o domínio, não lhe devendo ser, portanto, imposta a obrigação da venda. A segurança do devedor já consiste na faculdade de purgar a mora em dois momentos: quando é intimado para pagar e nos três dias da apreensão do bem. Se não a exerce, perde-o em definitivo para o credor.” (Grifamos.) (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. IV. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 390-1)

<sup>40</sup> CHALUB. *Op. cit.* p. 547-9

mais habilitadas a sanar possíveis iniquidades oriundas da resolução contratual operada a partir da infrutuosidade do segundo leilão, qual seja o pacto marciano.

Pensando a partir da consideração capitaneada por Caio Mário, qual seja de inoponibilidade da proibição da cláusula comissória quando confrontada com o instituto da alienação fiduciária em garantia em razão de uma incompatibilidade ontológica entre a vedação imposta e o *modus* peculiar da garantia sobre coisa alheia, *data venia* aos notáveis louros do grande civilista, consideramos que o raciocínio se configura mutilado. Isto é, pensando a partir da consolidação da propriedade em favor do credor na hipótese de inadimplemento do devedor, evidentemente a limitação restaria mitigada, pois efetivamente a coisa verteria em favor do primeiro.

Todavia, é imperioso reconhecer que aquela se reaviva na medida em que o credor não poderá, em um primeiro momento, adquirir a propriedade do bem afastado do rito excussivo previamente estipulado e determinado e, *secondo*, quando tornado proprietário pleno, se manter na propriedade da coisa, devendo transmiti-la a outrem com o fito de sanar o *debitum*. Desta sorte, a vedação mantém-se eficaz e apresenta congruência com o direito real, conquanto o faça por vias oblíquas e de modo diferido no tempo.

Com referência ao segundo ponto levantado, importa reconhecer que o Superior Tribunal de Justiça, em sede do Tema Repetitivo 1095<sup>41</sup>, reconhece que a Lei 9.514 de 1997, além de afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de registro da garantia na matrícula do imóvel, se materializa como sucedâneo da principiologia que embasa a vedação à cláusula comissória, posto que por força do artigo 27, *caput*, após a consolidação da propriedade em favor do credor, o mesmo, em decorrência de expressa previsão legal, deverá

---

<sup>41</sup> “RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 - TEMÁTICA ACERCA DA PREVALÊNCIA, OU NÃO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA HIPÓTESE DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL, COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. 1. Para fins dos arts. 1036 e seguintes do CPC/2015 fixa-se a seguinte tese: 1.1. Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária devidamente registrado em cartório, a resolução do pacto, na hipótese de inadimplemento do devedor, devidamente constituído em mora, deverá observar a forma prevista na Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, afastando-se, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 2. Caso concreto: É incontroverso dos autos, inclusive por afirmação dos próprios autores na exordial, o inadimplemento quanto ao pagamento da dívida, tendo ocorrido, ante a não purgação da mora, a consolidação da propriedade em favor da ré, devendo o procedimento seguir o trâmite da legislação especial a qual estabelece o direito dos devedores fiduciários de receber quantias em função do vínculo contratual se, após efetivado o leilão público do imóvel, houver saldo em seu favor. 3. Recurso Especial provido.

(REsp n. 1.891.498/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 26/10/2022, DJe de 19/12/2022.)”.

Disponível

em:

[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1095&cod\\_tema\\_final=1095](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1095&cod_tema_final=1095). Acessado em: 19/07/2023.

proceder à alienação da coisa e, sendo frutíferos os leilões, transmitir aquilo que sobejar ao devedor.

Neste sentido, são claras as palavras do Exmo. Relator em seu voto vencedor:

“Nessa extensão, há, portanto, diversamente do que aparenta, uma convergência entre o disposto no artigo 53 do CDC e os ditames da Lei nº 9.514/97, pois, evidentemente, em ambos os normativos, procurou o legislador evitar o enriquecimento indevido do credor fiduciário, seja ao considerar nula a cláusula contratual que estabeleça a retomada do bem e a perda da integralidade dos valores, seja por prever o procedimento a ser tomado, em caso de inadimplemento e as consequências jurídicas que a venda, em segundo leilão, por valor igual ou superior à dívida ou por lance inferior impõe, tanto ao credor como ao devedor fiduciário.

Esse procedimento especial não colide com os princípios trazidos no art. 53 do CDC, porquanto, além de se tratar de Lei posterior e específica na regulamentação da matéria, o § 4º, do art. 27, da Lei nº 9.514/97, expressamente prevê, repita-se, a transferência ao devedor dos valores que, advindos do leilão do bem imóvel, vierem a exceder (sobejar) o montante da dívida, não havendo se falar, portanto, em perda de todas as prestações adimplidas em favor do credor fiduciário.”<sup>42</sup>.

Conquanto se filie à compreensão encampada pela colenda Corte a respeito da congruência principiológica e inaplicabilidade, *prima facie*, do Código de Defesa do Consumidor, faz-se premente reconhecer que a delimitação da temática em sede do Recurso Especial que fundamentou o presente aresto se demonstra insuficiente para a correta apreciação na hipótese de insubsistência do segundo leilão. Outrossim, *data venia*, observamos que a hipótese de adjudicação e quitação recíproca, em tese, permite sim o enriquecimento sem causa por parte do credor, posto que este pode se locupletar em razão de considerável adimplemento do *debitum*, e, posteriormente, adjudicar-se de um imóvel de elevado vulto apartado da obrigação de restituição em favor do devedor.

Desta forma, sob outro prisma e em apreço à terceira possibilidade, nos é possível definir o pacto marciano como a cláusula previamente ajustada que prevê, no caso de inadimplemento, a possibilidade de adjudicação do bem em favor do credor, conquanto seja avaliada por terceiro independente, estipulado mediante comum acordo entre as partes, de modo que sobre este valor será abatido a monta equivalente ao *debitum*, devendo aquilo que sobejar ser restituída ao devedor<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> *Ibidem*. p. 18.

<sup>43</sup> Neste sentido, discorre Moreira Alves: “o bem entregue em garantia é transferido ao credor que dele se apropria e restitui o excesso relativo ao valor da dívida. O Pacto Marciano não é considerado ilegal por não causar prejuízo ao devedor” (ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 127 *apud* TARTUCE, Flavio. *Op. cit.* p.818)

Mais além, ao revés da vedação ao pacto comissório, a VIII Jornada de Direito Civil já se manifestou pela legalidade da figura dentro do sistema civilista brasileiro, produzindo o Enunciado n. 626, aqui *in verbis*:

“Não afronta o art. 1.428 do Código Civil, em relações paritárias, o pacto marciano, cláusula contratual que autoriza que o credor se torne proprietário da coisa objeto da garantia mediante aferição de seu justo valor e restituição do supérfluo (valor do bem em garantia que excede o da dívida).”<sup>44-45</sup>

Conquanto seja considerada lícita dentro do ordenamento jurídico, importa reconhecer que a cláusula marciana poderá esbarrar em pontos de tensionamento com a *práxis* jurídica.

Em um primeiro momento, remontando ao teor do Enunciado n. 626 supratranscrito, em apreço à possibilidade de ingerência e coação exercidas por um credor mais forte dentro da relação jurídica no apontamento do terceiro indicado à avaliação do bem, a figura seria aplicável apenas às relações paritárias, situação que não se afigura como norma dentro do mercado creditício imobiliário habitacional, constituindo, em verdade, exceção a esse tipo de contrato, usualmente pactuado entre pessoas naturais e instituições financeiras, bancos ou construtoras.

Em um segundo momento, pensando a partir da finalidade precípua do agente financiador e a função que este exerce dentro da sociedade parcela da doutrina especializada obtempera a questão partindo do seguinte pressuposto: conquanto seja efetiva e célere sob seu aspecto satisfativo-liberatório, desobrigando o devedor, poderá encontrar barreiras diante do matiz liquidativo do crédito, circunstância que inevitavelmente esbarrará em questões pertinentes à disponibilidade de crédito dentro da sociedade.<sup>46</sup> Dito de outra forma, em larga escala, não interessa ao agente financiador o bem em si, mas sim o crédito consignado naquele traduzido em pecúnia, posto que este é o ativo que usualmente negocia dentro da sociedade de mercado.

44

Disponível

em:

<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1209#:~:text=N%C3%A3o%20afronta%20o%20art.,que%20excede%20o%20da%20d%C3%ADvida>). Acessado em: 28/07/2023.

<sup>45</sup> Ainda que o Enunciado faça referência explícita à regra do artigo 1.428, do *Codex*, restrita às garantias reais sobre coisa alheia, importa reconhecer que em essência, *mutatis mutandi*, seu teor é o mesmo do regramento propugnado em respeito à alienação fiduciária (art. 1.365, *caput*, CC). Deste modo, o raciocínio plasmado no Enunciado n. 626 poder ser igualmente aplicável à alienação fiduciária em garantia.

<sup>46</sup> Neste sentido, *mutatis mutandi*, esclarece Alexandre Câmara: “Efetua-se a adjudicação através da entrega, ao exequente, do bem penhorado. Trata-se de um ato executivo, através do qual são expropriados bens do patrimônio do executado, os quais haviam sido objeto de penhora, transferindo-se tais bens diretamente para o patrimônio do exequente. Nesta hipótese, como claramente se vê, haverá apenas uma expropriação, satisfativa, ao contrário do que se dá no pagamento por entrega de dinheiro, em que ocorrem duas expropriações (liquidativa e satisfativa)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, 23. ed. São Paulo: GEN-Atlas, 2014, p. 333, *apud* CHALHUB. *Op. cit.* p.471)

Neste sentido, oportuna a ressalva de Chalub:

“Embora possa constituir importante alternativa para satisfação de crédito com garantia real, a eventualidade de estipulação do pacto marciano deve ser vista *cum grano salis*, pois, tratando-se de exceção à regra geral do pacto comissório, sua estipulação deve se dar em caráter excepcional, de modo que atenda ao interesse dos contratantes em face das circunstâncias peculiares do negócio.

Com relação às operações de crédito realizadas em larga escala no sistema financeiro, sua estipulação deve ser considerada com reserva, tendo em vista os rigorosos critérios de controle de liquidez a que se submetem as instituições financeiras. Tratando-se de atividade de intermediação financeira, essas instituições emprestam recursos captados do público e dependem do retorno em dinheiro para preservação da sua liquidez e para manutenção da higidez do sistema financeiro.”<sup>47</sup>

Ainda, a partir do cotejo da própria legislação instituída apercebe-se que o legislador não foi estranho à teleologia do instituto e dos objetivos que este procura salvaguardar ao conceber o rito específico plasmado na Lei 9.514 de 1997. Conquanto se apresentem de forma mitigada, a figura do terceiro independente a quem competiria a avaliação encontra albergue no órgão competente à emissão do ITBI, bem como a obrigação cogente de restituição de valores oriundos da arrematação que sobejarem ao valor do débito em favor do devedor-fiduciante, além do viés satisfatório-liberatório deferido ao devedor na hipótese de improcedência do terceiro leilão.

Por oportuno que sejam as ressalvas que foram apontadas, entendemos que elas não devam prosperar da forma como são postas.

Em alusão à exigência de paridade entre os polos relacionais para a celebração do pacto marciano, entendemos que a mesma se qualifica como exacerbado dirigismo contratual sobre a figura, isto pois, através do manejo da cláusula não subsiste lesão a qualquer das partes, inclusive ao devedor-fiduciante, o qual pode ser visto como parte vulnerável na relação. Isso porque, mormente, o terceiro outorgado para realizar a avaliação do bem deverá ser estipulado em comum acordo antes da ocorrência do inadimplemento, de modo que não pode se vislumbrar a materialização da figura mediante definição posterior, ou unilateral apriorística; ainda, o manejo da cláusula suprime dispêndios que deveriam ser operados em desfavor do devedor – sintomaticamente, com a intimação e realização dos leilões –, de modo que realizado o cálculo compensatório, a monta restante permanece incólume, assim sendo evidente o interesse do devedor na figura; por fim, destacamos que no manejo da cláusula não subsistirá possibilidade

---

<sup>47</sup> CHALUB. *Op. cit.* p. 263

na qual devedor se encontre alijado de patrimônio equitativo, ao revés da sistemática posta na Lei 9.514/97, como já demonstramos.

Noutro giro, em alusão à segunda problemática proposta, atinente à atividade precípua do ente financiador e seu desinteresse em aquisição da coisa, importa pensar que dentro de uma sociedade complexa, envolvida por riscos, os mesmos devêm ser distribuídos de forma equânime e proporcional, de modo que aqueles que ostentam maiores vias para preveni-los e, em caso de dano, saná-los, deverão suportá-los em maior medida.

Deste modo, considerando que bancos e instituições financeiras se constituem como os grandes financiadores nesta forma de contratação, não se desconhece que os mesmos assumem grande preponderância dentro da realidade técnico-econômica-informacional brasileira, ostentando vultuosos recursos que lhes facultam projetar a (in)viabilidade de determinada liberação de crédito, bem como imensa facilidade na alienação da coisa. Desta forma, na hipótese de pactuação da cláusula marciana, em verdade, se operaria uma redistribuição dos riscos inerentes à convivência social hipercomplexa, de modo que os ônus pertinentes à alienação da coisa volveriam em desfavor daqueles que podem suportar, em maior medida, suas repercussões.

Além disso, vislumbramos que a cláusula poderia, inclusive, se tornar um produto dentro do mercado assecuratório, aos moldes dos contratos de seguro que hodiernamente são contratados juntamente às avenças de mútuo que justificam a constituição da garantia. Ainda, considerando a hipótese de introjeção da cláusula pela via legislativa, a mesma poderia se operar mediante condições prévias instituídas pelo legislador – *e.g.*: a cláusula marciana apenas apresentará eficácia mediante a comprovação de adimplemento de X percentual do débito; a cláusula não se operará em hipótese de inadimplência dolosa do devedor, etc. -, assim evitando perniciosos comportamentos, como o incentivo à inadimplência.

Por derradeiro, em alusão à terceira colocação, na medida em que se reconheça os avanços introduzidos na lei de regência, importa pontuar que não suprem significativamente a temática. Com referência à possibilidade de valoração da coisa para fins de leilão valendo-se da base de cálculo para emissão do ITBI, urge identificar que esta, por vezes, pode se afastar do valor real da coisa, olvidando, a exemplo, a condição de conservação do imóvel, fatores mercadológicos externos, benfeitorias existentes e não averbadas na matrícula, etc., problemáticas, essas, fulminadas pelo manejo da cláusula marciana.

Em suma, é possível elencar em favor da instituição da cláusula marciana as seguintes vantagens: i) mantém o processo excussivo em sede extrajudicial, apartando-o de um judiciário já abarrotado; ii) garante celeridade e eficácia ao processamento da própria garantia, bem como adimplemento total do crédito; iii) resguarda o patrimônio do devedor em razão da real valoração do imóvel e desnecessidade de realização de sucessivos leilões e consequentes despesas; iv) redistribui os riscos dentro da relação jurídica e sociedade; v) propicia, em tese, o desenvolvimento de novos mercados.

Assim sendo, entendemos que, em razão de suas evidentes vantagens, a figura do pacto marciano deveria se deslocar das discussões jurídicas para a realidade prática-econômica brasileira, seja pela via de sua divulgação, mas também diante da possibilidade de sua instituição na Lei 9.514/97, de modo que a figura poderia ser previamente balizada pelo legislador, assim aquilatando outras arestas supervenientes, bem como garantindo segurança jurídica diante do seu manejo.

## 6 CAPÍTULO IV

### CONCLUSÃO

Conforme se intentou demonstrar, o instituto da alienação fiduciária em garantia de bens se qualifica como importantíssima mola propulsora dentro da realidade econômica do país, por mais das vezes estruturando e robustecendo segmentos mercadológicos inteiros ao longo de sua previsão dentro do ordenamento jurídico pátrio. Contudo, apreendemos que aquele se transformou e aformoseou-se ao longo de sua aplicação posto que a realidade fático-jurídica circunstancial o exigia.

Assim sendo, como se demonstrou ao longo do trabalho, conquanto jurisprudência e a própria produção legiferante se mobilizem no sentido de modernizar o instituto com o fito de adequá-lo à atual realidade material, o modo posto continua a comportar brechas e fissuras que permitem o escoar de injustiças.

Desta forma, com o precípuo objetivo de sanar aquelas, bem como evocar ao sentido originário da própria constituição dessa forma de garantia no Direito Brasileiro, advogamos em favor da difusão da cláusula marcial, assim como sua instituição e regulamentação pela via legislativa, posto que assistiria vantagens ao devedor, ao credor, bem como à sociedade.

Pensando a partir da ótica do devedor, faz-se mister reconhecer que este encontraria guarida mais robusta e efetiva a seus interesses quando contrapostos a situações que propiciassem o malfadado inadimplemento, posto que a operacionalização da cláusula marcial fulminaria a nefasta hipótese de ser o fiduciante alijado do bem sem qualquer soma indenizatória. Além disso, a eficácia da cláusula resguarda o patrimônio daquele na medida em que a compensação da dívida se dará por avaliação real da coisa por terceiro independente no momento de adjudicação do bem, assim sendo-o aplicando-se o valor atualizado do imóvel. Ademais, remontamos à desnecessidade de realização de dois leilões sucessivos, desta sorte afastando-se a necessidade de dispêndios para consecução dos mesmos.

Sob outro prisma, voltando os olhos à posição do fiduciário, nos foi possível demonstrar, *in abstracto*, ao menos duas vantagens: a manutenção do rito excussivo adjudicatório por uma via extrajudicial na qual se pretere a realização dos leilões, ato contínuo implicando em maior celeridade no resolver da relação jurídica e sanar do *debitum*; e, além, a possibilidade de

implementação da cláusula como novo produto dentro das disponibilidades assecuratórias, desta forma permitindo o desenvolvimento de um novo mercado a ser explorado.

*Terzo*, voltando os olhos às possíveis benesses para a sociedade como um todo, restaria mantido vigor protetivo natural da garantia real, de modo que a disponibilidade do crédito dentro do mercado consumidor não encontraria grandes abalos. Além disso, como apontado, se operaria verdadeira redistribuição dos riscos pelos atores sociais, conquanto mantivéssemos preservados os primados da livre iniciativa e pactuação.

Deste modo, reforçamos nossa compreensão em favor da difusão da cláusula marciana dentro do Direito Brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Fazenda. Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria. **Relatório de Avaliação: Programa Minha Casa Minha Vida**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2021/04/cgu-divulga-prestacao-de-contas-do-presidente-da-republica-de-2020/relatorio-de-avaliacao-pmcmv.pdf>

BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, n. 1, v. 9, nov. 1993.

CHALUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral**. vol. IV. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit habitacional no Brasil – 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2021. p. 117. Disponível em: [https://fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2021/04/21.05\\_Relatorio-Deficit-Habitacional-no-Brasil-2016-2019-v2.0.pdf](https://fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2021/04/21.05_Relatorio-Deficit-Habitacional-no-Brasil-2016-2019-v2.0.pdf).

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: direito das coisas**. vol. V. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

LIMA, M. C. DE M. P. **Breves considerações sobre a importância da alienação fiduciária em garantia e a necessidade de uma nova interpretação do pacto comissório.** *civilistica.com*, v. 3, n. 1, p. 1-19, 18 ago. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** vol. IV. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REsp n. 1.622.555/MG, relator Ministro Marco Buzzi, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/2/2017, DJe de 16/3/2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502797328&dt\\_publicacao=16/03/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502797328&dt_publicacao=16/03/2017).

REsp n. 1.891.498/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 26/10/2022, DJe de 19/12/2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1095&cod\\_tema\\_final=1095](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1095&cod_tema_final=1095).

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: direito das coisas.** vol. IV. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TERRA, Aline; SAMPAIO, Gisela. **Pacto comissório versus pacto marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas.** p. 14 In.: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.); RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (org.). **Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional.** Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2016. 173p.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TJMG; Apelação Cível 2870728-70.2012.8.13.0024; Relator(a): Des.(a) Marcelo Rodrigues; Órgão Julgador: 21ª Câmara Cível Especializada; Câmaras Especializadas Cíveis; Data de Julgamento: 15/03/2023; Data de Registro: 16/03/2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=43&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=leil%E3o%20E%20pre%E7o%20vil%20E%20Lei%20n.%209.514&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>.

TJSP; Apelação Cível 1014443-05.2015.8.26.0004; Relator (a): Luiz Eurico; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 33ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/06/2022; Data de Registro: 23/06/2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15787781&cdForo=0>.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Adimplemento substancial**. Revista Jus Navigandi. ISSN 1518-4862, ano 13, n. 1897, 10 set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11703>.