

Alienação Fiduciária em Garantia: principais espécies e suas particularidades.

Giovanny Pereira Pinheiro¹

Washington Luís Batista Barbosa²

Resumo

Tendo em vista que as espécies³ de alienação fiduciária em garantia são tratadas em legislações esparsas (Código Civil, Lei 4.728/1965, Lei 9.514/1997) a depender do bem dado em garantia (móvel fungível e infungível ou imóvel) e com consequências diferentes a depender de cada uma das espécies, o presente estudo abordará algumas peculiaridades de cada uma delas.

Abstract

Given that the species of chattel mortgage are treated in sparse laws depending on the asset given as collateral and with different consequences depending on each species, this study address some peculiarities of each.

Palavras-chave: Alienação Fiduciária em Garantia – Propriedade Fiduciária – Pacto Comissório – Bens Fungíveis e Infungíveis – Desdobramento da Posse.

¹ Advogado. Graduado em direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela ATAME. Pós-Graduado no curso LL.M. Direito Empresarial pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC. Atualmente atua no consultivo de uma Entidade Fechada de Previdência Complementar.

² Professor Orientador. Advogado especialista em direito público e direito do trabalho. É Coordenador de Cursos Jurídicos e Professor,

³ Registre-se que o presente estudo não abordará todas as legislações que tratam do tema como, por exemplo, a alienação fiduciária em garantia prevista na Lei nº. 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (“Código Brasileiro de Aeronáutica”). Serão tratados, portanto, somente as consideradas principais na visão do autor.

Introdução

O presente estudo fará uma breve análise da evolução legislativa das principais espécies de alienação fiduciária em garantia previstas no direito brasileiro.

Em seguida tratará dos bens passíveis de alienação fiduciária em garantia, bem como do desdobramento da posse, que pode ser diferente a depender da espécie de bem objeto da garantia e, por conseguinte, da legislação aplicável.

O estudo também tratará, em breves linhas, da proibição do chamado pacto comissório.

Por fim, será abordado qual o tratamento dispensado pela legislação quanto ao saldo remanescente do crédito quando da excussão a garantia.

O estudo se utilizou de pesquisas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema proposto.

Alienação Fiduciária em Garantia – conceito e evolução legislativa

A alienação fiduciária em garantia estabelece uma propriedade resolúvel em nome do credor ficando o devedor, em regra⁴, na posse da coisa dada em garantia. Uma vez quitada a obrigação pelo devedor, a propriedade consolida-se em seu nome. Por outro lado, caso inadimplida a obrigação, a lei prevê mecanismos para a satisfação do crédito inadimplido. A esse respeito, confira-se a doutrina de Fábio Ulhoa:

Por esse contrato, cujas raízes se encontram no direito romano (Restiffe Neto, 1975:1), o credor (fiduciário) se torna titular da propriedade resolúvel da coisa e seu possuidor indireto, enquanto o devedor (fiduciante) é investido na condição de possuidor direto e depositário (CC, arts. 1.361, § 2º, e 1.363). Cumprida a obrigação que esse tem perante aquele, opera-se a resolução da propriedade: o sujeito que era devedor passa a ser o proprietário pleno e único possuidor da coisa, e o que era credor deixa de titularizar qualquer direito real sobre ela. Não cumprida a obrigação, porém, tem o credor instrumentos ágeis e eficazes para ver satisfeito seu crédito. Sendo o proprietário e possuidor indireto do bem objeto da alienação fiduciária em garantia, o credor pode, nas condições da lei, obter a consolidação da propriedade, vendê-lo e pagar-se com o produto da venda.⁵

A introdução da alienação fiduciária em garantia, no direito brasileiro, se deu por meio da Lei nº. 4.728, de 14 de julho de 1965 (“Lei 4.728/1965”)⁶, a qual disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Posteriormente, o Decreto-Lei nº. 911, de 1º de outubro de 1969 (“Dec.-Lei 911/1969”)⁷ aperfeiçoou a definição e a aplicabilidade do instituto, instituindo, inclusive, a prisão do devedor, por ficção legal ao depositário fiel.

Mais tarde essa prisão foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”), com base na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), cuja adesão pelo Brasil se deu em 1992, haja vista o caráter supralegal do referido diploma normativo internacional⁸.

⁴ Pelo regramento constante do parágrafo terceiro do artigo 66-B da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965 (“Lei 4.728/1965”), a posse direta e indireta do bem fica, em regra, em posse do credor, conforme se verá adiante.

⁵ Coelho, Fábio Ulhoa - **Curso de direito civil, volume 4 : direito das coisas, direito autoral** / Fábio Ulhoa Coelho. — 4. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm

⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm

⁸ RE 466343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, *DJe* de 5.6.2009.

Referido entendimento culminou na edição da Sumula Vinculante nº. 25 que dispõe que *é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*. Atualmente, portanto, a prisão civil do depositário infiel encontra-se superada nas cortes de justiça de todo o país.

Feito esse breve parêntese acerca da atual impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, conclui-se que inicialmente a legislação previa a aplicação da alienação fiduciária tão somente para bens móveis.

Após aproximadamente 30 anos, a Lei nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997 ("Lei 9.514/1997")⁹ finalmente instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel, dispondo em seu artigo 22, que *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*.¹⁰

Referido diploma legal, em seu artigo 17, também elevou a alienação fiduciária de coisa imóvel ao patamar de direito real.

Outra importante inovação trazida pela Lei 9.514/1997, foi a desmistificação de quem poderia ser parte nesse contrato. Isso porque, a Lei 4.728/1965 deixava dúvidas acerca do seu campo de aplicação, havendo posicionamentos divergentes na doutrina acerca da aplicação da alienação fiduciária em garantia apenas para as instituições bancárias. Por todos, defendendo a aplicação apenas às instituições bancárias, Flávio Tartuce:

Do ponto de vista da incidência das normas, frise-se que todas as leis especiais referentes à propriedade fiduciária de bens móveis, contidas na Lei 4.728/1965 e no Decreto-lei 911/196, são aplicáveis apenas às instituições financeiras e pessoas jurídicas equiparadas, caso das empresas de consórcio, e, portanto, as demais pessoas físicas ou jurídicas não podem celebrar alienação fiduciária em garantia. De qualquer modo, o Código Civil de 2002 possibilita a qualquer pessoa

⁹ Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm

¹⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm

física ou jurídica a celebração de negócio jurídico pelo qual se dá em garantia certo bem móvel e infungível como propriedade fiduciária. Assim, a codificação tem incidência para as alienações fiduciárias de bens móveis celebradas por outras pessoas, que não as instituições financeiras.

(...)

Constata-se que a compreensão do instituto passa por uma interação necessária entre os citados comandos legais, a par da ideia de diálogo das fontes. A respeito dessa integração legislativa, é claro o art. 1.368A do CC/2002, incluído pela Lei 10.931/2004, ao prever que as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária não previstas pela codificação submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais. Enuncia, ainda, o comando que somente se aplicam as disposições do CC/2002 naquilo que não for incompatível com a legislação especial. Em suma, a codificação privada tem caráter subsidiário em relação à tipologia do instituto.¹¹

Em sentido contrário, Maria Helena Diniz, Caio Mário da Silva Pereira e José Carlos Moreira Alves, todos citados por Fábio Ulhoa Coelho, defendem a generalização da alienação fiduciária em garantia. Confira-se:

Concluindo, a alienação fiduciária em garantia não é um negócio exclusivo de instituição financeira, por não se enquadrar sua estrutura na conceito do art. 17 da LRB. A sua natureza, como a de todo e qualquer contrato de garantia, é meramente instrumental, de negócio-meio. Dessa forma, pode estar associada a qualquer tipo de mútuo, bancário ou não. Em suma, a função econômica da alienação fiduciária em garantia não está abrangida pela atividade de coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, essência da atividade bancária. Em decorrência, pode ser proprietário fiduciário qualquer pessoa física ou jurídica. Confirma-o a circunstância de o Código Civil, ao dispor as normas gerais do instituto (art. 1.368-A), não exigir do credor fiduciário o atendimento à condição de ser uma instituição financeira.¹²

Portanto, a Lei 9.514/1997 caminhou bem ao definir seu campo de aplicação de forma categórica, dispondo, em seu artigo 22 parágrafo primeiro, que a alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no Sistema Financeiro Imobiliário (“SFI”).

Posteriormente, a Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (“Código Civil”)¹³, em seus artigos 1.361 e seguintes, incluiu, no campo dos direitos reais,

¹¹ Tartuce, Flávio - **Direito civil, v. 4 : direito das coisas** / Flávio Tartuce. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

¹² Coelho, Fábio Ulhoa - **Curso de direito civil, volume 4 : direito das coisas, direito autoral** / Fábio Ulhoa Coelho. — 4. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

¹³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

a propriedade fiduciária. Com base nesta propriedade, portanto, é que se constitui o contrato de alienação fiduciária em garantia.

Verificadas as principais legislações que tratam do tema, passa-se à avaliação dos bens passíveis de alienação fiduciária, bem como das peculiaridades acerca do desdobramento da posse em cada espécie de alienação fiduciária aqui tratada.

Dos bens suscetíveis de alienação fiduciária e do desdobramento da posse

Preliminarmente, para melhor compreensão do presente capítulo, apresenta-se, em breves linhas, os conceitos de bens fungíveis e infungíveis.

Nos termos do artigo 85 do Código Civil, *são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade*. A *contrario sensu*, bens infungíveis são aqueles de natureza insubstituível.

Pois bem, atualmente, aplica-se a disciplina do Código Civil, de forma supletiva, a todas as demais espécies de propriedade fiduciária naquilo que não for incompatível com o regramento específico, diferentemente do que ocorria anteriormente à edição da Lei 10.931¹⁴, de 2 de agosto de 2004 (“Lei 10.931/2004”), quando as previsões contidas no Código Civil eram aplicáveis apenas aos bens infungíveis. Confira-se:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a **propriedade resolúvel de coisa móvel infungível** que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

(...)

Art. 1.368-A. **As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial.** [\(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004\)](#) (Grifou-se)

¹⁴ Incluiu novas disposições no Código Civil acerca da propriedade fiduciária e da propriedade fiduciária em garantia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2014/Lei/L13043.htm

De forma semelhante, até a edição da Lei 10.931/2004¹⁵, que também alterou a Lei 4.728/1965, a alienação fiduciária de coisas fungíveis era questionada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. A atual redação do parágrafo terceiro do artigo 66-B da Lei 4.728/1965, entretanto, resolveu tal impasse. Confira-se:

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na [Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002](#) - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos. [\(Incluído pela Lei 10.931, de 2004\)](#)
(...)

§ 3º **É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível** e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, **salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor**, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada. [\(Incluído pela Lei 10.931, de 2004\)](#)

Quanto ao desdobramento da posse, observa-se na legislação transcrita acima que, **para essa espécie de alienação fiduciária, em regra, a posse, direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária, é atribuída ao credor**, salvo disposição em contrário descrita no contrato, diferentemente do que ocorre nas demais espécies tratadas neste estudo, quais sejam: bens infungíveis¹⁶ e bens imóveis¹⁷, hipóteses em que a posse do bem onerado fica, em regra, de posse do devedor.

Atualmente, portanto, a legislação permite a alienação fiduciária de bens móveis fungíveis e infungíveis, bem como de bens imóveis sendo que, no primeiro caso (bens fungíveis), em regra, a posse do bem é atribuída ao credor, diferentemente do que ocorre nas duas outras espécies tratadas.

¹⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm

Proibição do Pacto Comissório;

Extraí-se das legislações estudadas que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida por alienação fiduciária, os credores deverão¹⁸ vender a terceiros os bens dados em garantia e aplicar o produto da venda no pagamento do crédito.

¹⁶ Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.
(...)

§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, **tornandose o devedor possuidor direto da coisa.** (Grifou-se)

¹⁷ Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. **Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.** (Grifou-se)

¹⁸ Apesar de o parágrafo terceiro do artigo 66-B da Lei 4.728/65 trazer o termo “poderão”.

Isso porque, o artigo 1.365 do Código Civil, aplicável às demais espécies de alienação fiduciária em garantia por força do artigo 1.368-A¹⁶, também do Código Civil, dispõe que *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.*

Assim, em caso de excussão da garantia pelos credores, a lei proíbe o credor de ficar com o bem dado em garantia após sua excussão. Trata-se da proibição do chamado pacto comissório. Confira-se doutrina nesse sentido:

*A lei proíbe o pacto comissório como cláusula dos contratos instituidores de garantia real. Quer dizer, o credor não pode ficar com a coisa sobre a qual recai a garantia como forma de satisfazer seu crédito, tanto na hipótese de direito real de garantia como na de direito real em garantia (Gomes, 1970:113). **Em razão dessa vedação, o titular da garantia tem o ônus de vender a terceiros a***

¹⁶ Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

coisa onerada, ou pelo menos tentar vendê-la pelo preço atribuído de comum acordo com o outorgante.¹⁷ (Grifou-se)

O parágrafo único do artigo 1.365 do Código Civil, entretanto, dispõe que *o devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta*. A situação acima, portanto, pode ser excepcionalizada caso haja consenso em sentido contrário entre credor e devedor. Fábio Ulhoa prossegue apresentando entendimento convergente com o texto legal:

*(...) . Veja que, após o vencimento, nada impede o devedor de dar a coisa onerada por direito real de garantia em pagamento da dívida ao credor, se este concordar (CC, art. 1.428, parágrafo único); também não há óbice à entrega ao credor fiduciário, pelo devedor fiduciante, do direito que titula sobre o bem onerado, em dação em pagamento (art. 1.365, parágrafo único). Não há, nesses casos, nenhuma incompatibilidade com a proibição do pacto comissório, porque a dação decorre de ato voluntário das partes, que veem nela a alternativa mais adequada aos seus interesses para extinguir a obrigação garantida.*¹⁸

No mesmo sentido é o texto do artigo 26 parágrafo 8º da Lei 9.514/97, que dispõe que: *o fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27*. Referido artigo 27 trata da necessidade de realização de leilões para a alienação do imóvel dado em garantia.

Verifica-se, assim, que, em regra, a lei proíbe o credor de ficar com o bem dado em garantia fiduciária, salvo acordo entre as partes nesse sentido.

Da eventual diferença de crédito após a excussão da garantia

Com relação à alienação fiduciária disciplinada pelo Código Civil, a lei é clara ao dispor que quando vendida a coisa, o produto não basta para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, o devedor continuará obrigado pela diferença (art. 1.366 do Código Civil).

¹⁷ Coelho, Fábio Ulhoa - **Curso de direito civil, volume 4 : direito das coisas, direito autoral** / Fábio Ulhoa Coelho. — 4. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

¹⁸ Coelho, Fábio Ulhoa – **Ob. cit.**

Em razão do disposto no artigo 1.368-A¹⁹ do Código Civil, a obrigação do devedor pela diferença do crédito também é aplicável para as alienações fiduciárias em garantia constituídas com base na Lei 4.728/1965.

A problemática maior, entretanto, está relacionada à alienação fiduciária em garantia de bens imóveis regulada pela Lei 9.514/1997, conforme se verá a seguir.

Como visto, a alienação fiduciária regulada pela Lei 9.514/1997 é o negócio jurídico pelo qual o devedor-fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor-fiduciário da propriedade resolúvel de coisa imóvel (art. 22 *caput* da Lei 9.514/1997).

Com o pagamento da dívida resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel, mediante o fornecimento, pelo credor-fiduciário, de termo de quitação para cancelamento do registro da propriedade fiduciária junto ao registro de imóveis. A propriedade, assim, volta a ser plena e consolida-se em nome do devedor-fiduciante (art. 25 e §§ da Lei 9.514/1997).

Por outro lado, inadimplida a obrigação garantida, o devedor-fiduciante será intimado para purgar a mora²⁰ no prazo de 15 dias. Purgada a mora, o contrato restabelecer-se-á ficando o devedor obrigado ao pagamento das demais parcelas vincendas, caso haja (art. 26 *caput* c/c §§1º e 5º da Lei 9.514/1997).

Entretanto, decorrido o prazo de 15 dias sem a purgação da mora,

¹⁹ Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

²⁰ Nos termos do artigo 26, §1º da Lei 9.514/1997, é a satisfação, no prazo de quinze dias, da prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

a propriedade consolidar-se-á em nome do credor, que terá o prazo de 30 dias para promover um leilão público para a venda do imóvel (art. 26 §7º c/c art. 27 *caput* da Lei 9.514/1997).

Caso no primeiro leilão não haja lance que alcance o valor do imóvel, será realizado um segundo leilão no prazo de 15 dias (art. 27 §1º da Lei 9.514/1997).

No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida e seus acessórios, devolvendo-se ao devedor o que sobejar, fato esse que importará em recíproca quitação (art. 27 §§2º a 4º da Lei 9.514/1997).

A problemática surge se, no segundo leilão, o maior lance não for igual ou superior ao valor da dívida e seus acessórios, hipótese em que, com base na literalidade do texto legal, a dívida será considerada extinta e o credor exonerado, por óbvio, da obrigação de devolver eventuais diferenças e valores referentes a benfeitorias ao devedor. Nesse caso, ficará o credor obrigado a conceder termo de quitação ao devedor. (art. 27 §§5º e 6º²¹ da Lei 9.514/1997).

A doutrina e a jurisprudência ainda são vacilantes acerca do assunto, havendo entendimentos que consideram extinta a dívida e outros que defendem que o devedor permanecerá obrigado pela diferença do crédito.

Confira-se doutrina de Fabio Ulhoa que, com base na literalidade da lei, apresenta entendimento que a dívida será extinta caso não se obtenha lance no segundo leilão tratado pela Lei 9.514/1997:

Em relação à venda do bem objeto da garantia real, estabelece a lei que o imóvel só poderá ser vendido, no primeiro público leilão, se o maior lance for igual ou superior ao valor da coisa indicado em contrato. Não havendo tal lance, realiza-se o segundo público leilão, em que o imóvel será vendido apenas se o maior lance se igualar ou superar o valor do crédito garantido mais as despesas. Se ninguém fizer oferta

²¹ Art. 27. (...)

§ 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.

nesse valor mínimo no segundo público leilão, o fiduciário se desobriga de vender o bem onerado e o fiduciante se exonera da obrigação em atraso (Lei n. 9.514/97, art. 27, § 5º)²²

No mesmo sentido, colaciona-se precedente judicial que considerou a dívida extinta:

(...) 2. Contrato discutido que foi firmado sob a égide do sistema financeiro de habitação. SFH, com alienação fiduciária em garantia, sendo regulado pela Lei nº 9.514/97, que instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel. 3. O art. 26, da Lei nº 9.514/97, que disciplina a fase inicial do procedimento de consolidação da propriedade imobiliária em favor do credor fiduciário, dispõe que, uma vez inadimplente e constituído em mora o devedor fiduciante, deve o credor intimá-lo pessoalmente, ou através de representante legal ou procurador regularmente constituído, para purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias, através do competente cartório de registro de imóveis. 4. Purgada a mora, convalescerá o contrato de alienação fiduciária; caso contrário, o oficial do competente registro de imóveis, certificando tal fato, fará a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, comprovado o pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* e, se houver, do laudêmio. 5. Há nos autos uma certidão do registro geral de imóveis do 1º ofício de Paulista/PE, a demonstrar que a fiduciante fora intimada para satisfazer as prestações vencidas e vincendas, não tendo purgado a mora, expediente que foi realizado com a observância das regras procedimentais de caráter formal, donde se denota a higidez do procedimento de consolidação da propriedade fiduciária pela CEF. **6. Ainda em observância ao regime legal, a caixa promoveu a realização de dois leilões para a alienação do imóvel, porém, não foi recebido lance para arrematação, o que culminou com a extinção da dívida, nos termos do § 5º, do art. 27, da Lei nº 9.514/97.** Assim, observadas as exigências legais, merece acolhida a pretensão de imissão na posse. (...) ²³ (Grifou-se)

Em sentido diverso é a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio Bellizze, do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), que manteve a decisão do tribunal de origem que entendeu pela inaplicabilidade do Art. 27, §5º da Lei 9.514/1997 e pelo prosseguimento da execução, uma vez que o valor do bem imóvel dado em garantia fiduciária, obtido no segundo leilão, era insuficiente para quitar integralmente o débito. **Registre-se que no caso deste precedente judicial, o gravame constituído se deu em garantia parcial da dívida, não tendo ainda a dívida sido contraída para a aquisição do bem excutado:**

(...) EXECUÇÃO GARANTIDA POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA -

²² Coelho, Fábio Ulhoa – **Ob. cit.**

²³ TRF 5ª R.; AC 0002211-13.2010.4.05.8300; PE; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano; DEJF 01/03/2013; Pág. 430.

Imóvel oferecido em garantia fiduciária, cujo valor é inferior ao do crédito perseguido pelo exequente - Considerando que o valor do imóvel ofertado em garantia fiduciária é insuficiente para quitação integral da dívida, a execução, em tese, pode prosseguir visando à satisfação do saldo devedor remanescente, ressalvada a reapreciação desta controvérsia em caso de eventuais embargos - Decisão mantida. (...) O Tribunal de origem entendeu que o preço obtido pelo imóvel dado em garantia não serviria para quitar integralmente a dívida (afastando, portanto, o art. 27, § 5º, da Lei n. 9.514/1997) tendo em vista as características do contrato. Assinalou, em primeiro lugar, que a dívida não foi contraída para aquisição do bem excutido. Além disso, o gravame constituído se deu expressamente como garantia parcial da dívida. Finalmente, haveria previsão contratual expressa (cláusula 20) de que a execução das garantias ofertadas não elidiria, restringiria ou eliminaria o direito de crédito do banco.²⁴

Com o propósito de pôr fim às diferentes interpretações mencionadas acima acerca da extinção da dívida, registre-se que tramita projeto de lei²⁵ que pretende incluir novo parágrafo no artigo 27 da Lei 9.514/97 com a seguinte redação:

§ 9º A extinção da dívida e a exoneração do devedor da respectiva obrigação, previstas nos §§ 4º e 5º deste artigo, aplicam-se tão somente às operações de financiamento imobiliário, não se estendendo, em hipótese alguma, a qualquer outra modalidade de financiamento na qual se utilize contratualmente da alienação fiduciária em garantia". (Grifou-se)

Observa-se, assim, que a tendência dos tribunais já é a de adotar o entendimento que o projeto de lei pretende emplacar, conforme decisão do STJ mencionada anteriormente.

Com relação à aplicação do artigo 53²⁶ da Lei nº. 8.078, 11 de setembro de 1990 ("Código de Defesa do Consumidor" ou "CDC"), que dispõe que nas alienações fiduciárias em garantia de bens imóveis, consideram-se nulas as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em

²⁴ STJ. Recurso Especial n. nº 818.237 – SP (2015/0298116-0). Decisão monocrática Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 02 fev. 2016, Publicação: DJ 17 fev. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoas/doc.jsp?livre=2015%2F02981160&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: outubro 2016.

²⁵ Projeto de Lei nº. 6.525, de 2013, proposto pelo Deputado Carlos Bezerra.

²⁶ 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.

benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a retomada do bem alienado, o entendimento que prevalece é o de que se aplica a Lei 9.514/1997, seja pela especialidade, seja porque é posterior ao CDC. Confira-se precedente do STJ nesse sentido:

(...) No caso, o decisório firmou que tratando-se de compra e venda de imóvel com alienação fiduciária não se aplica o código consumerista, pois prevalece a incidência da norma especial contida na Lei n. 9.514/1997 posterior ao CDC, naquilo que diz respeito às consequências do inadimplemento do devedor. Os agravantes, entretanto, limitaram-se a afirmar que nos termos do CDC teriam direito à devolução das prestações pagas com retenção, em favor do agravado de 20% valor. Incide, no caso, o verbete da Súmula 182/STJ. 2. Agravo regimental não-provido.²⁷ (Grifou-se)

Verifica-se, portanto, que para as alienações fiduciárias constituídas com base na Lei 4.728/1965 e no Código Civil, a lei é clara ao dispor que o devedor permanecerá obrigado pela diferença de crédito, caso a excussão da garantia não seja suficiente. Com relação à alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, entretanto, a doutrina e a jurisprudência ainda são vacilantes a esse respeito, sendo certo que há projeto de lei em andamento cujo objetivo é acabar com essa margem de interpretação.

²⁷ STJ. AgRg nos EDcl no AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 932.750 - SP (2007/0179976-4) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Data do julgamento: 25/5/2010.

Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que, atualmente, a legislação permite a alienação fiduciária em garantia de bens móveis fungíveis e infungíveis, bem como de bens imóveis e que a regra de desdobramento da posse pode variar a depender do bem dado em garantia e da legislação aplicável.

Conclui-se, ainda, que é proibido o pacto comissório, sem prejuízo de o devedor dar em pagamento o bem objeto da garantia, caso haja consenso entre as partes.

Quanto ao eventual saldo residual após a excussão da garantia, conclui-se que: **(a)** a Lei 4.728/1965 e o Código Civil são claros ao disporem que o devedor permanecerá obrigado pela diferença que sobejar o valor do bem dado em garantia; e **(b)** a Lei 9.514/1997 dispõe que após o procedimento administrativo previsto poderá haver extinção do débito, sendo certo que a doutrina e a jurisprudência divergem a esse respeito e há projeto de lei em tramitação que busca dar maior clareza nessa interpretação e cujo entendimento nos parece o mais acertado.

Referências

Lei nº. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de

Aeronáutica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm

Lei nº. 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm

Decreto-Lei nº. 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm

Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm

Lei nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm

Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

Lei nº. 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-

Projeto de Lei nº. 6.525, apresentado em 8/10/2013 pelo Deputado Carlos Bezerra (PMDB/MT). Altera a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que "Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências", para fins de disciplinar o tratamento da alienação fiduciária em garantia. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=595526>

Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível 000221113.2010.4.05.8300; PE; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano; DEJF 01/03/2013; Pág. 430.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. nº 818.237 – SP (2015/0298116-0). Decisão monocrática Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 02 fev. 2016, Publicação: Diário da Justiça: 17/2/2016.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 932.750 - SP (2007/0179976-4) Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento: 25/5/2010.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, *DJe* de 5.6.2009.

Coelho, Fábio Ulhoa - **Curso de direito civil, volume 4 : direito das coisas, direito autoral** / Fábio Ulhoa Coelho. — 4. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

Tartuce, Flávio - **Direito civil, v. 4 : direito das coisas** / Flávio Tartuce. — 6. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.