

**A COMPRA E VENDA COM FINANCIAMENTO
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA À LUZ DO TEMA
1.095 DO STJ**

Melhim Chalhub•

Sumário: I. A tese jurídica fixada no Tema 1.095/STJ e as ressalvas do voto condutor. I.1. O caso concreto. I.2. A diferenciação entre o contrato preliminar e a venda definitiva na jurisprudência do STJ. II. Repercussão da tese jurídica. Primeiras impressões. II.1. Quanto à demarcação do campo de incidência do precedente. II.2. Quanto à caracterização do inadimplemento por quebra antecipada do contrato. II.3. Quanto à análise dos requisitos da execução fiduciária disciplinada pela Lei 9.514/1997. Distorções conceituais na aplicação da tese. II.4. Estratégia processual dos devedores, que embaraça a sanção dos vícios processuais. III. A sistematização das normas sobre extinção dos contratos adotada pelo Código Civil/2002 e sua projeção no CDC e na Lei 4.591/1964. III.1. Imprescindível juízo de admissibilidade das pretensões de rescisão e de resolução. IV. Considerações finais.

I. A tese jurídica fixada no Tema 1.095/STJ e as ressalvas do voto condutor

Ao julgar o REsp 1.891.498-SP, afetado ao Tema 1.095, o Superior Tribunal de Justiça definiu tese jurídica segundo a qual, em execução de crédito fiduciário imobiliário, a liquidação deve observar o critério definido especificamente pelos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997, afastada a aplicação da regra geral do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos:

TEMA 1095: "Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária devidamente registrado, a resolução do pacto, na hipótese de inadimplemento do devedor, devidamente constituído em mora, deverá observar a forma prevista na Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, afastando-se, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor."¹

O que está em questão é a convivência, no sistema, de duas regras relacionadas ao tema: de uma parte, o art. 53 do CDC, que se refere genericamente à vedação do pacto comissório, ao considerar nula a cláusula inserta em contrato de promessa de venda ou

• Advogado. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, da Academia Brasileira de Direito Civil, da Academia de Direito Registral Imobiliário, Cofundador e Membro do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário - IBRADIM. Autor dos livros *Alienação Fiduciária - Negócio Fiduciário*, *Incorporação Imobiliária*, *Direitos Reais*, entre outros

¹ STJ, 2ª Seção, relator Min. Marco Buzzi, j. 26/10/2022, DJe 19.12.2022.

de alienação fiduciária que preveja a perda total das quantias pagas, em caso de resolução do contrato por inadimplemento do devedor, e, de outra parte, o art. 27, § 4º, da Lei 9.514/1997, que, ao dispor sobre a liquidação do crédito em caso de execução fiduciária, obriga o credor fiduciário a promover leilão do imóvel e entregar ao devedor fiduciante o saldo, se houver, do produto aí apurado.

A decisão soluciona a antinomia meramente aparente entre essas duas regras com fundamento nos critérios cronológico e da especialidade, até mesmo porque não há divergência em relação à vedação do pacto comissório.

A afetação do Tema 1.095 não abrange a hipótese de o inadimplemento anterior ao termo, e embora tenha mencionado acórdãos da 3ª Turma que o reconhecem como fundamento para aplicação do critério de liquidação estabelecido pelo § 4º do art. 27 da Lei 9.514/1997 (REsp 1867209/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 30/9/2020), o voto condutor considera que esse entendimento ainda não está maduro para ser apreciado pelo rito repetitivo. Em voto-vogal, a Ministra Nancy Andrighi, embora tenha acedido à redação da tese proposta pelo relator, ponderou que a iniciativa do devedor fiduciante de postular o desfazimento do contrato por simples desinteresse configura, por si só, quebra antecipada do contrato, que justifica a execução do crédito por parte do credor fiduciário.²

Além disso, e a despeito de reconhecer que o procedimento instituído pela Lei 9.514/1997 é o modo adequado para a extinção forçada do contrato fiduciário imobiliário, o voto condutor acena para a eventualidade de variação de procedimentos mediante sua substituição pela rescisão ou resolução do contrato, ao ressaltar que, “se inexistente o inadimplemento (falta de pagamento) ou, acaso existente, não houver o credor constituído em mora o devedor fiduciário, a solução do contrato não seguirá pelo ditame especial da Lei nº 9.514/97, podendo se dar pelo ditame da legislação civilista (artigos 472, 473, 474, 475 e seguintes) ou pela legislação consumerista (artigo 53), se aplicável, dependendo das características das partes por ocasião da contratação.”

Neste artigo submetemos ao debate algumas das principais questões relacionadas à anômala equiparação da execução e excussão fiduciária de bens imóveis aos efeitos da

² Extrai-se do voto da Ministra Nancy Andrighi “Nessa linha de ideias, o pedido de resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia, por desinteresse do adquirente na sua manutenção, qualifica-se como quebra antecipada do contrato (“anticipatory breach”), tendo em vista que revela a intenção do adquirente (devedor) de não pagar as prestações ajustadas. Destarte, o inadimplemento contratual, para fins de aplicação dos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997 não se restringe à ausência de pagamento no tempo lugar e modo contratados, mas abrange também o comportamento contrário do devedor ao cumprimento da avença (quebra antecipada do contrato), manifestado por meio do pedido de resolução do contrato por impossibilidade superveniente de arcar com os valores contratados.”

resolução do contrato preliminar de promessa de venda, ignorando a sistematização do tema da extinção dos contratos estabelecida pelo Código Civil de 2002, além de outras distorções decorrentes da dispensa do juízo de admissibilidade para decretação de resilição ou resolução dessa espécie de contrato.

I.1. O caso concreto

Na origem, a empresa incorporadora-credora fiduciária promoveu a execução do seu crédito constituído em contrato de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, mediante procedimento extrajudicial realizado no Registro de Imóveis da circunscrição em que se situa o imóvel, como determina o art. 26 da Lei 9.514/1997; não tendo havido purgação da mora, obteve a consolidação da propriedade, promoveu leilão, no qual não se apurou saldo a entregar ao devedor fiduciante, e ajuizou ação de reintegração de posse contra o ex-devedor fiduciante, que, citado, distribuiu, por dependência, ação requerendo a restituição das quantias pagas por critério análogo ao da liquidação da resolução das promessas de venda, a que se refere a Súmula 543/STJ; o juiz afastou a preliminar de conexão e julgou improcedente o pedido, por entender prevalecente o critério definido no § 4º do art. 27 da Lei 9.514/1997; o Tribunal de origem deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo ex-devedor fiduciante e reformou a sentença, determinando à ex-credora fiduciária a restituição de 90% das quantias pagas considerando tratar-se de “situação que evidencia o intuito de burlar o direito dos adquirentes de desfazer o negócio jurídico.”

A incorporadora, ex-credora fiduciária, interpôs o Recurso Especial 1.891.498-SP, ao qual a Segunda Seção do STJ deu provimento parcial para determinar a aplicação do critério de liquidação definido especificamente para a execução fiduciária pelo § 4º do art. 27 da Lei 9.514/1997 e, para os fins repetitivos, fixou tese jurídica, segundo a qual prevalecem as normas procedimentais estabelecidas pela Lei 9/514/1997 sobre o art. 53 do CDC por se tratar de critério de liquidação típico da execução de crédito com garantia real fiduciária (CPC, art. 784, V, CC, (arts. 1.364 e 1.365, e a Lei 9.514/1997, arts. 26 e 27).

I.2. A diferenciação entre o contrato preliminar e a venda definitiva na jurisprudência do STJ

A afetação do tema foi justificada pela necessidade de pôr fim a divergências verificadas nas instâncias ordinárias, que davam à extinção forçada do contrato de crédito fiduciário tratamento equivalente ao previsto na Súmula 543/STJ para a resolução dos contratos preliminares de promessa de venda de imóveis em construção sob regime da incorporação imobiliária.

Em regra, esses contratos são celebrados em etapas distintas no curso da construção e na conclusão processo produtivo da incorporação imobiliária.

Assim, na fase da construção, a comercialização se dá mediante contrato preliminar de promessa de venda, tendo por objeto a transmissão das frações ideais de terreno e acessões (CC, arts. 463, 1.417 e 1.418, e Lei 4.591/1964, arts. 28 e ss).

Já depois de concluída a obra e expedido o “habite-se” efetiva-se a venda definitiva, em regra em um único instrumento que reúne os contratos de (i) compra e venda, (ii) mútuo ou operação de crédito equivalente e (iii) alienação fiduciária (CC, arts. 481 e ss, 586 e ss, e Lei 9.514/1997, arts. 22 e ss).

Se sobrevier o inadimplemento de obrigações constituídas nesses distintos contratos a extinção forçada se dá por diferentes modos, de acordo com a peculiar natureza do tipo.

Assim, o inadimplemento de obrigações da promessa de venda enseja sua extinção forçada mediante resolução por iniciativa do contratante lesado, com efeito *ex tunc*, retornando as partes ao estado anterior, com a indenização das perdas e danos a cargo do inadimplente (CC, art. 475, e Lei 4.591/1964, art. 67-A), mas o inadimplemento da obrigação de pagar a dívida fiduciária enseja procedimento de execução com efeito *ex nunc*, operando-se a liquidação do crédito mediante leilão do imóvel e entrega do saldo, se houver, ao devedor (Lei 9.514/1997, arts. 26 e 27).

Essa diferenciação de tratamento foi objeto do acórdão proferido pela 4ª Turma do STJ em 2008 no Agravo de Instrumento 932.750-SP, que assenta: “Em verdade, a situação fática dos autos discrepa daquela em que firmado o entendimento desta Corte Superior, conforme julgados colacionados; trata-se, *in casu*, de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis e não de simples promessa de compra e venda (...); a solução da controvérsia, seja ela buscada no âmbito do conflito de normas, seja pela ótica da inexistência de conflitos entre os dispositivos normativos em questão, leva à prevalência da norma específica de regência da alienação fiduciária de bens imóveis.”

Desde então a jurisprudência do STJ se manteve uniforme e veio a ser positivada pela Lei 13.786/2018, que incluiu na Lei 4.591/1964 o art. 67-A e seus parágrafos, que discriminam os diferentes efeitos da resolução da promessa de venda, de uma parte, e da execução do crédito fiduciário e hipotecário, de outra parte.

Quanto às promessas, os §§ 1º ao 9º do art. 67-A limitam a cláusula penal e diferem a restituição de quantias ao promitente comprador para momento posterior ao “habite-se”.

Quanto à execução do crédito fiduciário e hipotecário, o § 14 do art. 67-A dispõe que “a restituição far-se-á de acordo com os critérios estabelecidos na respectiva lei especial ou com as normas aplicáveis à execução em geral,” remetendo, portanto, no caso de execução fiduciária imobiliária, ao critério definido no § 4º do art. 27 da Lei 9.514/1997.

Ocorre que nem a jurisprudência consolidada no STJ desde o acórdão precursor proferido em 2008 nem sua positivação na Lei 13.786/2018 foram capazes de pôr fim à divergência verificada nas instâncias ordinárias, situação que justificou a afetação do tema, cadastrado sob o nº 1.095, e a reafirmação da prevalência da lei especial sobre a lei geral, agora em forma de precedente obrigatório.

II. Repercussão da tese jurídica. Primeiras impressões

Apesar de o precedente identificar unicamente o procedimento disciplinado pela Lei 9.514/1997 como veículo adequado à extinção forçada do contrato de crédito fiduciário tomado pelo devedor fiduciante para compra de imóvel, há nuances no contexto do acórdão que, se não consideradas com a atenção voltada para a *ratio decidendi* nas instâncias ordinárias, poderão comprometer o processo de uniformização da jurisprudência por inobservância dos requisitos de admissibilidade, ou não, de cada um dos diferentes modos de extinção ali mencionados.

E, de fato, passados dez meses desde a publicação do acórdão em dezembro de 2022, embora a expectativa de uniformização da jurisprudência venha se confirmando em parte, mediante afastamento de pretensão de extinção de contratos de crédito fiduciário por modos distintos daquele definido na Lei 9.514/1997, ainda se observam sinais das mesmas divergências que haviam justificado a afetação do Tema 1.095, pois ainda se registram muitas decisões pela rescisão unilateral ou resolução.

Muitas dessas decisões sequer submetem o pedido ao necessário exame de admissibilidade, limitando-se a fundamentar em que, faltando o registro, aplica-se o CDC, como se o fato de a compra com financiamento e garantia fiduciária configurada como relação de consumo dispensasse o autor da ação de rescisão ou de resolução do preenchimento dos requisitos estabelecidos pelos arts. 473 e 475 do Código Civil.

Esses efeitos são observados no exame de decisões proferidas pelo próprio STJ e alguns dos principais tribunais do país, que são consideradas a seguir, com a atenção voltada para o enunciado do precedente e para as alternativas ventiladas no acórdão.

II.1. Quanto à demarcação do campo de incidência do precedente

As divergências que justificaram a afetação do Tema 1.095 se restringem aos contratos de compra e venda de imóveis com financiamento e pacto adjeto de alienação fiduciária, entre os quais preponderam a comercialização e o financiamento de imóveis produzidos na atividade da incorporação, daí porque o STJ restringiu seu objeto a esse tipo de contrato.

Portanto, excluem-se do campo de incidência do precedente do Tema 1.095/STJ as operações de crédito com garantia fiduciária de imóveis, em geral, não destinadas à compra e venda de imóveis, realizadas entre particulares e preponderantemente no mercado financeiro e no mercado de capitais, entre eles os empréstimos em geral sem destinação específica (*home equity*), financiamentos de capital de giro etc, cuja execução se sujeita à lei especial sem qualquer das ressalvas constantes do enunciado da tese jurídica fixada no acórdão que fixou a tese jurídica.

De outra parte, ao dar provimento ao recurso especial interposto por empresa incorporadora que financiou diretamente o comprador e recebeu garantia fiduciária do mesmo imóvel em seu favor, a Segunda Seção do STJ reconhece a legalidade da contratação da garantia fiduciária em favor do próprio vendedor, independente da intervenção de um terceiro financiador.

A decisão é coerente com a lógica das vendas a crédito em geral e com a expressa previsão legal dos arts. 5º e 22 da Lei 9.514/1997, que facultam essa contratação “por qualquer pessoa física ou jurídica.”

Em relação a esse aspecto é digno de nota o Enunciado de Uniformização de Jurisprudência aprovado logo após a publicação do acórdão do Tema 1.095/STJ pelas Turmas Recursais Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, segundo o qual é “dispensada vinculação da promitente vendedora ao sistema financeiro imobiliário – SFI - além de não serem aplicáveis as disposições do CDC, nem da Súmula 543 do STJ.”³

³ “Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária, a resolução do pacto, na hipótese de inadimplemento do devedor fiduciante, observará as disposições da Lei nº 9.514/97, dispensada vinculação da promitente vendedora ao sistema financeiro imobiliário – SFI - além de não serem aplicáveis as disposições do CDC, nem da Súmula 543 do STJ.” (Incidente de Uniformização Jurisprudência, nº 71009651308, Turmas Recursais Cíveis Reunida, Turmas Recursais, Relator: Luiz Augusto Guimaraes de Souza. Julgamento: 29-3-2023. Publicação: 12.4.2023).

Entretanto, ainda se constata a existência de uma ou outra decisão que não reconhece a legitimidade da incorporadora para financiar diretamente e receber garantia fiduciária, contrapondo-se ao acórdão proferido no Tema 1.095.⁴

II.2. Quanto à caracterização do inadimplemento por quebra antecipada do contrato

Em relação ao requisito do inadimplemento prevista no art. 26 da Lei 9.514/1997, a doutrina e a jurisprudência há muito admitem sua caracterização por “declaração expressa do devedor no sentido de que não irá cumprir com a obrigação”, com fundamento no princípio da boa-fé objetiva.⁵

De fato, o inadimplemento pode ficar caracterizado antes da exigibilidade da prestação em caso de ação ou omissão do devedor que configure grave violação do contrato⁶, conduzindo a “uma situação que inevitavelmente levará ao descumprimento”⁷ e

⁴ “RESCISÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA COM PACTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Decisão que deferiu em parte a tutela de urgência. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Insurgência da parte ré. Agravo de instrumento que deve analisar apenas se presentes os requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil. Possibilidade de suspensão das parcelas e, ainda, da não inscrição dos nomes dos agravantes em cadastro de proteção ao crédito, por ora. Partes que firmaram compromisso particular de compra e venda de terreno com pacto de alienação fiduciária. Identidade entre a promitente vendedora e a credora fiduciária. Indícios de fraude para dificultar a rescisão do negócio jurídico. Precedentes. Aplicação da legislação consumerista. Decisão mantida. Recurso desprovido.” (TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 2106278-88.2023.8.26.0000, Des. Maria Salete Corrêa Dias, DJe 3.10.2023).

⁵ “RESCISÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA COM PACTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Decisão que deferiu em parte a tutela de urgência. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Insurgência da parte ré. Agravo de instrumento que deve analisar apenas se presentes os requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil. Possibilidade de suspensão das parcelas e, ainda, da não inscrição dos nomes dos agravantes em cadastro de proteção ao crédito, por ora. Partes que firmaram compromisso particular de compra e venda de terreno com pacto de alienação fiduciária. Identidade entre a promitente vendedora e a credora fiduciária. Indícios de fraude para dificultar a rescisão do negócio jurídico. Precedentes. Aplicação da legislação consumerista. Decisão mantida. Recurso desprovido.” (TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 2106278-88.2023.8.26.0000, Des. Maria Salete Corrêa Dias, DJe 3.10.2023).

⁶ Judith Martins-Costa observa que a caracterização do inadimplemento antecipado depende do preenchimento de pelo menos três requisitos: “(i) ocorra um inadimplemento imputável caracterizado como grave violação do contrato, possibilitando uma justa causa à resolução; (ii) haja plena certeza de que o cumprimento não se dará até o vencimento; (iii) caracterize-se, por parte do devedor uma conduta culposa, seja ao declarar que não vai cumprir, seja ao se omitir quanto aos atos de execução, recaindo em inércia de modo que o seu comportamento contratual nada indique no sentido da execução (comportamento concludente)” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 769-770).

⁷ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 127. Nas palavras do autor, “o incumprimento pode resultar de conduta contrária do devedor, por ação (venda do estoque, sem perspectiva de reposição) ou omissão (deixar as medidas prévias indispensáveis para a prestação), ou de declaração expressa do devedor no sentido de que não irá cumprir com a obrigação.”

legitimando o credor a requerer a resolução do contrato, ou a execução da prestação pelo equivalente, e a indenização das perdas e danos.⁸

Nos contratos de mútuo, ou operação de crédito equivalente, a iniciativa da extinção do contrato, mediante execução do crédito, é exclusivamente o credor, podendo o devedor, caso não possa cumprir o contrato por não dispor recursos ou por outros motivos, cogitar da dação em pagamento do seu direito eventual ao credor, desde que este concorde em receber o bem em vez do dinheiro.

Na prática, entretanto, é usual que os devedores fiduciários que se encontrem essa situação prefiram ajuizar ação de resolução contra o credor pedindo a restituição das quantias pagas por analogia ao critério de liquidação da resolução da promessa de venda, pois a extinção do contrato mediante dação em pagamento comporta negociações com o credor, que pode não lhe proporcionar restituição nos termos desejados pelo devedor.

Ocorre que o fato de o devedor fiduciante declarar que não vai cumprir, manifestando pretensão de desfazimento do contrato de crédito fiduciário, mesmo que o faça ajuizamento de ação enquanto adimplente, ainda assim estará caracterizado o inadimplemento anterior ao termo, definido pelo art. 26 da Lei 9.514/1997 como requisito da execução extrajudicial, situação que impõe a liquidação do crédito pelo critério estabelecido pelo § 4º do art. 27 da mesma Lei 9.514/1997.

Não se ignora, como vimos, que a caracterização do inadimplemento por essa forma não foi considerada no julgamento do Tema 1.095, mas, não obstante, tem sido reconhecida com relativa frequência quando manifestada por devedores fiduciantes em ações de resolução propostas contra credores fiduciários, seja em decisões proferidas nas instâncias ordinárias ou em acórdãos proferidos no STJ. Nesses casos, a despeito da impropriedade da ação de resolução, essas decisões acolhem o pedido, mas rejeitam a aplicação de critério de liquidação análogo ao da promessa de venda por inadequado à natureza jurídica do contrato de crédito, determinando a “observância do procedimento específico estabelecido nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97 para a satisfação da dívida garantida fiduciariamente e devolução do que sobejar ao adquirente.”⁹

⁸ “Trata-se, portanto, de inadimplemento *atual* da prestação, e não de previsão de inadimplemento futuro, pelo que pode o credor adotar desde logo as medidas cabíveis” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 273).

⁹ “Recurso especial. Ação de resolução de contrato c/c restituição de valores. Contrato de compra e venda de imóvel com pacto adjeto de alienação fiduciária. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência. Pretensão de rescisão unilateral. Inadimplemento antecipado. Incidência da lei nº 9.514/97. 1. Ação de resolução de contrato c/c restituição de valores ajuizada em 02/06/2016, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 03/03/2022 e concluso em 15/12/2022. 2. O propósito recursal consiste em decidir sobre a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional e a aplicabilidade do procedimento

Dado que a controvérsia não foi solucionada no julgamento do Tema 1.095, persistem decisões divergentes, comprometendo a estabilidade do mercado de crédito imobiliário e, em consequência, gerando insegurança jurídica na realização da política habitacional.

II.3. Quanto à análise dos requisitos da execução fiduciária disciplinada pela Lei 9.514/1997. Distorções conceituais na aplicação da tese

O enunciado da tese jurídica menciona os requisitos da execução extrajudicial – registro do contrato e caracterização da mora e do inadimplemento – e, assim, põe em relevo os

previsto nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97 na hipótese em que o adquirente manifesta sua intenção de resolver o contrato por dificuldades financeiras (“anticipatory breach”). 3. Nas obrigações sujeitas a termo, em regra, o credor somente poderá exigir o seu cumprimento na data do vencimento (arts. 331 e 939 do CC/02), de modo que o inadimplemento somente restará caracterizado caso não satisfeita a prestação no tempo convencionado. No entanto, é possível que antes do termo ajustado o devedor declare ao credor que não cumprirá a obrigação ou adote comportamento concludente no sentido do não cumprimento. Nessa hipótese, estará caracterizado o inadimplemento antecipado do contrato (“anticipatory breach of contract”). 4. No momento em que o adquirente manifesta o seu interesse em desfazer o contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária, fica caracterizada a quebra antecipada, porquanto revela que ele deixará de adimplir a sua obrigação de pagar. Embora não se trate, ainda, de uma quebra da obrigação principal, o seu futuro incumprimento é certo, o que torna imperiosa a observância do procedimento específico estabelecido nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97 para a satisfação da dívida garantida fiduciariamente e devolução do que sobejar ao adquirente. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (STJ, REsp 2.042.323-RN, rel. Min. Nancy Andrighi, 24.8.2023).

“Recurso especial. Ação de resolução de contrato. Compra e venda de imóvel garantida mediante alienação fiduciária. Desinteresse do adquirente. Possibilidade de decretação da resolução do contrato. Observância ao procedimento previsto nos arts. 26 e 27 da lei n.9.514/1997 para devolução do que sobejar ao adquirente. Precedentes. Recurso especial desprovido. A jurisprudência da Terceira Turma desta Corte Superior se posiciona no sentido de que, em casos como o presente - nos quais os adquirentes, mesmo sem ter o vendedor dado razão para tanto, ajuizou ação de resolução do contrato (anticipatory breach) -, deve ser acatada a possibilidade de resolução do contrato pelo desinteresse dos compradores, mas a devolução dos valores pagos deverá observar o procedimento estabelecido nos arts. 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997.” (REsp 1.087.914-SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 16.8.2023).

“Rescisão de contrato com pedido de restituição de quantias pagas – Autora que adquiriu lote da ré – Compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária registrado – Demanda a pretexto de não mais ter interesse no negócio por problemas financeiros – Reconvenção – Sentença de parcial procedência da ação principal e improcedência da reconvenção – Recurso da ré/reconvinte, limitado ao capítulo da sentença que julgou o pedido principal – Acolhimento – Compra e venda perfeita e acabada, registrada na matrícula do imóvel – Impossibilidade de se desfazer negócio irretratável, já consumado e registrado na matrícula, por mero desejo da parte adquirente, que em verdade significaria obrigar que a vendedora lhe readquirisse o bem – Inexistência de exceção por inadimplemento da alienante – Pretensão de aplicação do CDC, pelo mero desinteresse, que não se admite – Inaplicabilidade da tese fixada no Tema 1.095 do C. STJ, que expressamente exclui sua incidência nos casos de quebra antecipada do contrato, tal como na situação telada – Distinguishing – Quebra antecipada (anticipatory breach), por seu turno, que deve ser equiparada à mora propriamente dita e, da mesma forma, conduz à liquidação pela sistemática da lei especial – Precedentes – Sentença reformada – RECURSO PROVIDO.” (TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação 1026650-61.2018.8.26.0576, rel. Des. Fernando Reverendo Vidal Akaoui, DJe 11.10.2023).

atos de registro e de certificação da mora e do inadimplemento, todos da competência do oficial do Registro de Imóveis (Lei 9.514/1997, arts. 23 e 26).

Para se perceber o exato sentido e o alcance específico da menção ao registro como requisito da execução fiduciária é preciso voltar atenção para a função dos atos registrais na dinâmica do procedimento extrajudicial.

Com efeito, o procedimento de execução fiduciária extrajudicial se desenvolve inteiramente no ambiente do Registro de Imóveis da circunscrição onde se situa o imóvel objeto da garantia. Tem início mediante requerimento do credor, seguindo-se diligência de intimação do devedor para purgação da mora, que, por si só, constitui a comprovação da mora. Uma vez expirado o prazo sem a purgação da mora fixa caracterizado o inadimplemento. Tanto a mora quanto o inadimplemento são objeto de certidão do próprio oficial, que, a seguir, procederá à consolidação da propriedade mediante averbação na matrícula do imóvel, à vista de requerimento do credor, instruído com o comprovante de pagamento do ITBI e, se for o caso, do laudêmio, tudo de acordo com os §§ 1º ao 7º do art. 26 da Lei 9.514/1997.

Esses atos têm como ponto de partida o registro do contrato e todos são atos registrais que se interligam necessariamente na formação e no desenvolvimento do procedimento de execução e excussão mediante assentamentos na matrícula do imóvel, desde o requerimento do devedor até sua finalização, com as anotações sobre o leilão e a posterior venda do imóvel pelo ex-credor fiduciário, formulado pelo credor, passando pelas anotações sobre o leilão e a até sua a efetivação do registro da venda a ser feita pelo ex-credor fiduciário ao arrematante.

No curso do procedimento, cada um desses atos opera como “elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subsequente a ele se ligará posteriormente”, atendendo ao princípio da continuidade, aplicável ao sistema registral (Lei 6.015/1973, art. 195).¹⁰

É no contexto desse procedimento e por força desses atos registrais que o credor é investido na propriedade plena do imóvel e estará habilitado a formalizar sua venda ao arrematante no leilão.

¹⁰ Essa dinâmica peculiar do procedimento extrajudicial ilustra com clareza a forma como se materializa o princípio da continuidade do sistema registral imobiliário, pelo qual, segundo Afrânio de Carvalho, cada um dos atos de registro e de averbação no curso da operação e do procedimento de execução opera como “elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subsequente a ele se ligará posteriormente. (sem a inscrição prévia da propriedade, não se inscreve nenhum direito real limitado (...), já que para a sua outorga é preciso que o outorgante esteja previamente inscrito como titular do direito outorgado.” (CARVALHO, Afrânio de, *Tratado de Registros Públicos*. Rio de Janeiro Forense, 2. ed., 1977, p. 285/286).

E é em razão da peculiar natureza da garantia fiduciária imobiliária que a falta do registro inviabiliza a execução extrajudicial do crédito, mas somente a execução extrajudicial, pois o oficial do Registro só poderá deflagrar o procedimento se os elementos constantes do requerimento de intimação feito pelo credor e os demais elementos no curso do procedimento coincidirem com os dados da matrícula. Se o contrato não estiver registrado, o registrador deverá formular exigência para que o credor fiduciário o promova o registro do contrato de alienação fiduciária, como dispõem os arts. 188 e 198 da Lei 6.015/1973.

Entretanto, a falta de registro não compromete a validade e eficácia do contrato e a exigibilidade do crédito, pois mesmo sem registro esse contrato é classificado como título executivo extrajudicial (CPC, art. 784, II e III, e § 3º) e o modo de sua extinção em caso de inadimplemento é a execução, na qual o credor fiduciário estará habilitado a promover a penhora de qualquer bem do patrimônio do devedor fiduciante, inclusive do direito aquisitivo (CPC, art. 835, XII).

Não obstante, a desnecessidade do registro para efeito de validade e eficácia do contrato de crédito como título executivo extrajudicial entre as partes não só não tem sido considerada em decisões nas instâncias ordinárias, mas, também, a falta do registro tem sido invocada como fundamento para sujeição desse contrato de crédito ao regime do contrato preliminar de promessa de venda e para decretação da sua resolução sem qualquer juízo de admissibilidade à luz dos arts. 473 e 475 do Código Civil.¹¹

Trata-se de grave anomalia, não só porque o enunciado da tese jurídica firmada no Tema 1.095 não priva (e nem poderia privar!) o credor fiduciário do seu direito subjetivo de recuperação do crédito concedido mediante execução judicial, como também porque não há impedimento a que o credor supra essa e outras falhas procedimentais e promova a execução extrajudicial.

É como decidiu a 3ª Turma do STJ no julgamento do REsp 1.866.844-SP, que, por maioria, reconheceu que a falta de registro do contrato não retira sua eficácia entre as partes contratantes e, portanto, “não confere ao devedor fiduciante o direito de promover a

¹¹ “Ação de obrigação de fazer - Contrato de compra e venda de imóvel garantido por alienação fiduciária - Ausência de registro na matrícula do imóvel - Relação de natureza obrigacional - Incidência do Código de Defesa do Consumidor - Recurso ao qual se nega provimento. 1. Para a constituição da propriedade fiduciária de bens imóveis, e a consequente aplicação da Lei 9.514/1997, faz-se necessário que o contrato seja levado a registro perante o Serviço de Registro de Imóveis da respectiva circunscrição territorial (artigo 23, da Lei 9.514/97). 2. Deixando a credora de efetuar o registro do contrato na matrícula do imóvel, inaplicável ao caso a Lei 9.514, de 1997, nos termos do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso representativo da controvérsia (Tema 1.095), devendo ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor. 3. Efeito constitutivo do registro imobiliário.” (TJMG, 21ª Câmara Cível Especializada, Apelação 5020589-89.2018.8.13.0702, rel. Des. Marcelo Rodrigues, Dje 20.7.2023).

rescisão da avença por meio diverso daquela contratualmente previsto, tampouco impede o credor fiduciário de, após a efetivação do registro, promover a alienação do bem em leilão para só então entregar eventual saldo remanescente ao adquirente.”¹²

II.4. Estratégia processual dos devedores, que embaraça a sanção dos vícios processuais

O emprego de meios alternativos de extinção do contrato, incompatíveis com a natureza jurídica do contrato de crédito fiduciário, decorre de estratégia processual empregada por devedores fiduciantes, preponderantemente adimplentes, que deslocam o procedimento da extinção do contrato do Registro de Imóveis para o Judiciário ao se antecipar a qualquer iniciativa dos credores fiduciários.

Como vimos, os requisitos estabelecidos pela Lei 9.514/1997 constituem elementos essenciais do procedimento extrajudicial e devem ser analisados no âmbito do Registro de Imóveis da circunscrição do imóvel objeto da garantia, mas só se tornam exigíveis a partir do momento em que o credor protocola o requerimento de execução no Registro de Imóveis, ou seja, a partir do momento em que o devedor fiduciante deixa de pagar a dívida, no todo ou em parte. Nesse contexto, eventuais falhas do procedimento extrajudicial são sanáveis por diligências previstas na Lei de Registros Públicos colocadas em prática pelo oficial do Registro de Imóveis.

Seria o caso do registro do contrato, que, se não constar na matrícula do imóvel, será objeto de nota devolutiva pela qual o oficial abrirá prazo de dez dias úteis para o credor

¹² “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. IMÓVEL. COMPRA E VENDA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. REGISTRO. AUSÊNCIA. EFEITOS ENTRE OS CONTRATANTES. MANUTENÇÃO. ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL. REGISTRO. IMPRESCINDIBILIDADE. 1. A ausência do registro do contrato de alienação fiduciária no competente Registro de Imóveis não lhe retira a eficácia, ao menos entre os contratantes, servindo tal providência apenas para que a avença produza efeitos perante terceiros. 2. Ainda que o registro do contrato no competente Registro de Imóveis seja imprescindível à constituição da propriedade fiduciária de coisa imóvel, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.514/1997, sua ausência não retira a validade e a eficácia dos termos livre e previamente ajustados entre os contratantes, inclusive da cláusula que autoriza a alienação extrajudicial do imóvel em caso de inadimplência. 3. O registro, conquanto despiciendo para conferir eficácia ao contrato de alienação fiduciária entre devedor fiduciante e credor fiduciário, é, sim, imprescindível para dar início à alienação extrajudicial do imóvel, tendo em vista que a constituição do devedor em mora e a eventual purgação desta se processa perante o Oficial de Registro de Imóveis, nos moldes do art. 26 da Lei nº 9.514/1997. 4. A ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente Registro de Imóveis não confere ao devedor fiduciante o direito de promover a rescisão da avença por meio diverso daquele contratualmente previsto, tampouco impede o credor fiduciário de, após a efetivação do registro, promover a alienação do bem em leilão para só então entregar eventual saldo remanescente ao adquirente do imóvel, descontados os valores da dívida e das demais despesas efetivamente comprovadas. 5. Embargos de divergência não providos.” (REsp 1.866.844-SP, rel. Min. Nancy Andrighi; rel. para o acórdão, Min. Ricardo Cueva, DJe 9.10.2023).

fiduciário promover o registro, nos termos das normas cogentes dos arts. 188 e 198 da Lei 6.015/1973.¹³

Diversa é a questão da comprovação da mora e do inadimplemento, que não comporta a formulação de exigência ao credor fiduciário, pois essa comprovação é da competência do próprio oficial do Registro de Imóveis, que pode delegar ao oficial do Registro de Títulos e Documentos, mas não ao credor fiduciário.

Sendo esse o procedimento definido pela lei como veículo para a extinção forçada do contrato de crédito fiduciário imobiliário, resulta claro que a estratégia processual empregada por devedores fiduciantes destinada a obter requalificação do contrato, mesmo que por via imprópria, resulta frequentemente em decisões que ignoram os requisitos definidos nos arts. 473 ou 475 do Código Civil e acolhem pedidos de resolução ou resilição sob falso argumento de que a tese jurídica fixada no Tema 1.095 “somente afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de contrato registrado em cartório e adquirente inadimplente, devidamente constituído em mora.”¹⁴

Ora, a constatação de falta de documentos necessários à instrução da execução extrajudicial importa em necessária abertura de prazo para seu suprimento,¹⁵ indispensável para assegurar à parte o pleno exercício da ampla defesa e do

¹³ Lei 6.013/1973 (com a redação dada pela Lei 14.382/2022): “Art. 188. Protocolizado o título, proceder-se-á ao registro ou à emissão de nota devolutiva, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data do protocolo, salvo nos casos previstos no § 1º deste artigo e nos arts. 189, 190, 191 e 192 desta Lei. (...). Art. 198. Se houver exigência a ser satisfeita, ela será indicada pelo oficial por escrito, dentro do prazo previsto no art. 188 desta Lei e de uma só vez, articuladamente, de forma clara e objetiva, com data, identificação e assinatura do oficial ou preposto responsável, para que: (...); V - o interessado possa satisfazê-la; ou VI - caso não se conforme ou não seja possível cumprir a exigência, o interessado requeira que o título e a declaração de dúvida sejam remetidos ao juízo competente para dirimi-la.”

¹⁴ “Apelação. Rescisão contratual. Compra e venda. Alienação fiduciária. Tema 1.095 do STJ. Não incidência. Desistência do comprador. Instrumento particular de compra e venda de imóvel com alienação fiduciária em garantia. Desistência do adquirente. Pretensão das vendedoras de que a resolução do contrato se dê por execução extrajudicial, nos termos da Lei nº 9.514/97. Impossibilidade. Tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema 1.095 no sentido de que a Lei nº 9.514/97 somente afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de contrato registrado em cartório e adquirente inadimplente, devidamente constituído em mora. No caso dos autos os compradores não foram constituídos em mora. Determinação de devolução de 90% sobre os valores pagos, autorizado o desconto de eventuais débitos de consumo, IPTU e taxas condominiais em consonância com os precedentes do STJ: - Não se tratando de hipótese que impõe a execução extrajudicial do contrato e a aplicação da Lei nº 9.514/97, conforme decidido pelo STJ no julgamento do Tema nº 1.095, a resolução da avença com a retenção de 10% dos valores pagos pelo comprador mostra-se suficiente para a compensação do vendedor Precedentes do STJ Incabível a cobrança de taxa de ocupação, uma vez que não houve consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário.” (TJSP, 13ª Câmara de Direito Privado, Apelação 1015084-98.2019.8.26.0344/50000, rel. Des. Nelson Jorge Júnior, julgamento 3/3/2023).

¹⁵ Não se pode desprezar a regra geral de sanabilidade das falhas procedimentais, equivalente àquelas estabelecidas pelo Código de Processo Civil para seu suprimento, a exemplo dos arts. 282, § 2º, 303, § 6º, 321, 406, 801, 485, § 1º, 700, § 5º, 801, 968, § 5º, 1.071, § 10, entre outros.

contraditório, seja na fase originária ou recursal, e em estrita conformidade com o conteúdo do seu direito material.¹⁶

A falta de registro do contrato e da comprovação da mora e do inadimplemento não altera a natureza do contrato de crédito e, portanto, não pode privar o credor do direito de integral satisfação do crédito mediante execução e excussão do bem, seja por meio judicial ou extrajudicial.

A estratégia assim caracterizada constitui grave anomalia e pode ser contida, pois, embora as questões relacionadas à comprovação de registro, mora e inadimplemento sejam sanáveis originalmente no Registro de Imóveis, nada obsta que sejam supridas em juízo, como demonstram dois recentes julgamentos do STJ sobre o tema.

O primeiro é o acórdão proferido no REsp 1.866.844-SP, que, em ação de resolução requerida por devedor fiduciante com fundamento em falta de registro do contrato, determina seja que o vício seja suprido e que seja promovida a excussão do imóvel com base no art. 27 da Lei 9.514/1997.

O segundo é o acórdão proferido no REsp 2.042.323-RN, segundo o qual o pedido de rompimento do contrato manifestado pelo devedor fiduciante enquanto adimplente caracteriza quebra antecipada, que atende ao requisito do inadimplemento de que trata a Lei 9.514/1997 e, portanto, justifica extinção do contrato mediante aplicação do critério de liquidação estabelecido pelo seu art. 27, § 4º, pelo qual o imóvel deve ser levado a leilão, entregando-se ao devedor o saldo, se houver, do produto aí apurado.

Afinal, por mais contundente que seja o caráter normativo da tese jurídica, ela não tem o condão de conferir aos títulos executivos extrajudiciais o mesmo tratamento legal dado aos contratos preliminares de promessa de venda, não se podendo perder de vista que, mesmo que o devedor fiduciante promova qualquer ação contra o credor, ainda nesse caso fica preservada a exequibilidade do seu crédito, seja pela via judicial ou extrajudicial.¹⁷

¹⁶ “Direito processual civil. Pasep. Conta individual. Banco do Brasil. Legitimidade passiva. Teoria da asserção. Emenda à inicial não oportunizada na origem. I - A emenda da petição inicial é direito subjetivo do autor, de modo que sendo a emenda possível, configura cerceamento desse direito o indeferimento da inicial ou extinção do processo sem julgamento do mérito, sem concessão de prazo para correção do vício.” (TJDF, 6ª Turma Cível, Apelação Cível 07029072220208070005, rel. Desembargador José Divino, DJe 13.8.2020).

¹⁷ Observe-se que nas situações em que o devedor questiona o débito por meio de qualquer ação o CPC preserva a faculdade do credor de promover-lhe a execução: Código de Processo Civil: “Art. 784. (...) § 1º A propositura de qualquer ação relativa a débito constante de título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.”

III – A sistematização das normas sobre extinção dos contratos adotada pelo Código Civil/2002, sua projeção no CDC e na Lei 4.591/1964

A par das questões relacionadas aos requisitos do procedimento extrajudicial, e mesmo que não sejam sanados os vícios processuais correspondentes à falta de registro e à caracterização da mora e do inadimplemento (que, como demonstrado, não retira a exequibilidade do contrato), ainda assim o exame da pretensão de extinção do contrato mediante resilição ou resolução, ventiladas no voto condutor, deve ser examinada à luz da sistematização das normas sobre extinção dos contratos adotada pelo Código Civil/2002, com rigorosa observância dos seus requisitos.

Assim, diante de pretensão de resilição unilateral do contrato de compra e venda com financiamento e pacto adjeto de alienação fiduciária, não se pode deixar de ter presentes os pressupostos estabelecidos pelo art. 473 do Código Civil, que restringe a resilição unilateral aos “casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita”, bem como as regras especiais que disciplinam sua aplicação aos contratos que configurem relações de consumo e, ainda, aos contratos de comercialização de imóveis integrantes de incorporação imobiliária.

No primeiro caso, o Código de Defesa do Consumidor restringe o direito potestativo de resilição unilateral aos contratos celebrados fora da sede do fornecedor e limita seu exercício ao prazo de 7 dias (CDC, art. 49),¹⁸ enquanto a Lei 4.591/1964 faculta a resilição unilateral de contrato preliminar de promessa de venda assinado fora da sede da incorporadora também pelo prazo de 7 dias (art. 67-A, §§ 10 e 11).

Quanto a eventual pretensão de resolução, o devedor fiduciante deverá não só demonstrar seu adimplemento, mas, também, deverá provar que a incorporadora ou o banco financiador inadimpliu, pois o art. 475 do Código Civil faculta a resolução somente “à parte lesada pelo inadimplemento”, observando Araken de Assis que, por esse dispositivo “proclama-se a legitimação privativa do parceiro não inadimplente ou ‘fiel’ para demandar a resolução.”¹⁹

Essa regra geral do Código Civil é particularizada pelo art. 67-A e seus §§ 1º ao 9º da Lei 4.591/1964, que, em relação à resolução de contrato de promessa de venda no contexto da incorporação imobiliária, estabelece limite à cláusula penal e difere a restituição para momento posterior ao “habite-se”.

¹⁸ Lei 8.078/1990 (CDC) “Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.”

¹⁹ ASSIS, Araken, de, *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6. ed., 2019, p. 109.

III.1. Imprescindível juízo de admissibilidade das pretensões de resilição e de resolução

Sabendo-se, por elementar, que as técnicas procedimentais destinadas à tutela do direito material conformam-se à natureza jurídica e às singularidades da relação jurídica de que se trata, “à luz de uma regra de adaptabilidade inerente à condição instrumental do processo,”²⁰ o tratamento legal previsto no art. 475 do Código Civil e pelo art. 67-A, §§ 1º ao 9º, da Lei 4.591/1964, embora constitua modo de extinção adequado à promessa de venda, dada a interdependência de prestações nele exigíveis, é incompatível com a extinção dos contratos de crédito, ainda que a operação de crédito tenha sido destinada ao financiamento da aquisição do imóvel.

Por isso mesmo, o art. 67-A da Lei 4.591/1964, no seu § 14, realça a distinção entre os modos de extinção desses diferentes contratos, esclarecendo que o critério de liquidação dos contratos de compra e venda com financiamento e garantia real é aquele estabelecido pelo CPC para a execução comum ou o definido em lei especial sobre a excussão do bem, mediante leilão.

É como alguns acórdãos proferidos nas instâncias ordinárias têm interpretado a tese jurídica definida no Tema 1.095/STJ, ao julgar improcedentes pedidos de resolução de compra e venda com alienação fiduciária,²¹ fundamentando-se na “impossibilidade de

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 8. ed., 2016, v. I, p. 251.

²¹ “[...]. Garantia fiduciária registrada. Inaplicabilidade da tese vinculante aprovada pelo STJ no julgamento do Tema 1.095. Autor adimplente ao tempo do ajuizamento da ação. Fato que não justifica a resolução do contrato na forma pretendida na inicial. Compromisso de compra e venda extinto diante do esgotamento de seu objeto. Resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia por desinteresse do adquirente que configura quebra antecipada do contrato (“anticipatory breach”), mesmo que ainda não tenha havido mora no pagamento das prestações. Precedentes do STJ. Resolução que deve se submeter aos ditames da Lei nº 9.514/97. Ação improcedente. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1042100-73.2020.8.26.0576, rel. Desembargador Alexandre Marcondes, DJe 15.3.2023).

“[...]. *In casu*, trata-se de instrumento de compra e venda de unidade imobiliária, com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia, e não de mera promessa de compra e venda, de modo que se aplica a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, em detrimento das disposições do Código de Defesa do Consumidor, em razão da especialidade daquela. Tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, cadastrada sob o Tema 1.095. Assim, na espécie, não há que se falar em direito de arrependimento ou em desistência imotivada, não se revelando cabível a resilição da avença com a determinação de devolução de qualquer quantia ao apelante, uma vez que, descumprida a obrigação de pagamento do débito, se deve promover a execução da garantia, nos termos da lei específica que rege a matéria. Manutenção do decisum que se impõe. Recurso ao qual se nega provimento, majorando-se os honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre o *quantum* fixado pelo Magistrado a quo, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.” (TJRJ, 12ª Câmara Cível, Apelação 0002121-60.2019.8.19.0024, des. Geórgia de Carvalho, DJe 14.4.2023).

resolução do contrato, que perdeu a sua natureza bilateral (...). Garantia real deve ser executada na forma da Lei 9.514/97, com leilão do imóvel.”²²

De fato, na promessa de venda cada um dos contratantes ocupa simultaneamente posição credora e devedora, “em que cada um dos figurantes assume o dever de prestar para que outro ou outros lhe contraprestem,”²³ em contraste com o mútuo, ou operação de crédito equivalente, com ou sem garantia hipotecária ou fiduciária, que, por pertencer à classe dos contratos que produzem obrigações “para uma só das partes, falta neles [contratos unilaterais] a interdependência ou reciprocidade das prestações, que é peculiaridade apenas dos contratos bilaterais. Há aí apenas um devedor. Se este se torna inadimplente, a execução coativa é o meio hábil para obter o melhor resultado possível.”²⁴

Da mesma forma, há decisões no sentido de que a situação de adimplemento do devedor fiduciante é “fato que não justifica a resolução do contrato na forma pretendida na inicial”, até porque não há contrato a ser resolvido, tendo em vista que se trata de “compromisso de compra e venda extinto diante do esgotamento de seu objeto.”²⁵

²² TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1000418-80.2021.8.26.0099, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 8.3.2023.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 12. ed., v. 26, § 3.126.

²⁴ BESSONE, Darcy, *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 331.

²⁵ “Compra e venda. Ação de rescisão contratual. Sentença de procedência. Irresignação do réu. Pedido de rescisão que poderia em tese impactar o banco cessionário, que deve, pois, figurar no polo passivo. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. Autor proprietário registral do imóvel e devedor fiduciante. Garantia fiduciária registrada. Inaplicabilidade da tese vinculante aprovada pelo STJ no julgamento do Tema 1.095. Autor adimplente ao tempo do ajuizamento da ação. Fato que não justifica a resolução do contrato na forma pretendida na inicial. Compromisso de compra e venda extinto diante do esgotamento de seu objeto. Resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia por desinteresse do adquirente que configura quebra antecipada do contrato (“anticipatory breach”), mesmo que ainda não tenha havido mora no pagamento das prestações. Precedentes do STJ. Resolução que deve se submeter aos ditames da Lei nº 9.514/97. Ação improcedente. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1042100-73.2020.8.26.0576, rel. Desembargador Alexandre Marcondes, DJe 15.3.2023).

“Rescisão de contrato com pedido de restituição de quantias pagas – Autores que adquiriram lote da ré – Compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária registrado – Demanda a pretexto de não mais terem interesse no negócio por problemas financeiros – Parcial procedência para resolver o contrato, determinando a restituição de 80% dos valores pagos e outras indenizações – Recurso da ré – Acolhimento – Compra e venda perfeita e acabada, registrada na matrícula do imóvel – Impossibilidade de se desfazer negócio irretratável, já consumado e registrado na matrícula, por mero desejo da parte adquirente, que em verdade significaria obrigar que a vendedora lhe readquirisse o bem – Inexistência de exceção por inadimplemento da alienante – Pretensão de aplicação do CDC, por estarem adimplentes, que não se admite – Inaplicabilidade da tese fixada no Tema 1.095 do C. STJ, que expressamente exclui sua incidência nos casos de quebra antecipada, tal como na situação telada – Distinguishing – Quebra antecipada (anticipatory breach), por seu turno, que deve ser equiparada à mora propriamente dita e, da mesma forma, conduz à liquidação pela sistemática da lei especial – Precedentes – Sentença reformada para julgar improcedente o pedido – Recurso provido.” (TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Apelação 1002568-90.2022.8.26.0457, rel. Des. Fernando Reverendo Vidal Akaoui, DJe 29.9.2023).

Contudo, ainda são proferidas nas instâncias ordinárias decisões que decretam o rompimento do vínculo contratual de compra e venda já aperfeiçoada, invocando como fundamento “direito potestativo do adquirente de desistir do contrato e requerer a sua resilição unilateral.”²⁶

São decisões que não apenas exoneram o devedor fiduciante da obrigação de reposição do crédito tomado para compra do bem, mas, também, lhe conferem o direito de obter a restituição de parte das parcelas que pagou a título de amortização e juros do empréstimo²⁷, tudo com fundamento no art. 53 do CDC.

Ora, na medida em que o art. 53 do CDC trata da extinção do contrato por inadimplemento, e não por simples desinteresse de devedor adimplente, o ajuizamento de ação de resolução por devedor fiduciante adimplente caracteriza quebra antecipada do contrato, havendo decisões que admitem a resolução, mas desde que seja aplicado o critério de liquidação estabelecido pelo § 4º do art. 27 da Lei 9.514/1997, que obriga o credor fiduciário a promover leilão do imóvel e entregar ao devedor fiduciante o saldo, se houver, do produto da venda, posição, aliás, já consolidada na 3ª Turma do STJ.²⁸

“AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. RESTITUIÇÃO DE VALORES – Alienação Fiduciária de Imóvel - Desistência – Reapreciação do feito à luz da tese firmada pela Segunda Seção do STJ no julgamento do REsp nº 1.891.498/SP – Tema 1095 do STJ – A resolução do pacto deverá observar a forma prevista na Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, afastando-se, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Improcedência da ação – Recurso provido.” (TJSP, Câmara de Direito Privado, Apelação 1015401-33.2018.8.26.0344, rel. Des. Alcides Leopoldo, DJe 28.9.2023).

²⁶ “Cível. Apelação cível. Ação de rescisão de contrato de compromisso de compra e venda de lote urbano com cláusula de alienação fiduciária em garantia do financiamento. Rescisão. I. Contrato não registrado. Propriedade fiduciária não constituída (art. 23 da lei 9.514/97). Ausência dos requisitos cumulativos estabelecidos pelo stj no precedente vinculante REsp 1.891.498/SP – Tema 1095 do STJ: registro do contrato, inadimplemento do devedor-fiduciante e constituição em mora. Inaplicabilidade dos arts. 26 e 27 da lei 9.514/97. Para a rescisão do contrato e devolução das parcelas. Incidência do art. 53 do CDC. II. Irretratabilidade e irrevogabilidade do contrato não impeditivos da rescisão. Direito potestativo do adquirente de desistir do contrato e requerer a sua resilição unilateral. Art. 473 do CC.” (TJPR, 6ª Câmara Cível, Apelação 0002765-54.2021.8.16.0173, rel. Des. Lilian Romero, Dje 21.8.2023).

²⁷ “COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL – RESCISÃO CONTRATUAL C.C. RESTITUIÇÃO DE VALORES – Demanda ajuizada pela adquirente - Parcial procedência decretada (rescindindo o contrato firmado entre as partes e condenando a ré a restituir 75% dos valores adimplidos pela autora) – Inconformismo de ambas as partes – Afastamento - Embora conste a averbação da ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA junto à matrícula do imóvel objeto da avença, não houve comprovação da constituição da autora em mora, tampouco a situação de inadimplência, conforme dispõe o artigo 26, §1º, da Lei nº 9.514/97 – Circunstância que impossibilita a adoção do Tema 1095 do C. STJ – Precedentes, inclusive desta Câmara - Pleito de RESCISÃO acolhido nos termos do art. 53 do CDC, por culpa da adquirente – Restituição a esta última de 75% dos valores pagos (e, bem assim, a retenção de 25%) que se adequa ao artigo 53 do CDC, aqui aplicável – Sentença mantida – Recursos improvidos.” (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Apelação 100235-09.2023.8.26.0142, rel. Des Salles Rossi, DJe 28.9.2023).

²⁸ REsp 2.042.323-RN, rel. Min. Nancy Andrighi, Dje 24.8.2023.

E, como vimos, mesmo diante de pretensão de resolução manifestada por devedor fiduciante adimplente, que tenha como causa de pedir a falta de registro do contrato, há decisões que, mesmo acolhendo o pedido, sujeitam a liquidação ao critério definido no referido § 4º do art. 27 da Lei 9.514/1997.²⁹

De fato, estando aperfeiçoada a venda definitiva com financiamento e pacto adjecto de alienação fiduciária ou hipoteca, com quitação recíproca e entrega do imóvel, não há nenhuma prestação exigível do incorporador e do credor fiduciário, que já prestaram, no primeiro caso, ao entregar o imóvel e, no segundo, ao disponibilizar o crédito que foi utilizado pelo devedor para integralizar o pagamento do preço da compra.

Nesse caso, já exaurido o objeto da compra e venda, não há possibilidade de ocorrer inadimplemento do vendedor capaz de causar lesão ao direito do contratante “fiel”, situações que o art. 475 do Código Civil define como pressupostos necessários da resolução.

Contudo, pode haver situações peculiares em que o mútuo, ou operação de crédito equivalente, caracterizado que é como contrato unilateral, insuscetível, portanto, de resilição ou resolução, pode sofrer os efeitos de resolução caso integre uma conexão contratual na qual esteja vinculado acessoriamente a um contrato sinalagmático, passível de ser resolvido por existirem prestações ainda pendentes de cumprimento.

Na prática, seria o caso de uma operação de compra e venda com financiamento e pacto adjecto de alienação fiduciária ou hipoteca, contratada durante a construção; nesse caso, a compra e venda poderia ser resolvida por inadimplemento da obrigação do incorporador de construir e entregar o imóvel no prazo pactuado, situação que legitimaria o comprador-devedor fiduciante a postular o remédio resolutório (CC, art. 475, Lei 4.591/1964, art. 43-A), cujos efeitos atingiriam a garantia fiduciária ou hipotecária.³⁰

É que, nesse caso, “a análise desloca-se da estrutura unitária de cada um deles para a análise integrada dos vínculos individuais e, a partir daí, dos direitos e das obrigações decorrentes não dos contratos individualmente considerados, mas da relação sistemática em que se situam, condizente com a totalidade negocial”,³¹ ressalvada, obviamente, a necessidade de análise caso a caso das perturbações de um contrato sobre os demais.

²⁹ REsp 1.866.844-SP, rel. Min. Nancy Andrighi; rel. para o acórdão, Min. Ricardo Cueva, DJe 9.10.2023.

³⁰ Tratamos da matéria em nosso Incorporação Imobiliária (GenForense, 7. ed., 2023), item 11.2.3, especificamente pp. 445 e ss.

³¹ TJSP, 30ª Câmara de Direito Privado, Apelação 0108064-56.2013.8.26.0000, rel. Des. Andrade Neto, DJe 30.11.2013). TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Apelação 1008322-68.2017.8.26.0269, rel. Des. Enéas Garcia, DJe 6.4.2020).

Consideradas, assim, as singularidades dos contratos empregados na comercialização de imóveis sob regime da incorporação imobiliária e a diversidade das situações em que operam, resulta claro que as alternativas ventiladas no voto condutor não devem ser tomadas como orientação que autorize automática substituição do modo de extinção do contrato de crédito fiduciário imobiliário pela rescisão ou resolução do contrato, dadas as limitadas situações em que estas são admitidas, nos termos dos arts. 473 e 475 do Código Civil, do art. 49 do CDC e do art. 67-A da Lei 4.591/1964.

IV. Considerações finais

A afetação do Tema 1.095 para julgamento pelo rito repetitivo despertou grande interesse no mercado imobiliário e na sociedade em geral, na medida em que o conteúdo normativo de que são dotados os precedentes vinculantes infunde a legítima expectativa de solução uniforme de todos os litígios sobre o tema afetado, não admitindo variáveis que comprometam a estabilidade, integridade e coerência visadas pelo art. 926 do CPC.

Contudo, nos dez primeiros meses desde a publicação do acórdão é possível identificar grave interferência de decisões das instâncias ordinárias nos contratos de crédito fiduciário, ao acolher pedidos de rescisão unilateral ou resolução sem sequer proceder ao juízo de admissibilidade para verificar se a hipótese se adequa aos arts. 473 e 475 do Código Civil e sem verificar se o devedor preencheu os requisitos estabelecidos por essas disposições codificadas, muitas vezes baseadas apenas na simples manifestação do devedor de que não cumprirá o contrato.

Ao deslocarem a apreciação do pedido do campo de incidência da Lei 9.514/1997 para distintos modos de extinção do contrato, aplicando equivocadamente critério de liquidação semelhante ao da resolução dos contratos preliminares de promessa de venda, tais decisões negam vigência ao regime jurídico da alienação fiduciária.

Trata-se de grave desvio de categorias que compromete a efetividade da garantia fiduciária, que expõe a risco o atual cenário da oferta de crédito no mercado imobiliário.

Para se dimensionar a importância da alienação fiduciária na perspectiva do interesse social e econômico que envolve basta considerar seu efeito como elemento catalisador da expansão do crédito imobiliário, evidenciada pela quintuplicação da participação dos financiamentos habitacionais no Produto Interno Bruto Nacional – PIB, que saltou de 1,9% em 2001 para 9,8% em 2023, desde a aplicação desse mecanismo.

Esse fato é suficiente para evidenciar o interesse da sociedade na preservação desse mecanismo indispensável ao financiamento da atividade produtiva em geral, atendendo ao interesse social da produção e comercialização de habitações, e a tese jurídica fixada no Tema 1.095 sinaliza nessa direção, ao identificar o regime jurídico da Lei 9.514/1997 como veículo adequado à extinção forçada do contrato de crédito com garantia fiduciária imobiliária.

Para assegurar a consecução dessa finalidade, e tendo presente a alusão feita pelo acórdão a distintos modos de extinção do contrato que dependem do cumprimento dos requisitos dos arts. 473 e 475 do Código Civil, alguns dos equívocos constatados na aplicação da tese jurídica têm sido observados pelo STJ, que, ao reformar decisões que acolhem pedidos de resolução, adequam seus efeitos ao critério de liquidação estabelecido pela Lei 9.514/1997.

Disso são exemplos recentes acórdãos do STJ segundo os quais a falta de registro não compromete a validade e eficácia do contrato entre as partes, estando preservada sua caracterização como título executivo extrajudicial independente de registro,³² enquanto outros têm reformado decisões de resolução fundadas apenas no desinteresse do devedor em conservar o contrato, mesmo adimplentes, pois, “não fosse assim, o tratamento dado aos contratos de compra e venda com alienação fiduciária seria equivalente ao empregado nos contratos de compra e venda sem tal garantia”,³³ como decidiu recentemente a 3ª Turma do STJ.

Considerando que o tema voltará a ser apreciado pelo rito repetitivo em relação a certas questões não incluídas no Tema 1.095, como é o caso da quebra antecipada do contrato, ventilada no acórdão em *obiter dictum*, além da relativização dos efeitos da falta de registro do contrato, entre outros, espera-se que o grave desvio de categorias constatado nas instâncias ordinárias, caracterizado pela equivocada equiparação do contrato de crédito fiduciário ao contrato preliminar de promessa de venda, venha a ser corrigido pelo STJ ao apreciar essas outras questões correlatas, de forma a assegurar a efetividade da Lei 9.514/1997, como reafirmado pelas mais recentes decisões dessa Corte Superior.

³² REsp 1.866.844-SP, rel. Min. Nancy Andrighi; rel. para o acórdão, Min. Ricardo Cueva, DJe 9.10.2023.

³³ STJ, 3ª Turma, REsp 2.042.323-RN, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 24.8.2023, decisão unânime.