

PONTOS CONTROVERSOS DA LEI Nº 9.514/97 – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS

Gabriela Teixeira de Souza¹

Cláudio Ferreira Pazini²

RESUMO

O presente artigo traz uma breve introdução sobre a alienação fiduciária de bens imóveis no direito brasileiro, o seu procedimento de execução extrajudicial, questionamentos quanto à sua constitucionalidade, conceito e vedação do pacto comissório, benefícios e possível aplicabilidade do pacto marciano, bem como a (in)aplicabilidade do artigo 53 do CDC ao referido instituto.

Palavras-chave: Alienação fiduciária de bens imóveis. Pacto comissório. Pacto marciano. Artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

This paper provides a brief introduction on real estate mortgage in Brazilian law, its extrajudicial proceedings, the issues regarding its constitutionality, the concept and prohibition of lex commissoria, the benefits and possible applications of the "martian pact", as well as the (in)applicability of Article 53 of the Brazilian Consumer Protection Code in the aforementioned agreement.

Keywords: Chattel mortgage of real estate. Lex commissoria. Martian pact. Article 53 of the Brazilian Consumer Protection Code.

1 INTRODUÇÃO

A alienação fiduciária de bens imóveis foi introduzida em nosso ordenamento jurídico por meio da Lei nº 9.514/1997 e trouxe consideráveis mudanças para o sistema de garantias reais nas relações contratuais do Direito brasileiro.

Ao longo de pouco mais de duas décadas de vigência da Lei nº 9.514/1997, a alienação fiduciária de bens imóveis tornou-se importante instrumento de expansão do crédito imobiliário devido à sua efetividade em relação às garantias reais até então utilizadas e vem se consolidando como um novo paradigma nas formas de garantias do Direito positivo brasileiro.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Uberlândia (MG), Brasil. E-mail: gabrielatsd10@gmail.com.

² Orientador. Doutor em Direito das Relações Sociais - subárea de Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Civil no curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Uberlândia (MG), Brasil.

E com o aumento dos financiamentos habitacionais oferecidos com essa garantia, faz-se necessário esclarecer algumas questões polêmicas da Lei nº 9.514/1997 e lacunas legislativas, principalmente, no que diz respeito a execução extrajudicial da garantia.

Os pontos omissos da lei de regência afetam a segurança jurídica, que tem a função propiciar ao cidadão um sentimento de confiança e estabilidade como garantia em um Estado Democrático de Direito, bem como assegurar estabilidade nas relações e direitos fundamentais entre particulares e entre particulares e o Estado.

Assim, o método de estudo adotado se fundamenta em pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais. O objetivo é analisar os argumentos da doutrina e da jurisprudência, com a finalidade de obter possíveis soluções para a melhoria da regulamentação desta garantia real.

2 Breve histórico da propriedade fiduciária, do conceito e da efetividade alienação fiduciária em garantia no Brasil

A alienação fiduciária “é espécie de negócio em que se utiliza a transmissão da propriedade para fins de garantia”³. Este instituto possui duas espécies de fidúcias. A primeira, a *fidúcia cum creditore* se constituía como uma garantia assecuratória, onde o bem dado em garantia era transferido para o credor até que a obrigação fosse cumprida, ficando o devedor impedido de usar o bem.

Essa modalidade de fidúcia trazia inúmeros prejuízos ao devedor, pois muitas vezes o valor do bem dado em garantia era superior ao valor da dívida, e se fosse, por exemplo, um bem que tivesse frutos, a fruição era exclusivamente do credor. Além disso, o devedor corria sérios riscos de não reaver o bem, mesmo cumprindo com a obrigação, em casos como esses o devedor só tinha direito a uma indenização por perdas e danos.⁴ E a confiança no credor era a única segurança de que aquela obrigação seria adimplida por ambas as partes, o que caracterizou o nome de fidúcia, que vem de confiança.⁵

³ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: Negócio Fiduciário*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 238.

⁴ Ibidem, p. 14.

⁵ LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. *Breves considerações sobre a importância da alienação fiduciária em garantia e a necessidade de uma nova interpretação do pacto comissório*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/breves-consideracoes-sobre-a-importancia-da-alienacao-fiduciaria-em-garantia/>>. Acesso em: 25 de abril 2021.

A segunda espécie de fidúcia, *cum amico*, segundo Melhim⁶:

(...) não tinha finalidade de garantir um crédito, mas de preservar certos bens de uma pessoa, que eventualmente pudesse estar ameaçado por alguma circunstância; nessa modalidade, o proprietário de determinado bem alienava-o com a condição de o adquirente lhe restituir quando cessassem as circunstâncias que tiverem justificado o receio do proprietário (fiduciante), como, por exemplo, o risco de perder o bem em razão de algum fato político, risco de guerra, uma viagem, etc.

Essa modalidade de fidúcia não estava relacionada a uma garantia real, Mario Talamanca citado por Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima pontua que essa modalidade guardava uma relação com o comodato e com o depósito.⁷ Em suma, determinado bem era transferido para uma pessoa de confiança superior ao que era exigido no *cum creditore* (comparado a um amigo), o que justifica o nome *cum amico*, condicionado ao cumprimento de determinado fim.

No direito germânico também surgiu uma espécie de fidúcia, que por mais que tivesse semelhanças com o direito romano, como a transmissão da propriedade, o poder do credor fiduciário era limitado. Segundo Melhim Namem Chalhub, esse limite “*se dava pelo caráter resolutório da propriedade que tem eficácia erga omnes, de modo que eventual alienação por parte do fiduciário, era considerada ineficaz*”.⁸ Nesse sentido, o fiduciante reavia a propriedade assegurada pelo efeito da condição resolutiva.

A alienação fiduciária no direito brasileiro consiste em uma transferência de bem móvel ou imóvel que é feita do devedor fiduciante ao credor fiduciário. Em se tratando de imóvel, o devedor fica com a posse direta do bem, ou seja, a livre utilização, por sua conta e risco, enquanto adimplente, nos termos do artigo 24, inciso V, da Lei nº 9.514 de 1997. Por outro lado, o credor fica com a posse indireta e a propriedade resolúvel, que na condição de quitação da dívida o negócio se resolve, voltando o bem para o nome do devedor, conforme artigo 25 da Lei nº 9.514/1997.

⁶ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: Negócio Fiduciário*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 10.

⁷ LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. *Breves considerações sobre a importância da alienação fiduciária em garantia e a necessidade de uma nova interpretação do pacto comissório*. Civillistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civillistica.com/breves-consideracoes-sobre-a-importancia-da-alienacao-fiduciaria-em-garantia/>>. Acesso em: 25 de abril 2021.

⁸ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: Negócio Fiduciário*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 14.

Antes da edição da Lei nº 9.514/1997, o sistema de financiamento imobiliário enfrentava grandes problemas, pois as garantias que estavam em vigor já não suportavam as demandas e as diversidades de crédito. Por isso, fez-se necessária a criação de uma garantia que pudesse alavancar a economia na ativação de sistemas de crédito e financiamento que suprisse as necessidades de uma sociedade contemporânea.

A garantia mais usada nos negócios imobiliários era a hipoteca. Essa garantia ainda é utilizada, mas evidentemente de forma mais reduzida, uma vez que na hipoteca o imóvel é gravado de ônus, mas ainda continua no nome do devedor, o que implicaria em eventual concurso de credores.

Isso porque em caso de falência do devedor hipotecário, o bem será arrecadado pelo administrador judicial e o crédito do credor hipotecário será submetido ao concurso de credores, conforme previsto no artigo 83, inciso II, da Lei nº 11.101/2005, com redação dada pela Lei nº 14.112/2020, logo após os créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 salários-mínimos por credor, e aqueles decorrentes de acidentes de trabalho.

Outro efeito relevante que distingue a hipoteca da alienação fiduciária é que, com a permanência do patrimônio em nome do devedor, este pode constituir novos gravames, como, por exemplo, sucessivas hipotecas com diferentes graus de preferência e até mesmo vender o bem.

Essas situações não ocorrem com a alienação fiduciária, pois a propriedade é transferida para o nome do credor fiduciário. Nesse caso, há o desdobramento da posse em que o devedor fica com a posse direta e o credor com a posse indireta, ou seja, o imóvel fica no nome do credor até a satisfação da dívida, o que gera uma maior certeza de satisfação do crédito.

E como preceitua Melhim, “*o mais relevante efeito da segregação patrimonial do bem objeto da propriedade fiduciária é sua exclusão dos efeitos de eventual insolvência do devedor-fiduciante*”⁹.

Além disso, a hipoteca possui um procedimento de execução mais moroso, pois é feito de forma judicial. Já na alienação fiduciária, a execução é feita de forma extrajudicial, nos termos do artigo 24 da lei supracitada de um bem que não está no nome do devedor.

⁹ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: Negócio Fiduciário*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 240.

Apesar de muitos benefícios oriundos desse novo sistema de garantia, alguns vícios da redação original e a falta de regulamentação de determinados pontos podem comprometer sua função de garantia em relação a certas situações que serão abordadas adiante.

3 Procedimento extrajudicial de execução de um bem imóvel alienado fiduciariamente

Em casos de inadimplência por parte do devedor, a Lei nº 9.514 de 1997 prevê que após expirar o prazo de carência estabelecido no contrato entre as partes e previsto no artigo 26, § 2º, o devedor será intimado para purgar a mora no prazo de 15 dias por intermédio do Registro de Imóveis competente e, na falta de purgação de mora, considera-se frustrada de pleno direito a condição resolutiva, ensejando a que o fiduciário promova a consolidação de propriedade, nos termos do artigo 26, §§ 1º, 2º, 3º e 7º da referida lei.

Em até 30 dias contados da data da averbação da consolidação no Registro de Imóveis, o credor fiduciário tem o dever de promover o leilão extrajudicial que é disciplinado no artigo 27 da referida Lei. No primeiro leilão, o imóvel não poderá ser arrematado por valor inferior àquele convencionado pelas partes no contrato ou o exigível como base de cálculo para apuração do ITBI por força da consolidação da propriedade em nome do credor, como orienta o artigo 24, parágrafo único. Busca-se, assim, evitar discussões judiciais baseadas no argumento de que o valor da arrematação do imóvel poderia ser considerado vil.

Se, no primeiro leilão público, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado entre as partes, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes. Nesse caso, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, conforme prevê os §§ 1º e 2º do artigo 27. E na hipótese de não haver licitantes no segundo leilão, deve-se aplicar a regra prevista no artigo 27, § 5º, exonerando as partes de suas obrigações, ficando o imóvel com o credor.

4 Questionamentos quanto a constitucionalidade do procedimento extrajudicial

O procedimento extrajudicial da garantia fiduciária previsto pela Lei recebe várias críticas da doutrina, sob alegação de violação de princípios constitucionais,

como o devido processo legal, a inafastabilidade da jurisdição, a ampla defesa e o contraditório, previstos no artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º (...)

XXXV, CF - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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

A crítica recai na permissão de o credor fiduciário executar o patrimônio do devedor sem a participação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, sem o juízo natural, o que se traduziria numa forma de autotutela. E quanto à possibilidade de o imóvel ser levado ao segundo leilão e não haver licitantes, o que faria o devedor perder a coisa e o valor que já fora pago, mas essa questão vamos destrinchar mais adiante.

Em relação aos argumentos que se referem à violação aos princípios ancorados pela Constituição e a defesa da execução feita de forma judicial, Melhim entende que¹⁰:

No caso específico da venda extrajudicial do bem objeto da garantia, as normas não são, em si mesmas, incompatíveis com os princípios constitucionais do art. 5º, XXXV, LIV e LV, podendo ser exercido o direito de ação pelo devedor sempre que ocorrer lesão ou ameaça de direito, inclusive se verificada por inobservância dos requisitos legais consubstanciados nos princípios de aplicação geral e nas normas específicas, que delineiam o regime legal peculiar de cada modalidade de venda privada, sejam as normas do Código Civil, relativas ao penhor, ou aquelas contidas na legislação especial.

Em outras palavras, o devedor não deixa de ter o seu direito de ação, ou seja, se sentir prejudicado, pode ajuizar uma ação perante o Poder Judiciário, que fará o controle de legalidade para verificar se os requisitos legais foram observados.

Para Arnaldo Justino citado por Eduardo Chulam, a ofensa está na violação do princípio do devido processo legal por haver perda da propriedade sem nenhuma

¹⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: Negócio Fiduciário*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 374.

“instrução”; e que viola o contraditório, uma vez que o devedor não é intimado para embargar, mas sim para pagar.¹¹

Nesse ponto, cabe mencionar que o devido processo legal não se confunde com devido processo judicial. O devido processo legal é um direito fundamental amplamente discutido pela doutrina e jurisprudência, cuja finalidade se dirige à realização de um processo efetivo e justo.

Marcelo Novelino ensina que “o princípio garante a qualquer pessoa o direito de exigir que o julgamento ocorra em conformidade com as regras procedimentais previamente estabelecidas”.¹² Em outras palavras, diz que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem que seja observado o processo assegurado por lei.

O devido processo legal deve ser obedecido tanto no processo judicial como também no processo administrativo (extrajudicial). Nos dizeres de Marcelo Novelino: “O princípio do devido processo legal é o núcleo material comum de todas as garantias relacionadas à efetividade e à justiça, não apenas dos processos judiciais, mas também dos administrativos”¹³.

Essa conclusão também pode ser extraída do inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal que assegura o contraditório e a ampla defesa em processo judicial ou administrativo. E as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa decorrem do princípio do devido processo legal.

Em resumo, pode haver devido processo legal em processo administrativo (e não apenas em processo judicial).

Nessa toada, parece equivocado dizer que o processo extrajudicial não é legal e que não haveria instrução. Isso porque, nos casos de inadimplência, há prévia notificação que se dá com a intimação com intuito de cientificar o devedor para purgar a mora.

Essa intimação é feita por terceiro, no caso, pelo Cartório de Registro de Imóveis competente que tem fé-pública e se valerá de todos os meios necessários para que o devedor seja intimado pessoalmente ou na pessoa de seu procurador para purgar a mora no prazo de 15 dias (artigo 26, § 1º, Lei nº 9.514/97). Vale mencionar

¹¹ CHULAM, Eduardo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 46-47 e 50.

¹² NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito constitucional*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 459-460.

¹³ Ibidem, p. 460.

que essa intimação pode ser feita por correio com aviso de recebimento (artigo 26, § 3º, Lei nº 9.514/97). Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que não basta meros “avisos” informais, sem a identificação do recebedor, sendo necessário o aviso de recebimento:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL. SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. LEI 9.514/97. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NOTIFICAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE TENTATIVA DE LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR FIDUCIANTE. CONSOLIDAÇÃO PROPRIEDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Invalidade da notificação por edital realizada sem prévia tentativa de localização do devedor, no procedimento extrajudicial da Lei 9.514/97. Precedentes.

2. Hipótese em que o responsável pela notificação limitou-se a deixar "avisos" no imóvel, não tendo realizado nenhuma diligência para obter informações sobre o paradeiro do mutuário.

3. Exigência de aviso de recebimento, conforme previsto no art. 26, § 3º, da Lei 9.514/97, não bastando simples "avisos" informais, sem identificação do recebedor.

4. Inocorrência da consolidação da propriedade em mãos do credor fiduciário.

5. Improcedência do pedido de reintegração de posse.

6. Necessidade de se evitar julgamentos conflitantes, tendo em vista a conexão com o Recurso Especial n. 1.363.405/RS.

7. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(STJ, AgInt no REsp 1363414/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 09/08/2016) (sublinhei)

Se houver suspeita de ocultação, após duas tentativas de notificação, o Oficial de Registro de Imóveis poderá fazer a intimação por hora certa (artigo 26, § 3º-A, Lei nº 9.514/97) e, em locais de acesso controlado, como no caso de condomínios e loteamentos fechados, a intimação poderá ser feita ao funcionário da portaria, responsável pelo recebimento da correspondência (artigo 26, § 3º-B, Lei nº 9.514/97).

Se o devedor fiduciante estiver em local ignorado ou inacessível, o fato será certificado pelo Oficial responsável e será promovida a notificação via edital a ser publicado durante três dias em jornal de grande circulação (artigo 26º, § 4º, Lei nº 9.514/97).

Todo esse procedimento de intimação está em consonância com o princípio do contraditório. A partir de sua notificação, o devedor será cientificado e terá a possibilidade de ingressar com eventual ação judicial (ampla defesa), se entender necessário. Por exemplo, o devedor pode impugnar judicialmente a ausência de mora e possíveis irregularidades no procedimento de intimação supracitado.

Caso a mora não seja purgada, o credor consolida a propriedade e leva o imóvel a leilão. E uma das exigências previstas no artigo 27, § 2º-A, é que o devedor deverá ser notificado a respeito das datas, horários e locais dos leilões, mediante correspondência. E mais, não é suficiente a prévia intimação do devedor para a purgação da mora, sendo necessária também a intimação pessoal do devedor acerca da data da realização do leilão extrajudicial, conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça¹⁴.

Além disso, o devedor fiduciante também goza do direito de preferência na aquisição do imóvel por preço correspondente ao valor da dívida e despesas após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária e até a data da realização do segundo leilão (artigo 27, §§ 2º-B e 9º, da Lei nº 9.514/97). Nesse sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL. LEI N. 9.514/1997. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. APELAÇÃO. DESERÇÃO AFASTADA. EFETIVA COMPROVAÇÃO DO PREPARO NO ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. PURGAÇÃO DA MORA APÓS A CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR FIDUCIÁRIO. POSSIBILIDADE ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 13.465/2017. APÓS, ASSEGURA-SE AO DEVEDOR FIDUCIANTE APENAS O DIREITO DE PREFERÊNCIA. PRAZO DO LEILÃO EXTRAJUDICIAL. ART. 27 DA LEI N. 9.514/1997. IMPOSIÇÃO LEGAL INERENTE AO RITO DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. INOBSERVÂNCIA. MERA IRREGULARIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (...)

5. Segundo o entendimento do STJ, a purgação da mora, nos contratos de mútuo imobiliário com garantia de alienação fiduciária, submetidos à disciplina da Lei n. 9.514/1997, é admitida no prazo de 15 (quinze) dias, conforme previsão do art. 26, § 1º, da lei de regência, ou a qualquer tempo, até a assinatura do auto de arrematação, com base no art. 34 do Decreto-Lei n. 70/1966, aplicado subsidiariamente às operações de financiamento imobiliário relativas à Lei n. 9.514/1997.

6. Sobrevindo a Lei n. 13.465, de 11/07/2017, que introduziu no art. 27 da Lei n. 9.514/1997 o § 2º-B, não se cogita mais da aplicação subsidiária do Decreto-Lei n. 70/1966, uma vez que, consolidada a propriedade fiduciária em nome do credor fiduciário, descabe ao devedor fiduciante a purgação da mora, sendo-lhe garantido apenas o exercício do direito de preferência na aquisição do bem imóvel objeto de propriedade fiduciária.

7. Desse modo: i) antes da entrada em vigor da Lei n. 13.465/2017, nas situações em que já consolidada a propriedade e purgada a mora nos termos do art. 34 do Decreto-Lei n. 70/1966 (ato jurídico perfeito), impõe-se o desfazimento do ato de consolidação, com a consequente retomada do contrato de financiamento imobiliário; ii) a partir da entrada em vigor da lei nova, nas situações em que consolidada a propriedade, mas não purgada a mora, é assegurado ao devedor fiduciante tão somente o exercício do direito de preferência previsto no § 2º-B do art. 27 da Lei n. 9.514/1997.

¹⁴ AgInt nos EDcl no AREsp 490.517/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 27/08/2019, DJe 02/09/2019.

8. O prazo de 30 (trinta) dias para a promoção do leilão extrajudicial contido no art. 27 da Lei n. 9.514/1997, por não se referir ao exercício de um direito potestativo do credor fiduciário, mas à observância de uma imposição legal - inerente ao próprio rito de execução extrajudicial da garantia -, não é decadencial, de forma que a sua extrapolação não extingue a obrigação de alienar o bem imóvel nem restaura o status quo ante das partes, acarretando apenas mera irregularidade, a impedir tão somente o agravamento da situação do fiduciante decorrente da demora imputável exclusivamente ao fiduciário.

9. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, REsp 1649595/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 16/10/2020)

Percebe-se que o devedor fiduciante inadimplente pode convalescer o contrato de alienação fiduciária com a purgação a mora nos 15 dias após a notificação de pagamento (artigo 26, §§ 1º e 5º), até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária (artigo 26-A, § 2º) ou adquirir o imóvel pelo valor da dívida até a data do segundo leilão se valendo do direito de preferência (artigo 27, § 2º-B).

Eduardo Chulam¹⁵ defende que o processo de execução imposto pela lei não se caracteriza como uma “perseguição patrimonial”, uma vez que o bem com o desdobramento de posse “*já pertence ao credor (que detém a propriedade resolúvel), não do devedor fiduciante (que só detém a posse direta)*”.

Em complemento, salienta Melhim Namem Chalhub¹⁶:

Em suma, a consolidação da propriedade e o leilão, em si, não significam desapossamento de bens do devedor sem o devido processo legal, seja porque o imóvel não é de propriedade do devedor, mas, sim, do credor, tendo o devedor direito à percepção do saldo que se obtiver na venda, ou porque essa consolidação e o leilão se fazem na conformidade da norma legal e de acordo com a natureza específica do direito real em questão.

Outro ponto que deve ser observado é que a lei foi criada para fortalecer o sistema de crédito, de modo a ter uma execução mais célere e efetiva, e consequentemente, desafogar o Poder Judiciário, bem como poder oferecer mais créditos para fins habitacionais com juros mais acessíveis, geração de renda, emprego e crescimento sustentável da economia.

Além disso, em algumas situações, o devedor se utiliza de uma ação judicial para protelar a execução extrajudicial, o que pode caracterizar má-fé. E, consequentemente, viola o princípio da boa-fé objetiva que dispõe que “*todos os*

¹⁵ CHULAM, Eduardo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 59.

¹⁶ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: Negócio fiduciário*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 359.

*sujeitos processuais devem adotar uma conduta no processo em respeito a lealdade e a boa-fé processual*¹⁷.

Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹⁸:

(...) a boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escoreita e leal.

A conduta de má-fé deve ser afastada pelo sistema jurídico, como prevê o artigo 5º do Código de Processo Civil. Ademais, para se valer do serviço judiciário, o devedor deve pagar as custas e despesas processuais, tais como custas iniciais, custas postais, honorários advocatícios, caso seja sucumbente e não seja beneficiário da justiça gratuita. Em razão disso, a depender do caso, terá que arcar com as despesas judiciais e extrajudiciais.

Nessa linha de raciocínio, a jurisprudência se posicionou a favor da constitucionalidade da execução extrajudicial prevista na Lei nº 9.514/1997. O Superior Tribunal de Justiça manteve os seguintes acórdãos de tribunais:¹⁹

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SFH. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. LEI Nº 9.514/1997. CONSTITUCIONALIDADE. INADIMPLÊNCIA. DIFICULDADES FINANCEIRAS (DESEMPREGO) DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO SOCIAL À MORADIA. PONDERAÇÃO COM A NECESSIDADE DE ISONOMIA AOS CIDADÃOS ATENDIDOS PELO SISTEMA HABITACIONAL. RECURSO DESPROVIDO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. (...)

3. O procedimento de execução extrajudicial previsto na Lei nº 9.514/1997 não apresenta qualquer inconstitucionalidade, haja vista a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário sempre que constatado o cometimento de eventual ilegalidade por parte do agente fiduciário. Precedentes do Eg. TRF-2ª Região.

4. Diante da previsão contratual de vencimento antecipado da dívida no caso de não pagamento de três encargos mensais, consecutivos ou não, não há como afirmar que o ora Agravante desconhecia por completo a possibilidade de deflagração do procedimento de execução extrajudicial com fulcro na Lei nº 9.514/1997, vindo a ser surpreendido pela prática dos atos que ora pretende desconstituir.

5. Em que pese ter alegado o Agravante quebra da base objetiva do contrato, em virtude de desemprego, o princípio da dignidade humana e o direito social à moradia não podem ser levemente interpretados como cláusulas de

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 12. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 209.

¹⁸ REsp 803.481/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 28/06/2007, DJ 01/08/2007, p. 462.

¹⁹ AREsp 1291886 - RJ e AREsp 1719444 – SC.

chancela ampla e irrestrita à inadimplência, sob pena de se dificultar, ainda mais, a concretização dos fins a que se destinam, uma vez que o sistema atende a um conjunto de cidadãos que não se esgota na pessoa do Agravante, sendo o retorno do crédito concedido uma premissa básica para o seu equilíbrio e manutenção.

6. Agravo de Instrumento desprovido, mantida a decisão agravada.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL. LEI N. 9.514/97. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO (CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE) E CAUTELAR INOMINADA. SENTENÇA UNA DE IMPROCEDÊNCIA DAS DEMANDAS. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA. (...) SUSTENTADA INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO PREVISTO NA LEI N. 9.514/1997, POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO, ALÉM DE CARACTERIZAR 'EXACERBAÇÃO DA UNILATERALIDADE E DESGARANTIA'. DESCABIMENTO. CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE DE MODO EXTRAJUDICIAL QUE NÃO CONSTITUI ÓBICE AO DEVEDOR OU A TERCEIROS DE SE SOCORREREM AO PODER JUDICIÁRIO PARA SALVAGUARDAR SEUS INTERESSES E IMPEDIR EVENTUAIS ILEGALIDADES. PRECEDENTES. (...)

Nesse sentido, não há que se falar em inconstitucionalidade da execução extrajudicial de imóvel alienado fiduciariamente em relação aos princípios constitucionais previstos no artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV.

5 Pacto comissório: conceito, origem e vedação

O pacto comissório é uma espécie de cláusula contratual firmada previamente pelos contratantes para que, nos casos de inadimplência, o devedor entregue a coisa para o credor como forma de resolver a obrigação. Como regra geral, é proibido em nosso ordenamento jurídico, nos termos do artigo 1.365, *caput*, do Código Civil, que dispõe *in verbis*:

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.

Flávio Tartuce aduz: “(...) preconiza o art. 1.365 do CC a nulidade absoluta textual da cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento (pacto comissório real)”²⁰.

²⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 1205.

Por sua vez, parcela da doutrina entende que²¹:

Em qualquer caso será sancionada com 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 norma análoga do art. 1.428 do Código Civil, genericamente extensiva a qualquer direito real de garantia.

A preocupação com o pacto comissório vem desde o direito romano, pois como dito anteriormente, o credor sempre se ocupou de uma posição mais vantajosa que o devedor. Este, por sua vez, poderia se sentir pressionado ou coagido em relação a sua situação econômica e acabar entregando a coisa, que na maioria dos casos, tem valor superior ao da dívida, o que implicaria em desequilíbrio na relação contratual e enriquecimento sem causa do credor.

Segundo Daniel Carnacchioni²²:

A explicação para tal vedação é simples: a finalidade da propriedade fiduciária. O objetivo da transferência do bem para o credor fiduciário não tem por objetivo transferir direito real de propriedade, mas simplesmente garantir a obrigação. É a transferência com escopo de garantia. Se o objetivo é esse o credor deve alienar o bem e, com o produto da venda, quitar a dívida.

Outras razões que justificam a proibição do pacto comissório são: o possível prejuízo em relação aos demais credores do devedor e para combater cláusulas abusivas, tendo em vista que os contratos de alienação fiduciária são por adesão.

No âmbito do direito do consumidor, aplica-se o princípio da equivalência negocial. Sobre esse tema, ensina Flávio Tartuce²³:

Pelo princípio da equivalência negocial, é garantida a igualdade de condições no momento da contratação ou de aperfeiçoamento da relação jurídica patrimonial. (...)

No contexto da equivalência, o Código de Defesa do Consumidor veda que os destinatários finais sejam expostos a práticas desproporcionais, o que pode ser sentido pela inteligência dos arts. 39 e 51, que afastam, respectivamente, determinadas cláusulas e práticas abusivas, geradoras de nulidade absoluta e de responsabilidade civil, dependendo do caso concreto.

²¹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Volume Único*. 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1527.

²² CARNACCHIONI, Daniel. *Manual de direito civil: volume único*. 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 1611-1612.

²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual, volume único*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 49-50.

Sendo certo que o Código Civil veda expressamente o enriquecimento ilícito, conforme o artigo 884. O Código Civil também prevê hipóteses de anulação dos contratos em razão de vícios do consentimento, como a lesão (artigo 157). Já o Código de Defesa do Consumidor preceitua a nulidade das cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (artigo 51, IV).

Em relação ao possível prejuízo aos demais credores do devedor, é importante mencionar que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações (artigo 789 do Código de Processo Civil). Ou seja, é o patrimônio do devedor que responde por suas dívidas civis. No entanto, essa excussão deve observar o devido processo legal.

Nesse sentido, os eventuais credores do devedor serão prejudicados justamente porque o credor fiduciário ficaria com imóvel pelo valor da dívida sem devolver a diferença entre o valor do bem e o da dívida. Dessa forma, haveria lesão tanto ao devedor fiduciante como a eventuais outros credores do devedor.

Por fim, a ausência de vedação expressa do pacto comissório poderia gerar consequências sérias ao Poder Judiciário como, por exemplo, o ajuizamento de várias demandas judiciais pelos devedores fiduciantes com a finalidade de questionar a referida cláusula. Ao passo que para o credor seria extremamente benéfico, a ponto de desequilibrar a base objetiva do contrato, pois o livraria de todo o procedimento de execução extrajudicial ao ficar, de imediato, com o bem.

6 Da suposta exceção à vedação ao pacto comissório prevista no art. 27, § 5º, da Lei 9.514/1997

Como visto acima, em regra, o pacto comissório é proibido. No entanto, o artigo 27, § 5º, da Lei nº 9.514/1997 trouxe uma hipótese que supostamente seria uma exceção à vedação ao pacto comissório, em que o credor fica com o imóvel dado em garantia:

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.

Ao fazer a leitura estrita do artigo e parágrafos citados, não está explícito que o credor ao proceder com os leilões previstos na lei ficará com o imóvel dado em garantia no caso de não haver licitantes nos referidos leilões. Mas a doutrina, com o intuito de esclarecer tal procedimento e por uma interpretação sistemática, entende que frustrados os dois leilões, as partes ficam exoneradas de suas obrigações e o credor fica com o imóvel.

Para entender melhor acerca dessa previsão legal, faz-se necessário trazer o conceito de alienação fiduciária previsto no artigo 22, *caput*, da Lei nº 9.514/1997:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Em outras palavras, a alienação fiduciária é um título pelo qual o devedor fiduciante transfere a propriedade resolúvel de um bem ao credor fiduciário com a finalidade de garantia da dívida, no qual há um desdobramento da posse, ficando o devedor fiduciante com a posse direta e o credor fiduciário com a posse indireta.

Nesse sentido, verifica-se que a propriedade do imóvel com alienação fiduciária encontra-se no nome do credor e, por tal razão, não estaria tomando o imóvel do devedor.

Melhim sustenta que a apropriação do bem na alienação fiduciária por parte do proprietário fiduciário não se confunde com o pacto comissório. No primeiro caso, a apropriação se efetiva por força da Lei nº 9.514/1997 e significa que a propriedade se incorpora no patrimônio do credor em virtude da ocorrência do inadimplemento da

obrigação garantida, e não de evento estipulado por livre convenção das partes (como ocorreria no pacto comissório).²⁴

Conclui-se, portanto, que após a frustração dos dois leilões por não haver arrematantes ou o maior lance oferecido não for igual ou superior ao mínimo correspondente à dívida e às despesas, o imóvel permanece com o credor fiduciário.

Sob a mesma linha, Eduardo Chulam frisa que a conclusão do artigo 27, § 5º:

(...) não acarreta violação ao princípio da vedação ao pacto comissório, uma vez que o imóvel não foi simplesmente *tomado* do devedor, tendo apenas se convertido propriedade *resolúvel* do credor fiduciário em titularidade plena de domínio, tudo com a prévia tentativa de alienação por meio de leilões públicos.²⁵

Nesse sentido, já decidiu o STJ:

RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. IMÓVEL. LEILÕES. FRUSTRAÇÃO. PRETENSOS ARREMATANTES. NÃO COMPARECIMENTO. LANCES. INEXISTÊNCIA.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a definir se o § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997 é aplicável às hipóteses em que os dois leilões realizados para a alienação do imóvel objeto da alienação fiduciária são frustrados, não havendo nenhum lance advindo de pretensos arrematantes.

3. Vencida e não paga a dívida, o devedor fiduciante deve ser constituído em mora, conferindo-lhe o direito de purgá-la, sob pena de a propriedade ser consolidada em nome do credor fiduciário com o intuito de satisfazer a obrigação. Precedente.

4. Inexistindo a purga da mora, o credor fiduciário terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado do registro de averbação da consolidação da propriedade na matrícula do respectivo imóvel, para promover o leilão público com o objetivo de alienar o referido bem.

5. O § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997 abrange a situação em que não houver, no segundo leilão, interessados na aquisição do imóvel, fracassando a alienação do bem, sem a apresentação de nenhum lance.

6. Na hipótese, frustrado o segundo leilão do imóvel, a dívida é compulsoriamente extinta e as partes contratantes são exoneradas das suas obrigações, ficando o imóvel com o credor fiduciário.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1654112/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 26/10/2018) (sublinhei)

O principal argumento da doutrina que é contra a adjudicação do bem por parte do credor se refere ao caso em que o devedor já pagou boa parte da obrigação e, na

²⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: Negócio Fiduciário*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 167.

²⁵ CHULAM, Eduardo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 176.

hipótese de não haver licitantes nos leilões, perder o imóvel e toda a quantia que já fora paga.

O grande problema não está na adjudicação em si, pois como já foi citado o imóvel já está no nome do credor, a grande questão é a não devolução da quantia que excede a dívida. Manoel Bezerra citado por Eduardo Chulam, “*entende que seria possível a adjudicação na situação ponderada, desde que se proceda o depósito da diferença entre o valor da execução e o valor da dívida*”²⁶. Esse seria um argumento para a defesa do pacto marciano como ser verá adiante.

Em resumo, não se trata de pacto comissório, visto que não há a imediata entrega do imóvel para o credor fiduciário com o inadimplemento, mas há todo um procedimento de execução extrajudicial, com a intimação do devedor para purgar a mora, com direito de preferência, e somente se não houver licitantes no primeiro e segundo leilões ou não houver lance de acordo com parâmetro legal é que o imóvel permanecerá com o credor.

7 Do pacto marciano: conceito, benefícios e possível aplicabilidade no direito brasileiro

Em outra vertente tem-se o pacto marciano que também é uma cláusula contratual que permite que o credor fique com o objeto da garantia, condicionada a avaliação do bem no seu valor de mercado feita por terceiro, na ocasião do vencimento da dívida. Assim, o credor fica com o valor que lhe é devido ou com o próprio bem, e devolve ao devedor a quantia excedente.

O enunciado 626 do Conselho da Justiça Federal elucida bem a diferença entre o pacto comissório e o pacto marciano, e reconhece a validade do pacto marciano:

ENUNCIADO 626 – Art. 1.428: 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).

Justificativa: Ao contrário do comissório, o pacto marciano, ao assegurar a aferição do justo valor do bem dado em garantia e a restituição do supérfluo, age como barreira de contenção aos abusos do credor, tutelando a vulnerabilidade do devedor. Impede-se que o credor fixe unilateralmente o valor da coisa dada em garantia, bem como que se aproprie de valor superior ao da obrigação principal, de sorte a afastar a possibilidade de

²⁶ CHULAM, Eduardo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 175.

enriquecimento sem causa do credor, que não lucrará com o ajuste. Desse modo, enquanto o pacto comissório gera o risco de desvirtuamento do sistema de garantias, que passaria a apresentar intuito especulativo, a cláusula marciana assegura a manutenção do sistema por meio da proteção da comutatividade da equação prestacional. A garantia mantém-se como acessória do débito, sem que o credor se aproprie de valor superior ao da dívida. Como resultado, o sistema de garantias é preservado. Contribui ainda o pacto marciano para a função preventiva do sistema ao conceder maior eficácia à garantia, permitindo a aquisição da coisa pelo credor. De outro giro, colabora para a função promocional, ao proporcionar, a um só tempo, ao credor modo mais célere e menos dispendioso de satisfação do crédito, e ao devedor o alcance do valor de mercado do bem, dificilmente obtido no procedimento de leilão, e o recebimento do eventual supérfluo. Outro efeito socialmente desejável da cláusula marciana consiste no aumento da previsibilidade das relações contratuais e, por via de consequência, de segurança jurídica. Favorece, assim, o bom funcionamento do mercado e do sistema econômico.

O pacto marciano é reconhecido como válido, mas de pouca adesão pelas instituições financeiras. Apesar de não haver expressa previsão legal em nosso ordenamento, a doutrina e a jurisprudência admitem a sua estipulação em contratos de alienação fiduciária, conforme enunciado nº 626 supracitado.

A introdução do pacto marciano na Lei nº 9.514/1997 tem como finalidade evitar os prejuízos causados nos públicos leilões exigidos pelo procedimento extrajudicial previsto na referida lei, que nem sempre são benéficos ao devedor e até mesmo ao credor.

Suponha que o devedor compre um bem de R\$ 150.000,00 e que já pagou 80% desse bem, resta uma dívida de 20%, o que equivale a R\$ 30.000,00. Acrescidos de juros convencionais, das penalidades e demais encargos e custas de intimação, consolidação e as necessárias à realização do leilão, o valor total da dívida chega a R\$ 50.000,00. De qualquer forma, o valor é bem inferior ao do início da obrigação, e mesmo assim, em muitos casos, não há licitantes interessados em adquirir bens nessa situação.

Analisando esse exemplo, nota-se que se o imóvel não for vendido em primeiro leilão, o devedor já terá um grande prejuízo, pois no segundo leilão, o bem poderá ser arrematado pelo valor da dívida, ou seja, R\$ 50.000,00. E, em muitos casos, não há licitantes nessa segunda tentativa, e o credor fica com o bem que vale R\$ 150.000,00.

Para exemplificar melhor a falha prática na legislação, foi solicitado a um Cartório de Registro de Imóveis de Uberlândia - MG, autos negativos do 1º e 2º públicos leilões realizados em Belo Horizonte - MG nos dias 12/11/2018 e 29/11/2018, respectivamente.

No início da sessão do primeiro leilão, estavam presentes 04 pessoas e 10 via internet, e nesse dia foram ofertados para venda 361 imóveis, destes apenas 13 imóveis foram arrematados. Já no segundo leilão, se faziam presentes 40 pessoas e 30 via internet, e nessa segunda tentativa foram ofertados 348 imóveis. Nota-se que no segundo leilão a procura é maior, mas, mesmo assim, dos 348 imóveis que restaram do primeiro leilão, apenas 14 foram arrematados. Ou seja, de um total de 361 imóveis, o banco adjudicou 334 destes bens.

Como se vê, a previsão legal atual deixa a desejar quando prevê a apropriação do imóvel pelo valor da dívida, deixando de devolver ao devedor o valor sobejante (diferença entre o valor da avaliação e o da dívida). Com a implementação do pacto marciano no ordenamento jurídico brasileiro, esse aspecto deletério deixaria de existir.

Os principais benefícios da referida cláusula é que poderia dar ainda mais celeridade na amortização da dívida e evitar que o referido bem seja adquirido por preço vil em prejuízo do devedor, bem como disputas judiciais versando sobre a execução da garantia na hipótese de inadimplemento.

E mais, desonera o devedor das despesas decorrentes da venda em leilão previstas no artigo 27, § 3º, inciso II, e também porque a incorporação do bem se dá pelo valor de mercado, que nem sempre é obtido com o procedimento de público leilão, como define Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Maria Celina Bodin de Moraes e Rose Melo Vencelau Meireles em *Direito das Garantias*.²⁷

No entanto, as instituições financeiras pouco estabelecem em seus contratos a cláusula marciana apesar de todos os benefícios supracitados, pois se valem do princípio da autonomia da vontade privada, que diz respeito a liberalidade de contratar desde que nos limites propostos pelo ordenamento jurídico.

Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald entendem que a autonomia da vontade é centrada em três princípios: liberdade contratual como livre estipulação do conteúdo do contrato; intangibilidade do pactuado no sentido de cumprir a obrigação dos efeitos contratuais pelo fato de o contrato ser justo pela mera razão de se emanar do consenso entre pessoas livres; e, relatividade contratual,

²⁷ 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, posição 2989.

pautada pela noção da vinculatividade do pacto, restrita às partes, sem afetar terceiros.²⁸

Outro princípio que fortalece os contratos de adesão, é o da força obrigatória do contrato, conhecido como *pacta sunt servanda*, que estabelece força de lei ao que foi estipulado pelas partes na avença, o que obriga os contratantes ao cumprimento ao foi pactuado no negócio jurídico.²⁹

Nesse sentido, ao se obrigar a um contrato de alienação fiduciária previsto por lei específica, o devedor fiduciário aceita todos os trâmites já mencionados anteriormente, e somente poderá recorrer ao Judiciário nos casos de violação de direitos.

Ademais, sabe-se que os credores ainda ocupam posição superior na relação, por deter o crédito, desse modo, contratam de maneira mais vantajosa para os seus negócios. Nesse sentido, não há obrigatoriedade legal de fixação da cláusula marciana nos contratos.

Em arremate, Gisela Sampaio assevera³⁰:

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.

Conclui-se, portanto, que os benefícios do pacto marciano são:

- i) ausência do procedimento de público leilão que é custeado pelo devedor;
- ii) o imóvel será avaliado pelo valor de mercado na data do vencimento da obrigação;

²⁸ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Volume Único*. 4. ed. rev, ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1058.

²⁹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 640.

³⁰ 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, posição 2751.

- iii) permite que o credor satisfaça imediatamente o seu crédito sem as amarras do regramento previsto em lei;
- iv) viabiliza o recebimento pelo devedor da importância excedente entre a avaliação e a dívida; e
- v) a execução se dá de forma mais rápida, efetiva e equilibrada.

Diante do exposto, o legislador poderia fazer algumas adequações na lei, a fim de prever expressamente o pacto marciano como opção na alienação fiduciária. Dessa forma, as partes poderiam optar por este procedimento mais célere, justo e equilibrado, sem modificar a essência e a finalidade da garantia.

Ressalte-se, ainda, que a lei é de 1997, ou seja, passaram-se praticamente 24 anos desde a sua edição, de modo que ela precisa ser atualizada conforme os novos parâmetros econômicos e sociais.

Sobre esse ponto, é importante mencionar que o Ministério da Economia criou, por meio da Portaria nº 826, de 19 de janeiro de 2021, um grupo de estudos com o objetivo de revisar e modernizar o regime de garantias de crédito no País e apresentar um Projeto de Lei que atualize a totalidade do regime das garantias reais, incluindo a propriedade fiduciária. Essa equipe é composta por renomados juristas que são especialistas no assunto, tais como: Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Fabio Rocha Pinto e Silva, Francisco Eduardo Loureiro e Melhim Namen Chalhoub.

8 Artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor versus Lei 9.514/1997

O Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/1990) foi criado em razão de um mandamento constitucional previsto no artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 do ato das disposições constitucionais transitórias, *in verbis*:

Art. 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;
Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)
V - defesa do consumidor;
Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Flávio Tartuce entende que o Código de Defesa do Consumidor enquadra-se na realidade pós-moderna³¹:

Primeiro, por trazer como conteúdo questões de Direito Privado e de Direito Público. Segundo, por encerrar vários conceitos indeterminados, como o de boa-fé. Terceiro, por representar uma norma aberta, perfeitamente afeita a diálogos interdisciplinares, como se verá (diálogo das fontes). Quarto, por encerrar a pauta mínima de proteção dos consumidores.

Já em seu artigo primeiro, o CDC assevera que o Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social. Percebe-se que, como salienta a doutrina, há previsão de normas de direito privado e de direito público, que tem interesse para toda a coletividade. Normas de “ordem pública e interesse social” significa que são cogentes, devem ser obedecidas, independentemente da vontade dos contratantes, não podendo haver disponibilidade. Em outras palavras, as disposições privadas não podem violar as normas previstas no CDC, que traz um mínimo para equilibrar a relação díspar entre fornecedores e consumidores.

Parcela da doutrina classifica o Código de Defesa do Consumidor como norma principiológica. Luiz Antônio Rizzato Nunes citado por Flávio Tartuce leciona³²:

A Lei n. 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem. As normas gerais principiológicas, pelos motivos que apontamos no início deste trabalho ao demonstrar o valor superior dos princípios, têm prevalência sobre as normas gerais e especiais anteriores.

Veja-se que a doutrina citada defende a prevalência do CDC sobre as normas gerais ou especiais anteriores à vigência do CDC. Os mencionados doutrinadores não fazem referência a normas posteriores ao CDC, como, por exemplo, a Lei nº 9.514/1997.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery citados por Flávio Tartuce seguem a linha de raciocínio no sentido de que as leis setorializadas devem guardar compatibilidade com os princípios fundamentais do CDC.³³

³¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual, volume único*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 8.

³² Ibidem, p. 9.

³³ Ibidem, p. 9.

(...) as leis especiais setorizadas (v.g., seguros, bancos, calçados, transportes, serviços, automóveis, alimentos etc.) devem disciplinar suas respectivas matérias em consonância e em obediência aos princípios fundamentais do CDC.

A partir desses entendimentos doutrinários, percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor teria uma eficácia supralegal, isto é, seria hierarquicamente superior às demais leis ordinárias. Nesse sentido, Flávio Tartuce sustenta que o CDC é hierarquicamente superior à Convenção de Varsóvia e à Convenção de Montreal, tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Porém, esse não foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.331 e do Agravo em Recurso Extraordinário nº 766.618:

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. **Extravio de bagagem. Dano material. Limitação.** Antinomia. **Convenção de Varsóvia.** Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. **É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais.** 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: **"Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor"**. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento. (RE 636331, Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017) (grifei)

Ementa: Direito do consumidor. **Transporte aéreo internacional. Conflito entre lei e tratado. Indenização.** Prazo prescricional previsto em convenção internacional. Aplicabilidade. 1. **Salvo quando versem sobre direitos humanos, os tratados e convenções internacionais ingressam no direito brasileiro com status equivalente ao de lei ordinária. Em princípio, portanto, as antinomias entre normas domésticas e convencionais resolvem-se pelos tradicionais critérios da cronologia e da especialidade.** 2. Nada obstante, quanto à ordenação do transporte internacional, o art. 178 da Constituição estabelece **regra especial** de solução de antinomias, no sentido da prevalência dos tratados sobre a legislação doméstica, seja ela anterior ou posterior àqueles. Essa conclusão também se aplica quando o conflito envolve o Código de Defesa do Consumidor. 3. Tese afirmada em sede de repercussão geral: **"Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm**

prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 4. Recurso extraordinário provido.
(ARE 766618, Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017) (grifei)

Extraí-se que o STF deu prevalência a uma regra especial contida no próprio texto constitucional (artigo 178) e que no conflito aparente entre leis ordinárias, a antinomia deve ser resolvida por meio dos critérios da cronologia e da especialidade. Infere-se que o STF não adotou a posição doutrinária no sentido de que o CDC teria uma eficácia supralegal, ou seja, de que o CDC seria superior hierarquicamente às demais leis ordinárias.

No caso concreto solucionado pelo STF, é importante ressaltar que apesar de haver um conflito entre duas leis ordinárias (CDC e Convenção de Varsóvia ou de Montreal), há uma regra especial contida na Constituição Federal de 1988 determinando a observância, quanto ao transporte internacional, dos acordos firmados pela União (artigo 178). Então, percebe-se que o caso é bem peculiar, já que um artigo da Constituição determina, em última análise, a aplicação do acordo internacional em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, especificamente quanto ao transporte internacional.

Em síntese, o Código de Defesa do Consumidor foi criado com a finalidade de equilibrar a relação entre fornecedor e consumidor e tendo a premissa básica de que todo consumidor é vulnerável (artigos 1º e 4º, I, do CDC). Além disso, vê-se que o CDC deve ser interpretado de maneira sistêmica e não isoladamente, ou seja, é necessário analisar eventual conflito aparente de regras e qual deve ser aplicada no caso concreto, em conformidade com a Constituição Federal.

Traçado esse panorama, passa-se a analisar o artigo 53 do CDC. Na seção que trata sobre cláusulas abusivas, o artigo 53 do CDC prevê:

Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.

§ 3º Os contratos de que trata o caput deste artigo serão expressos em moeda corrente nacional.

O dispositivo legal é bem claro ao mencionar expressamente que “nas alienações fiduciárias em garantia” consideram-se nulas as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor.

Segundo Flávio Tartuce, o referido artigo “*estabelece a nulidade específica, por abusividade, da cláusula de decaimento ou de perdimento, relativa à perda de todas as parcelas pagas em contratos de financiamento*”³⁴.

A grande discussão é saber se o artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor é aplicável às alienações fiduciárias de bens imóveis (Lei nº 9.514/1997). No caso em que realizado todo o procedimento extrajudicial de execução previsto na Lei nº 9.514/1997 sem a presença de licitantes ou de lance compatível com o parâmetro legal, a instituição financeira fica com o imóvel independentemente do valor da dívida. Neste caso, haveria perda total das parcelas pagas pelo consumidor?

Para Melhim, o CDC tem duas faces: uma de *lei especial*, na medida em que impõe regras para relações entre consumidores e fornecedores; e outra de *lei geral*, na medida em que prevê princípios fundamentais que regerão qualquer relação jurídica.³⁵ Na relação entre o CDC e a Lei 9.514/1997 sustenta o mesmo autor³⁶:

De outra parte, em relação a leis especiais como, por exemplo, a Lei 9.514/1997, que institui a alienação fiduciária de bens imóveis, o CDC é lei geral, devendo ser vista sob a perspectiva dos princípios de equidade e boa-fé, que incidem sobre quaisquer relações contratuais, e não sob a perspectiva de norma peculiar sobre determinada espécie de contrato. A Lei 9.514/1997 dispõe sobre determinada espécie de contrato, com disciplina própria; sabendo-se que, em caso de antinomias, prevalece a norma especial sobre a norma geral, é a Lei 9.514/1997 que deve prevalecer sobre o CDC naquilo que é específico da modalidade de contrato por ela disciplinada, observados os princípios da equidade e da boa-fé contemplados na legislação de proteção do consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu no mesmo sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. AÇÃO POSSESSÓRIA DECORRENTE DE RELAÇÃO

³⁴ Ibidem, p. 329.

³⁵ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: Negócio fiduciário*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 330.

³⁶ Ibidem, p. 331.

DE DIREITO PESSOAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA. PRECEDENTES. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. OCORRÊNCIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. QUITAÇÃO DA DÍVIDA. **INCIDÊNCIA DOS ARTS. 26 E 27 DA LEI N. 9.514/1997. INAPLICABILIDADE DO ART. 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** AGRAVO DESPROVIDO. (...)

4. **Nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deve ocorrer nos termos dos arts. 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997, afastando-se a regra genérica e anterior prevista no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.**

5. Agravo interno desprovido.

(STJ, AgInt no REsp 1750435/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 19/11/2018, DJe 22/11/2018) (grifei)

Analisando a jurisprudência do STJ, nota-se que este tribunal firmou o entendimento no sentido de que havendo inadimplemento do devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, devem incidir as normas dos artigos 26 e 27 da Lei 9.514/1997, afastando-se, por consequência, a regra genérica e anterior prevista no CDC:

CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. **COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.** VIOLAÇÃO DOS ARTS. 26 E 27 DA LEI Nº 9.514/97. SUSPENSÃO DO PROCESSO. NÃO CABIMENTO. **NORMA ESPECIAL QUE PREVALECE SOBRE O CDC.** RETENÇÃO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. (...)

3. A Lei nº 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, é norma especial e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor - CDC. Em tais circunstâncias, o inadimplemento do devedor fiduciante enseja a aplicação da regra prevista nos arts. 26 e 27 da lei especial. (AgInt no REsp 1.822.750/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. 18/11/2019, DJe 20/11/2019). (...)

6. Agravo interno não provido.

(STJ, AgInt no REsp 1856772/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 3ª Turma, julgado em 22/03/2021, DJe 25/03/2021) (grifei)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C INDENIZAÇÃO POR BENEFITÓRIAS. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. **CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 53. NÃO INCIDÊNCIA.** (...)

2. **A Lei nº 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, é norma especial e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor - CDC. Em tais circunstâncias, o inadimplemento do devedor fiduciante enseja a aplicação da regra prevista nos arts. 26 e 27 da lei especial.**

3. Agravo interno não provido.

(STJ, AgInt no REsp 1822750/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, 3ª Turma, julgado em 18/11/2019, DJe 20/11/2019) (grifei)

Sendo assim, o entendimento consolidado do STJ é no sentido de que prevalece a aplicação da lei especial e posterior (Lei 9.514/1997) em relação à lei geral e anterior (CDC).

O artigo 27, § 5º, da Lei 9.514/1997 como está redigido atualmente, em tese, coloca o consumidor em excessiva desvantagem, atenta contra a boa-fé objetiva e viola o equilíbrio das prestações. Relembre-se o teor do citado dispositivo: “*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*”.

Nesse diapasão, o Código de Defesa do Consumidor trouxe uma nova concepção do direito dos contratos, uma concepção social. O Código busca maior equilíbrio contratual, norteando-se em novos princípios, tais como o princípio da boa-fé. Desse modo, houve uma evolução em matéria de contratos, relativizando-se o *pacta sunt servanda*, a autonomia da vontade e a liberdade contratual para defender os interesses do contratante mais fraco pelo Estado Social.³⁷

No entanto, apesar de o CDC ser uma norma principiológica, prever princípios fundamentais, é preciso levar em consideração que há leis especiais que regulam de forma específica determinados contratos, como é o caso da Lei 9.514/1997 (sobre alienação fiduciária de bens imóveis), sendo aplicáveis apenas os princípios e normas gerais do CDC nestes casos.

Assim, de acordo com entendimentos já firmados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, o artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos contratos de alienações fiduciárias de bens imóveis porque há uma regra especial e posterior que disciplina esse tema específico e que, portanto, deve prevalecer no caso concreto.

CONCLUSÕES

A alienação fiduciária de bens imóveis foi regulada pela Lei nº 9.514/1997 e a sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro surgiu da necessidade de novas

³⁷ MENEZES, Danielli Borin. *A nova concepção contratual com base no Código de Defesa do Consumidor e a alienação fiduciária*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Acesso em: 24 de abril 2021: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6804/4120>.

garantias reais com maior eficácia de satisfação do crédito, em caso de inadimplemento do devedor fiduciante. Essa maior efetividade possibilita uma maior oferta de crédito no mercado e traz mais segurança, principalmente, para as instituições financeiras.

Diferentemente da hipoteca, os principais efeitos da alienação fiduciária são: a transferência da propriedade em favor do credor fiduciário até o adimplemento da obrigação, de modo que aquele bem não fica sujeito à constituição de novos ônus e ao concurso de credores, bem como que, em caso de falência do devedor fiduciante, o bem dado em garantia não se sujeita à recuperação judicial ou à falência.

Outra característica positiva da alienação fiduciária de bens imóveis é que a execução se dá de forma extrajudicial, em um procedimento mais célere em relação ao judicial, sem deixar de observar os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem prejuízo ainda da inafastabilidade do Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Apesar de haver questionamento de parte da doutrina em relação à constitucionalidade do procedimento extrajudicial da alienação fiduciária de bens imóveis, os tribunais superiores têm decidido pela constitucionalidade do referido procedimento.

O entendimento prevalente é de que o devido processo legal também se concretiza em processo administrativo. O acesso à Justiça está garantido já que o devedor poderá ingressar com ação judicial sempre que se sentir prejudicado. O contraditório e a ampla defesa são observados com a intimação do devedor do inadimplemento pelo Registro de Imóveis competente com aviso de recebimento, intimação por hora certa ou por edital, com a possibilidade de purgação da mora; notificação a respeito das datas, horários e locais dos leilões; e exercício do direito de preferência na aquisição do imóvel.

Em relação ao pacto comissório, há expressa vedação legal no artigo 1.365 do Código Civil, como regra geral. O pacto comissório, entendido como a consolidação imediata ou automática da propriedade pelo credor em caso de inadimplemento do devedor, é proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se trata de nulidade absoluta.

O artigo 27, § 5º, da Lei 9.514/1997 não se trata de pacto comissório, visto que não há a imediata entrega do imóvel para o credor fiduciário com o inadimplemento, mas há todo um procedimento de execução extrajudicial, com a intimação do devedor

para purgar a mora, com direito de preferência, e somente se não houver licitantes no primeiro e segundo leilões ou não houver lance de acordo com parâmetro legal é que o imóvel permanecerá com o credor.

Por sua vez, o pacto marciano é admitido de forma pacífica pela doutrina e pela jurisprudência, por trazer vários benefícios, tais como: ausência do procedimento de público leilão que é custeado pelo devedor; o imóvel será avaliado pelo valor de mercado na data do vencimento da obrigação; permite que o credor satisfaça imediatamente o seu crédito sem as amarras do regramento previsto em lei; viabiliza o recebimento pelo devedor da importância excedente entre a avaliação e a dívida; e a execução se dá de forma mais rápida, efetiva e equilibrada.

No entanto, não há expressa autorização legal, mas sabe-se que o Ministério da Economia criou, por meio da Portaria nº 826, de 19 de janeiro de 2021, um grupo de estudos com o objetivo apresentar um Projeto de Lei para revisar e modernizar o regime de garantias de crédito no País, incluindo a propriedade fiduciária. Essa equipe é composta por renomados juristas que são especialistas no assunto, tais como: Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Fabio Rocha Pinto e Silva, Francisco Eduardo Loureiro e Melhim Namen Chalhoub. Dessa forma, é possível que seja incluída a cláusula marciana na Lei nº 9.514/1997.

Por fim, o último tópico tratado diz respeito à aplicabilidade ou não do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor em relação aos contratos de alienação fiduciária. Apesar da controvérsia doutrinária, é pacífico no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o referido artigo é inaplicável aos contratos de alienações fiduciárias de bens imóveis porque há uma regra especial e posterior (Lei nº 9.514/1997) que disciplina esse tema específico e que, portanto, deve prevalecer no caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Volume Único*. 4. ed. rev, ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

CARNACCHIONI, Daniel. *Manual de direito civil: volume único*. 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: Negócio Fiduciário*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

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.

LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. *Breves considerações sobre a importância da alienação fiduciária em garantia e a necessidade de uma nova interpretação do pacto comissório*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/breves-consideracoes-sobre-a-importancia-da-alienacao-fiduciaria-em-garantia/>>. Acesso em: 25 de abril 2021.

MENEZES, Danielli Borin. *A nova concepção contratual com base no Código de Defesa do Consumidor e a alienação fiduciária*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Acesso em: 24 de abril 2021: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6804/4120>.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 12. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual, volume único*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

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.