

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

JULIA BORGES DOLACIO

Considerações Acerca da Lei de Alienação Fiduciária de Bens Imóveis no Brasil

Uberlândia - MG

2023

JULIA BORGES DOLACIO

Considerações Acerca da Lei de Alienação Fiduciária de Bens Imóveis no Brasil

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ferreira Pazini

Uberlândia - MG

2023

JULIA BORGES DOLACIO

Considerações Acerca Da Lei De Alienação Fiduciária De Bens Imóveis No Brasil

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil

Cidade, data

Banca Examinadora:

Nome – Titulação (sigla da instituição)

Nome – Titulação (sigla da instituição)

Nome – Titulação (sigla da instituição)

Nome – Titulação (sigla da instituição)

RESUMO

A alienação fiduciária de bens imóveis é uma modalidade de garantia utilizada no Brasil que desperta diversas controvérsias e debates acerca de sua aplicação e consequências legais. Essa forma de garantia, prevista na Lei nº 9.514/1997, tem sido amplamente utilizada no mercado imobiliário como uma alternativa ao tradicional sistema de hipoteca, permitindo que o devedor transfira a propriedade do imóvel ao credor como garantia da dívida. Essa transferência ocorre por meio de um contrato de alienação fiduciária, no qual o devedor se torna possuidor direto do imóvel, enquanto o credor adquire a propriedade fiduciária. Embora a alienação fiduciária tenha sido criada com o intuito de facilitar o acesso ao crédito imobiliário, ela suscita uma série de questionamentos e controvérsias no âmbito jurídico. Este trabalho traz reflexões jurídicas quanto à constitucionalidade da Lei nº 9.514/1997, a proteção aos direitos do devedor, aos procedimentos de execução extrajudicial, à vedação ao pacto comissório e à possibilidade de aplicação do pacto marciano. Também é abordado o tratamento da legislação acerca do ressarcimento de benfeitorias e a previsão do perdão legal da dívida pelo credor fiduciário. Desse modo, este estudo visa contribuir para o aprimoramento do sistema jurídico ao propor possíveis soluções e reformas legais que possam mitigar as controvérsias identificadas, garantindo uma maior segurança nas operações de alienação fiduciária.

Palavras-chave: Alienação fiduciária de bens imóveis. Constitucionalidade da Lei nº 9.514/1997. Pacto Comissório. Pacto Marciano.

ABSTRACT

The fiduciary alienation of real estate is a type of guarantee used in Brazil that arouses several controversies and debates about its application and legal consequences. This form of guarantee, provided for in Law No. 9,514/1997, has been widely used in the real estate market as an alternative to the traditional mortgage system, allowing the debtor to transfer the property of the real estate to the creditor as collateral for the debt. This transfer takes place through a fiduciary alienation contract, in which the debtor becomes the direct possessor of the property, while the creditor acquires fiduciary ownership. Although this form of guarantee was created with the aim of facilitating access to real estate credit, it raises a series of legal questions and controversies. This work provides legal reflections on the constitutionality of Law No. 9,514/1997, the protection of debtor rights, extrajudicial execution procedures, the prohibition of the *lex commissoria*, and the possibility of applying the “Martian Pact”. It also addresses the treatment of legislation regarding the reimbursement of improvements and the provision of legal debt forgiveness by the fiduciary creditor. Thus, this study aims to contribute to the improvement of the legal system by proposing possible solutions and legal reforms that can mitigate the identified controversies, ensuring greater security in fiduciary alienation operations.

Keywords: Fiduciary alienation of real estate. Constitutionality of Law No. 9.514/1997. *Lex Commissoria*. Martian Pact.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	6
2	CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	7
3	DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL	8
4	DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL.....	9
5	DO PACTO COMISSÓRIO	13
6	EXCEÇÃO À VEDAÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO?.....	16
7	DO PACTO MARCIANO.....	17
8	DO RESSARCIMENTO DE BENFEITORIAS	19
9	DO PERDÃO LEGAL.....	21
10	CONCLUSÃO.....	24
	REFERÊNCIAS	26

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei de Alienação Fiduciária de Bens Imóveis no Brasil, por meio da Lei nº 9.514/1997, marca um ponto de virada significativo na legislação que regula os financiamentos imobiliários no país. Esta legislação trouxe consigo uma série de transformações que tiveram um impacto profundo na maneira como as transações imobiliárias ocorrem e na acessibilidade ao crédito no território nacional.

Historicamente, as hipotecas ocupavam uma posição central no que se refere às garantias nos negócios imobiliários no Brasil. Contudo, o método tradicional de hipoteca apresentava suas restrições, especialmente no que tange à eficácia, celeridade e efetividade no manejo de situações de inadimplência. Essa conjuntura gerou uma demanda crescente por um mecanismo jurídico alternativo capaz de superar essas deficiências e conferir maior segurança às partes envolvidas.

Nesse contexto, torna-se essencial compreender a relevância da Lei de Alienação Fiduciária de Bens Imóveis como uma ferramenta que tornou mais acessível o financiamento para aquisição de imóveis no Brasil. Sua eficácia na introdução de novos métodos de financiamento imobiliário estabeleceu-se como um paradigma inovador, possibilitando que um número cada vez maior de cidadãos brasileiros realize o sonho da propriedade própria.

Porém, à medida que o volume de financiamentos imobiliários aumentou, tornou-se imprescindível esclarecer as controvérsias e omissões legislativas que frequentemente geram incerteza jurídica no tocante à proteção aos direitos do devedor, ao procedimento de execução extrajudicial, à vedação ao pacto comissório e à possibilidade de aplicação do pacto marciano. Essa instabilidade não só afeta o funcionamento adequado do mercado imobiliário, mas também pode desafiar os princípios do Estado Democrático de Direito, abrangendo também direitos e garantias fundamentais.

Neste trabalho, exploraremos as implicações da Lei de Alienação Fiduciária de Bens Imóveis no cenário brasileiro, destacando seu papel na concessão de crédito imobiliário e seu impacto nas relações jurídicas. Para esse propósito, adotaremos uma abordagem, por meio do método dedutivo e com base em análises de jurisprudência e estudos da doutrina, para examinar tanto os aspectos práticos quanto teóricos dessa legislação relevante que tem exercido influência marcante no setor imobiliário do Brasil.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Na Lei 9.514/1997, artigo 17, inciso IV, é prevista a alienação fiduciária de coisa imóvel, negócio por meio do qual o devedor transfere ao credor a propriedade resolúvel do bem, para fins de garantia. Tal instituto já era previsto para bens móveis, com fundamento na Lei 4.728/1965. Além disso, tem natureza de direito real sobre o seu objeto, conforme previsto no §1º do referido artigo (Chulam, 2019).

Nesse contexto, conforme dispõe o artigo 24, em seu inciso IV, a posse direta do bem imóvel fica com o devedor, que o utiliza por sua própria responsabilidade, durante o cumprimento de suas obrigações financeiras.

Logo, a posse indireta do bem fica para o credor, que detém a propriedade resolúvel, isto é, com o adimplemento integral da dívida, a propriedade fiduciária se resolve em favor do devedor, em nome do qual ficará o bem.

No Brasil, como em muitos países, o mercado imobiliário sempre foi um motor crucial do crescimento econômico. Contudo, o arcabouço jurídico brasileiro, para garantia de transações imobiliárias, não tem sido estático; evoluiu para acomodar as novas necessidades de uma economia e população em crescimento. Logo, a introdução da Lei 9.514/1997 representou um desenvolvimento significativo neste sentido, pois complementou o sistema hipotecário tradicional.

Tradicionalmente, as hipotecas eram o principal meio de garantir transações imobiliárias no Brasil. No entanto, o sistema hipotecário tradicional tinha as suas limitações, especialmente em termos de eficiência, rapidez e eficácia no tratamento da inadimplência. Isto levou a uma necessidade crescente de um mecanismo jurídico alternativo que pudesse resolver essas deficiências e proporcionar mais segurança para as partes envolvidas.

Uma das principais razões da necessidade da alienação fiduciária foi a procura de maior acesso ao crédito no setor imobiliário. À medida que a economia brasileira continuou a crescer, houve um aumento na demanda por habitação e investimento imobiliário, sendo preciso viabilizar o ingresso de investimentos no setor imobiliário, tornando o setor mais dinâmico. A hipoteca, com as suas complexidades e ineficiências, não conseguiu acompanhar esta procura crescente.

A Lei 9.514/1997 veio responder a esta necessidade, pois trouxe uma nova abordagem para garantir transações imobiliárias, permitindo a transferência de propriedade para o credor até que o fiduciante cumpra as suas obrigações financeiras. Este instrumento jurídico inovador

não só trouxe procedimentos de execução mais rápidos e eficientes, mas também reduziu os riscos associados aos inadimplementos, tornando o financiamento imobiliário mais atraente.

Apesar de falarmos em uma obsolescência da hipoteca, isso não significa que ela não seja mais utilizada. Porém, deve-se levar em consideração que o imóvel, apesar de gravado de ônus, ainda permanece no nome do devedor. Isso quer dizer que, no processo de falência, se for o caso, o crédito do credor hipotecário é submetido ao concurso de credores, que inicialmente prioriza os créditos trabalhistas em detrimento do crédito hipotecário, conforme prevê a Lei nº 11.101/05, em seu artigo 83. Essa ocorrência não acontece com a alienação fiduciária, pois neste caso, a propriedade é transferida para o credor, e por isso, este fica em uma situação mais segura quanto à satisfação de seu crédito.

Do mesmo modo, na alienação fiduciária, o credor tem o direito de realizar o procedimento de execução de forma extrajudicial, enquanto a execução da hipoteca se dá, em regra geral (que são as situações não abarcadas pela legislação especial), de forma judicial, o que torna tudo mais moroso.

A hipoteca, então, está sendo menos utilizada por esses problemas de ordem prática, seja pela necessidade de atuação de um “agente fiduciário”, nos termos do Decreto-Lei 70/66, seja pelos óbices da execução judicial prevista na Lei 5.741/1971, além das incertezas que envolvem este tipo de execução (Chulam, 2019).

Assim, a necessidade da alienação fiduciária no direito brasileiro surgiu como resposta às limitações do sistema hipotecário tradicional. A sua introdução foi impulsionada pela procura de um maior acesso ao crédito no setor imobiliário, bem como pelo desejo de mecanismos mais eficientes e seguros para facilitar as transações imobiliárias. Nesse sentido, a alienação fiduciária não apenas acrescentou ao arcabouço legal existente, mas também abriu novos caminhos para crescimento e investimento no mercado imobiliário brasileiro.

Porém, mesmo com as vantagens que a Alienação Fiduciária trouxe, ainda existem alguns imbróglis atinentes à legislação regulamentadora que podem atrapalhar o funcionamento desse sistema de garantia, conforme será tratado em breve neste trabalho.

3 DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

Como citado anteriormente, o credor fiduciário tem, além da execução judicial, o direito de realizar a execução de forma extrajudicial. Nesse contexto, a inadimplência do devedor, ou fiduciante, é o ponto de partida para este procedimento, o qual ocorre quando o

devedor deixa de cumprir com suas obrigações contratuais, notadamente o pagamento das prestações do financiamento imobiliário.

Após a constatação da inadimplência, com o esgotamento do prazo de carência contratual, o credor, ou fiduciário, deve notificar o devedor formalmente, por meio do Cartório de Registro de Imóveis onde está registrado o contrato. Essa notificação é crucial, pois marca o início do prazo de 15 dias para que o devedor possa purgar a mora e evitar a execução extrajudicial.

A saber, a purgação da mora é o processo pelo qual o devedor tem a oportunidade de regularizar sua situação financeira. Isso é feito mediante o pagamento das prestações em atraso, juros, multas e custas adicionais, conforme estabelecido no contrato.

Em caso de o devedor não realizar o pagamento dentro do prazo de purgação da mora, o credor fiduciário pode prosseguir com a execução extrajudicial, ensejando a consolidação da propriedade em seu nome, conforme parágrafos do artigo 26 da Lei nº 9.514/1997.

No prazo de 30 dias após a averbação da consolidação da propriedade no nome do fiduciário, este poderá realizar a venda do imóvel por meio de leilão público, nos termos do art. 27 da referida Lei. No primeiro leilão, o imóvel só poderá ser arrematado havendo lance superior ao valor da avaliação ou valor apontado como base de cálculo para o imposto intervivos, superior ao fixado no contrato, de acordo com a previsão do artigo 24, §1º da mesma Lei.

Não havendo arrematação no primeiro leilão, o parágrafo segundo do artigo 27 nos leva à realização, nos quinze dias seguintes, de um segundo leilão, no qual será aceito lance igual ou superior ao saldo devedor da operação, com juros, encargos e penalidades, bem como despesas relacionadas à realização dos leilões. Já no caso de, no segundo leilão, não haver licitantes, considerar-se-á extinta a dívida, exonerando as partes, ficando o bem imóvel com o credor, como prevê o §5º do mesmo artigo.

4 DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

O processo extrajudicial de garantia fiduciária estabelecido pela legislação enfrenta diversas objeções por parte da academia jurídica, com a alegação de que infringe princípios fundamentais da Constituição, tais como o devido processo legal, a impossibilidade de exclusão do acesso à justiça, a garantia de ampla defesa e do contraditório.

As críticas centrais são acerca dos seguintes pontos: a adjudicação do bem ao credor fiduciário sem a interferência do Judiciário - o que, no caso de não haver licitantes no segundo leilão, levaria o devedor a perder o valor já pago; a realização do leilão extrajudicial sem a anuência do Judiciário; a falta de regulamentação para a defesa do devedor, o que afrontaria o princípio do contraditório.

Por outro lado, vale ressaltar que o devedor continua apresentando seu direito de ação, podendo recorrer ao judiciário caso se sinta prejudicado. De acordo com Melhim Namem Chalhub (2021), o devedor tem o direito de recorrer ao exercício da ação sempre que houver uma violação real ou potencial de um direito, mesmo que essa violação seja resultado da não conformidade com os requisitos estabelecidos nas diretrizes gerais e nas regulamentações específicas que caracterizam o quadro legal exclusivo de cada tipo de venda privada.

Porém, para Arnaldo Justino (2004), o problema principal centra-se na impossibilidade do devedor de se defender administrativamente, tendo em vista que ele não pode embargar nem contestar o valor da dívida e dos cálculos, sendo diretamente intimado para efetuar o pagamento, o que violaria o princípio do contraditório. Nesse sentido, o autor (Justino, 2004) pensa que o Estado deve participar da execução extrajudicial para evitar que o credor ocupe uma posição de vantagem excessiva em relação ao devedor, possibilitando que o devedor perca seus bens sem a chancela do Poder Judiciário, o que violaria a ampla defesa e o contraditório.

Por outro lado, existe a necessidade de intimação pessoal do devedor ou de seu procurador regularmente constituído, sendo este um ato formal que deve ser realizado pelo Cartório de Registro de Imóveis competente ou por correio com aviso de recebimento, com o objetivo informar o devedor sobre a inadimplência, concedendo-lhe a oportunidade de regularizar, no prazo de 15 dias, sua situação, antes da retomada do bem pelo credor fiduciário, nos termos do artigo 26 da Lei 9.514/1997.

A referida Lei também prevê a possibilidade de intimação por hora certa quando houver suspeita de ocultação, após duas tentativas de notificação do devedor, além da possibilidade de proceder à intimação por meio do funcionário de portaria responsável pelo recebimento de correspondência nos condomínios edifícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso (artigo 26, §§ 3-A e 3-B).

Além disso, há a previsão da notificação por edital quando o fiduciante, ou seu cessionário, ou seu representante legal ou procurador, encontrar-se em local ignorado, incerto

ou inacessível, publicado durante três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local, nos termos do artigo 26, §4, da mesma Lei.

Somente após o esgotamento dos prazos e procedimentos estabelecidos na notificação, e uma vez configurada a inadimplência irreparável, é que o credor fiduciário poderá tomar posse do bem imóvel objeto da alienação fiduciária, em consonância com as disposições legais pertinentes.

Dessa forma, a notificação ao devedor é um importante ponto que mostra como a execução extrajudicial de alienação fiduciária de bens imóveis cumpre com o devido processo legal, protegendo os direitos do devedor ao assegurar-lhe a oportunidade de regularizar sua situação antes de qualquer medida drástica ser tomada. Isso garante um equilíbrio entre os interesses do credor e os direitos do devedor, conforme estabelecido pela legislação aplicável.

Assim, pode-se afirmar que há a observância do princípio do contraditório nesse processo de intimação do devedor. Além disso, vale ressaltar, conforme artigo 27, §2º-A, que é necessária, ainda, a notificação do devedor quando não purgada a mora, acerca das datas, horários e locais do leilão extrajudicial, por meio de correspondência.

Nesse aspecto, temos também que, após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas, por força do artigo 27, parágrafos 2º-B e 9º da Lei 9.514/1997.

O devedor que não cumpriu sua obrigação financeira pode, pois, purgar a mora e convalidar o contrato, no prazo estabelecido de 15 dias após sua intimação para pagar (artigo 26, §1º da Lei 9.514/1997), até ocorrer a averbação da consolidação da propriedade em nome do credor, ou então, após isto, exercer seu direito de preferência ao adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas.

Desse modo, afasta-se a alegação de que não há respeito ao contraditório ou ampla defesa, tendo em vista que, aquele que se sentir prejudicado pode recorrer ao Judiciário em qualquer momento da execução extrajudicial, além de já termos ressaltado a obrigatoriedade da intimação do devedor acerca de todas as etapas, e ainda, do seu direito de purgar a mora e convalidar o contrato.

Sobre a execução extrajudicial apresentar um rigor que causaria um ônus excessivo ao devedor, Eduardo Chulam (2019, p. 59) apresenta o seguinte entendimento:

Na formatação da alienação fiduciária, como prevista na Lei n. 9.514/97, não há que se falar inclusive, a rigor, de execução extrajudicial (no sentido de *perseguição patrimonial*), dado que conforme apontado, ao ser instaurado o procedimento o bem já pertence ao credor (que detém a propriedade resolúvel), não ao devedor fiduciante (que só detém a posse direta).

Portanto, para o referido autor, não parece adequado pensar que há uma retirada de bens do devedor sem respeitar o devido processo legal, tendo em vista que os bens já são de propriedade do credor.

Do mesmo modo, no âmbito teleológico, é notável que um dos principais objetivos da Lei em questão é facilitar a obtenção de crédito, de forma a dar mais segurança para os credores, o que possibilitaria juros menores, propulsionando a economia com o dinamismo imobiliário. Nesse sentido, visa-se a rápida transmissão do bem para aquele que está adimplente e não a compactuação e a permanência do bem com o inadimplente.

Quanto à não participação do Judiciário no trâmite da execução extrajudicial, alguns afirmam haver uma espécie de “autotutela”, pois tal procedimento é realizado por meio do Cartório. Contudo, não há que se falar em uma alienação da propriedade propriamente dita, visto que o bem já é de propriedade do credor, conforme estabelecido no contrato de alienação fiduciária.

Não prospera, portanto, a tese de inconstitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial regulamentada pela Lei n. 9.514/1997. Nestes termos, completa Eduardo Chulam (2019, p. 61):

Conforme exposto, a busca pela celeridade e eficiência na retomada do bem objeto de garantia em financiamento habitacional é plenamente justificada; não há empecilho algum a qualquer reclame de socorro do Poder Judiciário; o devedor tem a possibilidade de purgar a mora (com largo prazo); não existe vedação à pactuação da propriedade resolúvel (ao credor fiduciário) por parte capaz; já existem no Direito brasileiro outros meios de execução análogos, fora do Poder Judiciário; e frise-se, a execução extrajudicial segue tendência internacional de desjudicialização, em especial em se tratando de feito executivo.

No mesmo sentido da constitucionalidade, decidiu o pleno do Supremo Tribunal Federal no tema 982 de Repercussão Geral (Brasil, 2023):

O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 982 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e negou-lhe provimento, mantendo a decisão do Tribunal a quo, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia. Por unanimidade, fixou a seguinte tese: "É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição

Federal". Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 26.10.2023.

5 DO PACTO COMISSÓRIO

O pacto comissório é uma cláusula inserida em um contrato que permite à parte credora adquirir automaticamente a propriedade ou a posse do bem objeto do contrato se o devedor não cumprir suas obrigações contratuais, como o pagamento de uma dívida. Ou seja, é uma cláusula que estabelece que a inadimplência da parte devedora autoriza a transferência do bem ao credor fora dos procedimentos legais.

No entanto, o pacto comissório é vedado no direito brasileiro. Isso significa que, de acordo com a legislação vigente, as partes não podem estabelecer em um contrato que a propriedade de um bem seja transferida automaticamente para a parte credora em caso de inadimplência da parte devedora, sem que seja necessário recorrer aos procedimentos legais estabelecidos pelo sistema jurídico.

Nesse sentido, dispõe o Código Civil de 2002:

Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.
Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta.

Este dispositivo estabelece a completa inviabilidade da cláusula que permite ao proprietário fiduciário adquirir o bem dado como garantia, caso a dívida não seja quitada na data de vencimento, conhecida como cláusula comissória real. Porém, é possível ao devedor, após o vencimento da dívida, oferecer seu direito eventual à coisa como forma de pagamento, conhecido como dação em pagamento, como estipulado no parágrafo único do referido artigo.

E ainda, segundo Braga Netto, Farias e Rosenvald (2022, p. 1.057):

Em qualquer caso será sancionada como nula a cláusula comissória. De acordo com o art. 1365 do Código Civil, trata-se de cláusula que autorizaria o credor fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia se a dívida não for paga no vencimento. Mesmo que o legislador não houvesse explicitado a vedação no capítulo dedicado à propriedade fiduciária, aplicar-se-ia a norma análoga do art. 1.428 do Código Civil, genericamente extensiva a qualquer direito real de garantia. Excepcionalmente, o parágrafo único do art. 1.365 do Código Civil tempera o rigor do caput. O dispositivo permite que o devedor conceda o seu direito eventual à coisa em pagamento do débito após o seu vencimento. O legislador aqui corretamente retoma a linha do parágrafo único do art. 1.428 do Código Civil, pois a dação em pagamento

como modo indireto da extinção da obrigação será um pacto realizado no momento posterior à inexecução do débito.

Essa vedação está fundamentada em princípios como o da proteção do devedor e o da inafastabilidade do controle jurisdicional, que garantem que os direitos das partes sejam respeitados e que eventuais disputas contratuais sejam resolvidas através do devido processo legal, com a intervenção do Poder Judiciário quando necessário.

Considerando a possibilidade de inclusão do pacto comissório no direito brasileiro, é inegável que, em circunstâncias usuais, o credor, quase que invariavelmente, escolheria exercer essa prerrogativa. Isso se deve ao fato de que, na maioria das vezes, o valor do bem objeto da garantia supera em muito o montante da obrigação que está sendo assegurada.

É exatamente essa discrepância entre essas situações que fundamenta a vedação ao pacto comissório. Se esse tipo de cláusula fosse válido, o devedor estaria sujeito ao arbítrio do credor, que continuamente atuaria em prol de seus interesses pessoais, obtendo lucro às expensas do devedor.

Permitir que a propriedade de um bem fosse transferida automaticamente ao credor em caso de inadimplência poderia resultar em situações injustas e desequilibradas, prejudicando o devedor sem a devida análise das circunstâncias. Isso porque, muitas vezes, o devedor acaba ocupando uma posição mais vulnerável na relação contratual, podendo, a depender da situação, entregar o bem ao credor de forma a abrir mão de seus direitos, o que geraria um grande desequilíbrio contratual. Desse modo, o credor poderia, inclusive, ficar com o bem, o qual teria um valor acima da dívida, o que configuraria um enriquecimento ilícito.

Existem abordagens teóricas que sustentam que a proibição não se restringe apenas à salvaguarda do devedor, mas também à defesa dos interesses de seus credores, que poderiam ser prejudicados.

Em relação à lesão a outros credores, é importante destacar o artigo 789 do Código de Processo Civil, que simplificarmente aduz que o devedor responde com o seu patrimônio para cumprir suas obrigações. Nesse contexto, o credor fiduciário ficaria com o bem sem ter que repassar ao devedor a diferença entre o valor do imóvel e o valor da dívida, o que prejudicaria os demais credores do devedor fiduciante, bem como ele próprio, que também ficaria em uma situação de desvantagem.

Com isso, convém ressaltar o princípio da *par conditio creditorum*, isto é, a premissa de que todos os credores devem ter tratamento igual, sem privilégio de um em detrimento do

outro. Nesse sentido, de acordo com Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Aline de Miranda Valverde Terra (2017, p. 185):

É evidente que a própria prioridade atribuída aos credores que são titulares de garantia real já representa uma exceção ao princípio da igualdade no concurso de credores, devendo, por isso mesmo, ser limitada. A vedação ao pacto comissório evita, justamente, que o credor garantido pelo direito real não se beneficie duplamente - para além do permitido -, em prejuízo dos demais credores. Admitindo-se o pacto comissório, o que aconteceria, na prática, é que o credor agraciado pela garantia real teria não só prioridade para satisfazer o seu crédito em relação ao bem objeto da garantia - o que constitui efeito inerente ao fato de ele ser titular de uma garantia real -, mas também poderia apropriar-se do referido bem mesmo na hipótese de este valer mais do que a própria dívida, em detrimento dos demais credores.

Conclui-se, deste entendimento, que o credor com garantia real já tem prioridade para utilizar o bem gravado na satisfação de seu crédito, não parecendo adequado que ainda utilize desse mesmo bem para receber mais do que lhe é devido.

No Código Civil de 2002, temos um capítulo específico dedicado ao enriquecimento sem causa, o qual é expressamente vedado no nosso sistema jurídico. Além disso, segundo previsão do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, inciso IV, temos a proteção contra cláusulas que sejam abusivas e excessivamente onerosas ao consumidor, por causarem um desequilíbrio jurídico, *in verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade

Assim, no direito brasileiro, o pacto comissório é considerado nulo e contrário à ordem pública, e quaisquer disposições contratuais que estabeleçam a transferência automática de propriedade em caso de inadimplência não têm validade. Em vez disso, as partes devem recorrer ao sistema judicial para resolver disputas contratuais e garantir que os direitos de ambas sejam adequadamente protegidos e respeitados.

Nessa mesma linha de raciocínio, afirma Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 454):

A proibição da estipulação de cláusula comissória nos direitos de garantia é tradicional. Sendo o devedor inadimplente, não pode o credor ficar com a coisa dada em garantia, mesmo que seu crédito seja maior. Incumbe-lhe promover as medidas legais para vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, e aplicar o preço no pagamento de seu crédito, do o saldo, se houver, ao devedor (CC, art. 1.364).

Porém, não há um dispositivo na Lei nº 9.514/1997 que traga uma vedação expressa ao pacto comissório, o que poderia causar controvérsias judiciais, com a propositura de diversas ações pelos devedores discutindo a cláusula. Logo, essa omissão legislativa poderia causar um desequilíbrio jurídico vantajoso aos credores fiduciários, que se beneficiariam por não ter que passar pelo trâmite judicial ou extrajudicial, ficando imediatamente com o bem em caso de inadimplência do devedor.

6 EXCEÇÃO À VEDAÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO?

Embora seja vedado o pacto comissório no nosso sistema jurídico, existe controvérsia no sentido de que a alienação fiduciária de bens imóveis, regulamentada pela Lei 9.514/1997, poderia prever uma exceção específica ao pacto comissório. Extrai-se do artigo 27, §5º da referida Lei:

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

Apesar de não estar expresso, o que se entende doutrinariamente a partir do dispositivo acima é que, após a realização dos leilões e, não havendo arrematação, a conclusão lógica é a permanência do imóvel com o credor fiduciário, ficando exoneradas as partes das respectivas obrigações, com a quitação da dívida.

Portanto, se nenhum lance igual ou superior aos parâmetros estabelecidos no artigo 27 da Lei for apresentado, o imóvel permanecerá sob a titularidade do credor fiduciário. Nesse sentido, Melhim Chalhub (2021, p. 338) aduz que:

Tanto quanto na Lei 9.514/1997, caso não se obtenha, no leilão, valor superior ao da dívida e acessórios, não se dá alternativa ao credor senão receber o bem objeto do negócio, ao invés da prestação pecuniária.

Vale ressaltar que essa conclusão não implica em violação ao princípio da proibição do pacto comissório, tendo em vista que o imóvel não foi simplesmente tomado do devedor; ele passou da propriedade resolúvel do credor fiduciário para a titularidade plena de domínio, com a prévia tentativa de alienação por meio de leilões públicos (Chulam, 2019).

Para Chalhub (2021, p. 167), a Lei 9.514/1997 não afronta a vedação ao pacto comissório, pelo seguinte motivo:

(...) a alienação fiduciária é negócio jurídico de transmissão condicional, pelo qual o devedor se demite da propriedade e a transmite ao credor, em caráter resolúvel. A condição resolutiva a que se subordina a propriedade transmitida ao credor em garantia é definida por lei e opera seus efeitos independentemente da vontade das partes; assim, a propriedade, transmitida ao patrimônio do credor quando da contratação da garantia, a ele haverá de se incorporar como propriedade plena se e quando ocorrer certo evento definido por lei (inadimplemento da obrigação garantida), e não em cumprimento de uma cláusula comissória, estipulada por convenção das partes.

Porém, a questão mais problemática que envolve esta temática seria essa permanência do bem com credor em situações em que o devedor já efetuou o pagamento de parte da obrigação, e assim, este perderia o valor que havia sido pago, nos casos em que não há licitantes no segundo leilão.

Logo, a controvérsia não é exatamente sobre a “adjudicação” do bem em favor do credor, pois, como foi visto, o bem já era de sua propriedade. O problema seria, na verdade, a não devolução ao devedor fiduciante do excedente entre o valor do bem e o valor da dívida.

Desse modo, não há que se falar em violação à vedação ao pacto comissório. Conforme aduz Chalhub (2021, p. 168):

A Lei 9.514/1997 regulamenta a alienação fiduciária de bem imóvel e, apesar de nada dispor sobre a cláusula comissória, estabelece mecanismos de controle compatíveis com a vedação do pacto comissório, entre eles a avaliação do imóvel por terceiro, em data contemporânea ao leilão, e a satisfação do crédito com o produto da venda.

7 DO PACTO MARCIANO

O pacto marciano é igualmente uma disposição contratual que, diante do inadimplemento do devedor, viabiliza ao credor se apropriar do bem garantido, mas com as condições de que este seja avaliado por um terceiro pelo seu valor de mercado no momento

em que a dívida vence e de que o credor retenha o valor que lhe é devido ou fique com o imóvel, reembolsando o devedor pelo montante excedente.

O pacto marciano não é previsto legalmente no direito brasileiro, que não o acolhe nem o rejeita. Diferente do pacto comissório, o pacto marciano, por devolver o valor excedente entre o valor do imóvel e o valor da dívida ao devedor, não causaria prejuízos a este ou aos seus demais credores. Nesse sentido, segundo Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Aline de Miranda Valverde Terra (2017, p. 205), temos que:

A distinção entre o pacto marciano e o comissório reside no fato de o credor, no primeiro, poder ficar com o bem, sem prejudicar o devedor, nem os demais credores, porque o submete à avaliação de um terceiro independente e imparcial. Assim, é possível superar a objeção de fundo ético que vem à tona na incidência do pacto comissório, quer dizer, a possibilidade de o credor, a seu bel-prazer, quebrar a comutatividade existente entre as prestações originárias, em desfavor não só do devedor, mas também dos demais credores.

Portanto, ao realizarmos uma concisa análise em relação ao pacto comissório, podemos apreender que o pacto marciano aprimora os aspectos criticáveis daquele, transformando-o em uma disposição mais adequada e evitando que o credor fique com um bem em um valor acima do da dívida (Aline Terra; Gisela Guedes, 2017).

A atual legislação é falha ao dispor sobre a apropriação do bem pelo credor pelo valor da dívida, sem que haja a devolução do excedente ao devedor. O estabelecimento do Pacto Marciano como uma opção na legislação seria uma solução para a questão, além de ele representar uma melhor alternativa aos leilões públicos, tendo em vista que a avaliação seria feita com base nos valores de mercado do imóvel, e não em preço vil em prejuízo do devedor.

Apesar de sua validade reconhecida e ser aceito em contratos de alienação fiduciária, o pacto marciano é uma prática adotada com parcimônia pelas instituições financeiras. Isso ocorre porque geralmente as instituições financeiras, por terem maior vantagem na relação jurídica, ao elaborarem os contratos de adesão, estabelecem cláusulas mais favoráveis aos seus próprios interesses. Portanto, em vez de recorrerem ao pacto marciano, os bancos acabam criando contratos que já incluam termos que lhes proporcionem segurança e flexibilidade em caso de inadimplência, evitando assim a aplicação de uma cláusula como o pacto marciano.

Sobre a utilização do pacto marciano, Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Aline de Miranda Valverde Terra (2017, p. 211) sustentam:

No direito das garantias, a vedação ao pacto comissório é, portanto, o ponto de partida sobre o qual deve ser construída a disciplina do pacto marciano, que não só deve ser considerado válido e eficaz, como deve mesmo ter o seu uso estimulado. Afinal, se de um lado constituiu uma maneira eficiente e justa de resguardar os interesses do credor sem prejudicar o devedor, tampouco os credores quirografários, do outro, facilita a obtenção do crédito, trazendo, assim, benefícios inegáveis também para o devedor, sem colidir com a essência da garantia, nem com a sua função. É um mecanismo de inegável utilidade social, que se adapta às necessidades do mercado e, sobretudo, à realidade brasileira.

Ante o exposto, o pacto marciano pode trazer muitas vantagens, como a prescindibilidade do leilão público, bem como dos seus custos a serem suportados pelo devedor; a avaliação do bem pelo valor de mercado; a celeridade com que o credor receberá o seu crédito, sem ter que passar por procedimentos mais complexos; a proteção do devedor, que irá receber a quantia referente à diferença entre o valor do imóvel e o valor da dívida; o equilíbrio da execução, sendo vantajoso para o credor e para o devedor.

Desse modo, pode-se dizer que uma atualização da Lei 9.514/1997, prevendo expressamente a possibilidade de aplicação do pacto marciano, seria muito benéfica para a o trâmite da execução pelos motivos expostos acima, trazendo mais celeridade e mais adequação às situações fáticas, econômicas e sociais da atualidade.

Indo além, bastaria uma alteração no Código Civil de 2002, para inserir a previsão da possibilidade de aplicação dessa cláusula, já que as normas do Código Civil são aplicáveis às alienações regidas por outras leis subsidiariamente, conforme é possível extrair da combinação dos seus artigos 1.367 e 1.368-A .

8 DO RESSARCIMENTO DE BENFEITORIAS

A Lei 9.514/1997 traz consigo um problema notável que é a falta de previsão explícita sobre o ressarcimento de benfeitorias realizadas pelos devedores no imóvel objeto de alienação fiduciária.

As benfeitorias são melhorias ou obras realizadas em um imóvel, que geralmente aumentam o seu valor ou a sua utilidade. Muitas vezes, os devedores, em contratos de alienação fiduciária, investem em benfeitorias para melhorar a qualidade do imóvel ou adequá-lo às suas necessidades. No entanto, quando ocorre a inadimplência e a execução da garantia, a lei não fornece uma orientação clara sobre como essas benfeitorias devem ser tratadas.

Na ocasião do primeiro leilão, o valor do bem é o previamente fixado pelas partes quando celebraram o contrato, antes da realização de qualquer benfeitoria pelo devedor. Nesse sentido, pela questão temporal, seria inviável que, no primeiro leilão, o bem fosse arrematado por um valor que abarcasse os incrementos realizados no imóvel.

Passando-se para a situação de haver segundo leilão, sabe-se que o bem pode ser arrematado pelo valor da dívida, o que torna a situação ainda pior, já que pode o imóvel ser vendido por um valor ainda abaixo do estipulado contratualmente – e ainda mais improvável por um valor que contenha o despendido em benfeitorias pelo devedor.

Sendo efetuada a alienação via leilão, a Lei dispõe que será devolvida ao devedor a quantia que sobejar o valor da dívida, sendo que, já estão compreendidos, neste valor, possíveis ressarcimentos de benfeitorias, conforme artigo 27, §4º da Lei 9.514/1997. Desse modo, o devedor fiduciante não receberá nenhuma quantia a mais a fins de ressarcimento por eventuais benfeitorias, pois elas já estariam inclusas no valor excedente ao da dívida.

Ademais, na hipótese de frustração do segundo leilão, o credor “adjudica” o bem sem devolver qualquer valor ao devedor.

Para não dizer que o ressarcimento de benfeitorias não ocorreria nunca, existe uma hipótese em que ele é possível, a saber, quando, no primeiro leilão, a disputa de lances pode levar ao alcance do valor de mercado do imóvel. Mas, fora dessa hipótese, normalmente o devedor não recebe nenhum tipo de ressarcimento condizente com os investimentos realizados no bem (Aline Terra; Gisela Guedes, 2017).

Para resolver essa questão, poderíamos trazer novamente uma possível previsão de pacto marciano na legislação, em que o bem seria consolidado diretamente ao patrimônio do credor, havendo uma avaliação do imóvel por terceiro, e devolvendo-se o valor excedente ao valor da dívida ao devedor. Logo, por haver esta avaliação conforme o preço de mercado, podemos concluir que o devedor receberia uma quantia mais ajustada àquilo que possivelmente havia investido no imóvel.

De acordo com Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes (2017, p. 230):

É manifesta, portanto, a inadequação da disciplina legal, que raramente permitirá ao devedor obter um ressarcimento compatível com os investimentos feitos no imóvel. Também aqui, a apropriação direta e definitiva pelo credor promovida pelo pacto Marciano se afigura a solução mais equitativa e adequada: ao fixar o valor pelo qual o bem deve ser incorporado definitivamente ao patrimônio do credor, o árbitro levará em consideração o estado do imóvel - incluindo as benfeitorias nele realizadas -,

e o avaliará pelo preço justo e condizente com as contemporâneas condições do mercado, impondo-se ao credor entregar ao devedor a quantia que sobejar a satisfação de seu crédito.

9 DO PERDÃO LEGAL

Veremos a seguir que a Lei 9.514/1997 não priorizou, em certo ponto, o objetivo primordial das garantias no contexto de proporcionar uma maior certeza e segurança quanto à total recuperação do valor do financiamento pelo credor.

Conforme parágrafos 5º e 6º do art. 27 da referida Lei, ainda no âmbito da realização do segundo leilão, se o lance mínimo não for alcançado, o credor receberá a propriedade do bem e concederá quitação ao devedor dentro do prazo estabelecido, sem necessidade de devolver qualquer quantia. Vejamos:

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.
§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.
§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

Isso implica dizer que, se o valor do bem for inferior ao montante da dívida - o que pode ocorrer devido à depreciação do imóvel ou declínio do mercado -, o devedor não precisaria pagar o saldo restante, resultando na quitação obrigatória do débito.

Em essência, isso representa uma anistia da dívida, resultante da permanência do bem com o credor após a frustração do segundo leilão, nos trazendo uma importante análise sobre um compartilhamento dos riscos contratuais entre as partes envolvidas, conforme o entendimento Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes (2017, p. 231):

Em situações em que o imóvel vale menos que a dívida, o devedor se beneficia ao garantir a quitação, mas o credor sofre prejuízo, pois não pode buscar a satisfação do saldo devedor remanescente. Por outro lado, se a dívida for menor do que o valor do imóvel, o credor se beneficia, pois não é obrigado a reembolsar o valor excedente ao devedor. No entanto, o devedor perde, ficando sem o bem e as parcelas já pagas.

Por isso, não se tornou incomum estabelecer outras garantias em conjunto com a alienação fiduciária, justamente para dar maior segurança ao credor de que o total da dívida estará respaldado mesmo que o imóvel alienado fiduciariamente sofra uma depreciação.

Assim, é possível constituir outras garantias reais ou pessoais para lastrear a integralidade do débito, e em caso de inadimplemento, será possível executar tais garantias judicialmente se houver algum remanescente a ser pago pelo devedor, após a execução da garantia fiduciária.

Porém, de forma prática, isso não parece ser a melhor das alternativas, tendo em vista que, executar judicialmente outras garantias torna todo o procedimento mais demorado e retira toda a importância da alienação fiduciária em termos de celeridade na recuperação do crédito pelo credor.

Desse modo, temos uma situação problemática, em que a concessão do perdão da dívida, que deveria ser uma exceção, é elevada ao status de prática comum pela Lei 9.514/1997. Enquanto a obrigação de quitar integralmente a dívida, que é a regra padrão de acordo com os artigos 586 e 1.366 do Código Civil de 2002, é transformada em uma disposição rara:

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Art. 1.366. Quando, vendida a coisa, o produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará o devedor obrigado pelo restante.

Para entendermos melhor o cerne da questão, temos que recorrer à causa da existência desse perdão legal. Utilizando a hermenêutica adequada com base na finalidade do dispositivo legal (§5º do art. 27 da Lei 9.514/1997) originariamente, compreende-se que o objetivo era o de não deixar que o devedor inadimplente, que financiou casa própria, ficasse desamparado, tendo em vista que ele acabara de perder a sua moradia. Nesse sentido, o intuito do legislador era o de assegurar o direito à moradia, garantido pela Constituição Federal, *in verbis*:

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

Nesse aspecto, é necessário interpretarmos o perdão legal previsto no §5º do art. 27 da Lei 9.514/1997 de uma forma mais restritiva para abarcar apenas os casos de financiamento

habitacional, já que o intuito do dispositivo é, justamente, o de proteger aqueles que estavam financiando sua casa própria.

Consequentemente, não deveriam ser abarcados pelo perdão da dívida os casos de empréstimos destinados a atividades empresariais, em que a empresa devedora ficaria exonerada de pagar o saldo devedor, caso não se alcançasse, no leilão, valor suficiente para resgatar inteiramente sua dívida (Chalhub, 2021) já que tal situação não faz parte do intuito legislativo originário.

Chalhub (2021, p. 265) considera, ainda, que deveria a quitação obrigatória ser aplicada apenas aos casos de financiamento habitacional daqueles de baixo poder aquisitivo, conforme se extrai do seguinte trecho:

Compreende-se o propósito do legislador original, da Lei 9.514/1997, de compensar a vulnerabilidade econômica do contratante mais fraco, mas tal mecanismo de compensação somente se justifica em casos merecedores de proteção especial, nos quais podem estar incluídos os financiamentos com finalidade de aquisição de casa própria, limitados a operações relativas a imóveis cujo preço não exceda a um valor que corresponda ao padrão de moradia da população de menor poder aquisitivo. Para correção dessa distorção propusemos que o perdão da dívida se restrinja aos financiamentos de imóvel habitacional cujo valor não exceda a setecentos salários mínimos, excluindo-se desse benefício as operações de financiamento não habitacional e as de autofinanciamento realizadas por grupos de consórcio.

Logo, para a incidência da quitação obrigatória, devemos reunir, simultaneamente, a hipótese de frustração do segundo leilão com o caso de financiamento habitacional. Em caso de aplicação do Pacto Marciano, o perdão legal deve ser afastado, tendo em vista que o bem será transmitido diretamente para o credor pelo preço fixado por terceiro, admitindo-se, portanto, a cobrança de eventual remanescente da dívida. Desse modo, podemos ver, mais uma vez, um ponto positivo da aplicação do Pacto Marciano nos contratos de alienação fiduciária.

Ante o exposto, devemos delinear os contornos da aplicação da quitação obrigatória prevista por meio do §5º do artigo 27 da Lei de Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, pois, se aplicada a todos os casos, pode infringir o princípio da autonomia privada e impedir que o credor satisfaça seu crédito por meio da garantia estabelecida.

Portanto, tal perdão é cabível apenas com o intuito de equilibrar a relação contratual entre as partes e ainda, com fundamento no direito à moradia garantido pela Constituição Federal, sendo aplicável apenas nos casos de financiamentos habitacionais.

Como sugestão, seria interessante uma alteração legislativa a fim de tornar a aplicação dos parágrafos 5º e 6º do artigo 27 da Lei 9.514/1997 limitada a empréstimos para habitação, o que seria condizente com a regra geral prevista nos artigos 586 e 1.366 do Código Civil.

10 CONCLUSÃO

Este estudo visa contribuir para o aprimoramento do sistema jurídico ao propor possíveis soluções e reformas legais que possam mitigar as controvérsias identificadas acerca da Lei 9.514/1997, garantindo uma maior segurança e previsibilidade nas operações de alienação fiduciária e promovendo um ambiente jurídico mais estável e propício ao desenvolvimento econômico e social do Brasil.

A fim de suprir a necessidade de garantias reais mais eficazes para a satisfação do crédito em situações de inadimplência, a alienação fiduciária de bens imóveis emergiu, contribuindo para um mercado de crédito robusto e fornecendo segurança adicional ao credor fiduciário. Em contraste com a hipoteca, a alienação fiduciária traz consigo consequências distintas. A propriedade é transferida ao credor fiduciário até que a obrigação seja cumprida, salvaguardando o bem contra novos ônus e reivindicações de outros credores.

Um ponto relevante da alienação fiduciária de bens imóveis é o procedimento de execução extrajudicial, caracterizado por sua celeridade e conformidade com os preceitos constitucionais, pela necessidade das notificações e pela oportunidade de purgar a mora, bem como pelo exercício do direito de preferência, sendo que o devedor tem o direito de entrar com ação judicial sempre que se sentir prejudicado.

No que diz respeito ao pacto comissório, ele é, em regra, proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 27, § 5º, da Lei 9.514/1997, nesse sentido, não constitui pacto comissório, uma vez que não prevê a transferência imediata do imóvel ao credor fiduciário em caso de inadimplência; pelo contrário, ele estabelece um procedimento de execução extrajudicial.

O pacto marciano é amplamente aceito na doutrina e, também, jurisprudencialmente, pois oferece várias vantagens, como evitar o procedimento de leilão custeado pelo devedor, avaliação do imóvel pelo seu valor de mercado, satisfação imediata do crédito pelo credor, recebimento do valor excedente pelo devedor e uma execução mais rápida e equilibrada.

Isso demonstra a necessidade de considerar o pacto marciano como alternativa para melhorar os procedimentos de alienação fiduciária e proporcionar soluções justas e eficientes.

Desse modo, pode-se dizer que uma atualização da Lei 9.514/1997, ou do Código Civil, como explicado anteriormente, prevendo expressamente a possibilidade de aplicação do pacto marciano, seria muito benéfica para a o trâmite da execução

No tocante à ausência de disposições relativas ao ressarcimento de benfeitorias em contratos de alienação fiduciária de imóveis, depreendemos que a Lei 9.514/1997 deixa uma lacuna significativa. Existe um caso em que o ressarcimento de benfeitorias pode ocorrer: se no primeiro leilão os lances alcançarem o valor de mercado do imóvel. No entanto, fora desse cenário, os devedores raramente recebem um ressarcimento condizente com seus investimentos nas benfeitorias.

Uma solução viável para essa questão também envolve a introdução do pacto marciano na legislação, onde um terceiro avaliaria o imóvel, e o valor excedente ao montante da dívida seria devolvido ao devedor, considerando o mercado. Isso garantiria um ressarcimento mais justo para as benfeitorias.

Quanto ao perdão compulsório da dívida quando o valor do imóvel é inferior à dívida, devemos realizar uma interpretação mais restrita, respeitando o objetivo inicial da Lei 9.514/1997 de proteger devedores que financiam habitações.

Portanto, a quitação automática da dívida deve ser aplicada somente em casos de financiamento habitacional. É importante ressaltar que tal perdão deve ser limitado a contratos habitacionais e a dívidas que não excedam um valor correspondente ao padrão de moradia das populações de menor poder aquisitivo.

Sugere-se, portanto, mais uma modificação legislativa para restringir a aplicação dos parágrafos 5º e 6º do artigo 27 da Lei 9.514/1997 a empréstimos habitacionais, alinhando-se com a regra geral dos artigos 586 e 1.366 do Código Civil. Isso ajudaria a equilibrar a relação contratual, protegendo o direito à moradia, sem comprometer a efetividade da garantia estabelecida.

Conclui-se, então, que é necessária uma revisão legislativa que estabeleça mecanismos mais adequados para a realização dos leilões, garantindo maior proteção aos devedores e evitando prejuízos financeiros injustificados. Nesse sentido, uma previsão legislativa expressa de cláusulas de proteção, como o chamado "pacto marciano", para contratos de alienação fiduciária, poderia estabelecer salvaguardas adicionais para as partes envolvidas, estipulando condições mais justas no caso de inadimplência.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil – Volume Único. 7. ed. rev, ampl. e atual. – São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: (22 de outubro de 2023).

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 nov. 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm. Acesso em: 22 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm#art2044. Acesso em: 22 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 9 fev. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 22 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no RE 860631/SP, Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 26 de outubro de 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4694303&numeroProcesso=860631&classeProcesso=RE&numeroTema=982>>. Acesso em: 28 out. 2023.

CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária: Negócio Fiduciário. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CHULAM, Eduardo. Alienação fiduciária de bens imóveis. São Paulo: Almedina, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – volume 5: Direito das Coisas. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 680 p.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau; TERRA, Aline de Miranda Valverde...[et al.]. Direito das garantias (digital). – São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSTINO, Arnaldo. Execução extrajudicial no sistema financeiro imobiliário: a inconstitucionalidade do artigo 26 da Lei 9.514/97. *Revista jurídica da Universidade de Cuiabá Edunic*, v. 6, n. 2./dez. 2004

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito constitucional. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 61. ed.– Rio de Janeiro: Forense, 2020.