

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Daisy Aparecida Montresor

APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DIANTE DO

SALDO DEVEDOR DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

DIREITO IMOBILIÁRIO

SÃO PAULO

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Daisy Aparecida Montresor

APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DIANTE DO
SALDO DEVEDOR DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

DIREITO IMOBILIÁRIO

Monografia apresentada à Banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção do título de
ESPECIALISTA em **Direito Imobiliário**, sob a
orientação da Profa., Dra. **Rita de Cássia Curvo
Leite**.

SÃO PAULO

2018

Banca Examinadora

Resumo

A presente monografia, intitulada Aplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial diante do Saldo Devedor da Alienação Fiduciária, tem como objetivo abordar a alienação fiduciária que foi inserida no sistema jurídico brasileiro através da Lei nº 9.514/1997, e que consiste na transferência feita por um devedor ao credor de propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem móvel infungível ou de um bem imóvel, como garantia de seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplente da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida. Proporcionando maior segurança e agilidade ao agente financeiro na perseguição do pagamento de uma operação inadimplida.

Tem como foco principal a discussão sobre a Teoria do Adimplemento Substancial da Obrigação, onde se questiona o cumprimento substancial da obrigação para evitar a resolução do contrato prevista na Lei nº 9.514/1997, partindo da constatação do grau de cumprimento e descumprimento e também se discute quanto à aplicabilidade ou não do artigo 27, § 5º deste dispositivo onde reza que em se realizando o segundo leilão, não havendo lance que alcance o valor da dívida, o devedor ficará exonerado de pagar eventual saldo devedor remanescente, tendo o credor fiduciário que adjudicar o imóvel e dar seu crédito por satisfeito e a aplicação do artigo 32, § 2º, do Decreto Lei 70/66 que autoriza, após realizado o segundo leilão e, não sendo o valor do lance superior ao valor da dívida, a cobrar o valor remanescente de seu crédito pela via executiva.

Abstract

The present monograph, entitled Applicability of Substantial Admissibility Theory to the Debtor Balance of Fiduciary Alienation, aims to address the fiduciary alienation that was inserted in the Brazilian legal system through Law 9.514/1997, and consists of the transfer made by a debtor to the creditor of resolvable property and to the indirect possession of an immovable movable property or immovable property, as guarantee of his debt, resolving the right of the acquirer with the obligation, or better, with the payment of the debt. Providing greater security and agility to the financial agent in the pursuit of the payment of an operation in default.

Its main focus is the discussion of the Substantial Obligory Theory of Obligation, in which the substantial fulfillment of the obligation to avoid the resolution of the contract provided for in Law no. 9.514/1997 is questioned, starting from the observation of the degree of compliance and noncompliance and also is discussed as to the applicability or otherwise of article 27, § 5 of this provision where it is stated that in the case of a second auction, if there is no bid that reaches the amount of the debt, the debtor will be exempt from paying any outstanding debtor balance, the fiduciary creditor to award the property and give its credit for satisfied and the application of article 32, § 2, of Decree Law 70/66 that authorizes, after the second auction and, not being the amount of the bid higher than the value of the debt, to charge the amount remaining of its credit through the executive branch.

SUMÁRIO

Introdução	7
Capítulo 1	
OS CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	9
Capítulo 2	
O CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	23
2.1 O Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI)	24
2.2 Da Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel	27
Capítulo 3	
DO ADIMPLEMENTO OBRIGACIONAL E DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DA OBRIGAÇÃO (OU INADIMPLEMENTO MÍNIMO)	31
Capítulo 4	
SALDO DEVEDOR NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	35
Conclusão	47
Referências Bibliográficas	50

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é “Aplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial diante do Saldo Devedor da Alienação Fiduciária”. A delimitação que a ele se dá contempla uma análise das disposições contidas na doutrina e jurisprudência sobre a questão do saldo devedor havido nessa modalidade contratual, tendo em vista que a lei regente da matéria, qual seja, a Lei nº 9.514/1997, é silente em relação à possibilidade, ou não, de se cobrar eventual saldo residual após a adjudicação ou leilão do imóvel.

A alienação fiduciária de coisa imóvel é uma das formas de garantia das operações de financiamento imobiliário, segundo dispõe o artigo 17, inciso IV, da Lei nº 9.514/1997, e consiste no “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” (caput do artigo 22 do mencionado diploma legal)¹.

O objetivo geral do estudo é, pois, analisar aspectos relacionados à possibilidade de cobrança do saldo devedor na alienação fiduciária à luz da jurisprudência e doutrina brasileiras. Para atingi-lo, foram estabelecidos como premissas básicas: apresentar aspectos gerais relacionados aos contratos no Código Civil de 2002; analisar as tratativas conferidas ao contrato de financiamento imobiliário no direito brasileiro; conceituar alienação fiduciária.

A justificativa para a escolha do tema e elaboração do presente estudo se pautava na necessidade sentida de realizar a abordagem proposta, tendo em vista, a lacuna existente na legislação a respeito. Tem-se, desse modo, como estudo que interessa tanto à Academia como ao Governo e à sociedade em geral, tendo em vista que envolve questões relativas à atuação do Poder Judiciário, bem como versa sobre aspectos referentes à posse e propriedade de bens imóveis e pagamento de dívidas.

A metodologia que foi utilizada na investigação torna possível classificar a pesquisa que fora realizada como sendo exploratória. Para a coleta de dados, fez-

¹ BRASIL. **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. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

se uso de levantamento bibliográfico, considerando como fontes artigos científicos, livros, teses e dissertações.

Em relação à abordagem do problema, tem-se que se trata de abordagem qualitativa, tendo sido a análise dos dados realizada na forma crítica de conteúdo.

Buscando proporcionar melhor apresentação ao trabalho, optou-se por subdividir o desenvolvimento em capítulos, que foram elaborados para cumprir os objetivos da pesquisa.

No primeiro capítulo, pretende-se apresentar aspectos gerais relacionados aos contratos no Código Civil de 2002, conceituando o termo e apresentando os requisitos apontados na legislação pátria, para a sua validade.

No segundo capítulo, propõe-se analisar as tratativas que são conferidas ao contrato de financiamento imobiliário no direito brasileiro. Para tanto, serão abordados aspectos relacionados ao Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), comentando, também, sobre aspectos gerais relativos à alienação fiduciária de coisa imóvel.

No terceiro capítulo, projeta-se pesquisar as obrigações correlatando a teoria do adimplemento substancial ou inadimplemento mínimo, como a realização pelas partes, e conforme seus deveres específicos, de todos os interesses envolvidos na relação obrigacional e emanados do vínculo, sejam eles do credor, sejam do devedor.

No quarto capítulo, objetiva-se analisar aspectos relacionados à possibilidade de cobrança do saldo devedor na alienação fiduciária à luz da jurisprudência e doutrina brasileiras.

Capítulo 1

OS CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Os princípios contratuais são normas de grande generalidade que norteiam a existência, a validade e o cumprimento dos contratos², e existem desde o início do Estado Liberal, no século XIX.

Com o passar do tempo e com as novas tendências do direito contratual moderno, fez-se necessário uma renovação na compreensão desses princípios, de modo a harmonizá-los com a nova concepção de contrato que veio a ser estabelecida no novo Código Civil³.

1. O CONTRATO E OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

O conceito de contrato, tradicionalmente, é construído em torno da noção de acordo de vontades. Fábio Ulhoa Coelho define o contrato como um “negócio jurídico bilateral ou plurilateral gerador de obrigações para uma ou todas as partes, às quais correspondem direitos titulados por elas ou por terceiros”⁴.

Como negócio jurídico, o contrato, para ser considerado válido, deve atender aos requisitos elencados no artigo 104 do Código Civil⁵, quais sejam: agente capaz (requisito subjetivo), objeto lícito, possível, determinado ou determinável (requisito objetivo) e forma prescrita e não defesa em lei (requisito formal).

Por ser o resultado da vontade de duas ou mais partes, o contrato pode ser classificado como bilateral (quando temos duas partes contratantes) ou plurilateral (quando temos mais de duas partes contratantes). Não há, pois, em relação ao número de partes, um contrato unilateral, já que o contrato pressupõe ao menos duas partes manifestando suas vontades por um interesse em comum.

² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, 3: contratos. 5. Ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 37.

³ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45-47.

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, 3: contratos. 5. Ed. São Paulo: Saraiva 2012, pag. 37.

⁵ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I- agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Além disso, o contrato gera obrigações, mas não necessariamente para todos os contratantes. Nesse sentido, o contrato pode ser unilateral (quando só uma das partes possui obrigações, como a doação pura, por exemplo), ou bilateral (quando todas as partes têm obrigações, como na compra e venda, por exemplo).

Ainda, os contratantes atribuem a cada uma das partes ou a terceiros direitos e obrigações. Geralmente, as partes conferem recíprocas obrigações e direitos apenas para os próprios contratantes, não ultrapassando a relação jurídica das partes do contrato. É admitido, entretanto, que o contrato gere direitos a terceiros estranhos à relação contratual, como é o caso do seguro de vida.

Entretanto, para que o contrato seja válido, além de obedecer aos requisitos estabelecidos pelo artigo 104 do Código Civil e às suas classificações, o acordo de vontades deve estar pautado pelos princípios contratuais.

Os princípios contratuais, por trazerem valores importantes da sociedade para o contrato, exigem determinadas medidas para sua observância, que mudam conforme o tempo em que estão inseridos.

Além disso, os princípios contratuais não se autolimitam, uma vez que um mesmo contrato deverá estar pautado por vários princípios, a serem cumpridos pelas partes da mesma forma.

Assim, diferentemente das regras, os princípios tendem a conviver uns com os outros, predominando, uns sobre os outros, em alguns casos, mesmo que temporariamente, mas sem revogar nenhum deles.

Como o direito de forma geral, os princípios tendem a ser modificados de acordo com o tempo, uma vez que os valores sociais aos quais fazem referência podem sofrer alterações diante das mudanças culturais de uma sociedade.

Como poderemos ver, na visão clássica, herdada do século XIX, três eram os princípios contratuais fundamentais: (i) a liberdade das partes (ou autonomia da vontade), (ii) a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), e (iii) a relatividade dos efeitos contratuais⁶.

Diante das novas perspectivas do direito civil, três novos princípios passaram a integrar os princípios tradicionais já existentes, quais sejam: (i) a boa-fé objetiva, (ii) o equilíbrio econômico, e (iii) a função social do contrato⁷.

⁶ LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. Teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2011. p.75.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.4.

2. PRINCÍPIOS TRADICIONAIS

Durante o século XIX, instaurou-se um novo panorama político, econômico e social com a consolidação dos Estados liberais, fundados na ideologia individualista pregada na Revolução Francesa e o estabelecimento do capitalismo decorrente da Revolução Industrial.

Nesse período, os contratos passaram a ser considerados instrumentos de grande importância no desenvolvimento da vida econômica da sociedade, já que garantiam a regulação de interesses individuais com a igualdade das partes contratantes, no mesmo passo que atendiam à necessidade de ampliação das relações de troca⁸.

Assim, a partir dessa ideologia liberal, formou-se o que hoje se conhece por modelo clássico de contrato, pautado nas concepções de ampla liberdade para contratar e de total submissão a seus termos, como se o contrato fizesse lei entre as partes⁹.

Para Humberto Theodoro Júnior, “todo o sistema contratual se inspira no indivíduo e se limita, subjetiva e objetivamente à esfera pessoal e patrimonial dos contratantes”¹⁰. Assim, considera que os três princípios clássicos da teoria liberal do contrato são: (i) a liberdade das partes (ou autonomia da vontade), (ii) a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), e (iii) a relatividade dos efeitos contratuais.

2.1. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DAS PARTES (OU AUTONOMIA DA VONTADE)

O Código Civil francês, que refletiu em seu texto os princípios da Revolução Francesa (liberdade, fraternidade e igualdade), acabou por trazer à sociedade outros dois valores importantes, o de propriedade e o de contrato.

⁸ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.6.

⁹ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.45.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.1.

À época, o ideal revolucionário burguês de garantir à todos a propriedade era exteriorizado através do contrato. Assim, toda a base contratual foi concebida tendo como premissa a plena liberdade de contratar¹¹.

O direito de contratar, então, estava sob a égide da autonomia da vontade, sendo as partes livres para contratar, vedada qualquer interferência estatal sobre o direito individual das partes contratantes.

Assim, o princípio da liberdade das partes, ou autonomia da vontade, consiste na máxima da liberdade contratual entre os contratantes, ou seja, o poder que os contratantes têm de estipular livremente, mediante o acordo de vontades, a regulamentação de seus interesses.

Segundo Maria Helena Diniz,

[...] o poder de autorregulamentação dos interesses das partes contratantes, condensado no princípio da autonomia da vontade, envolve liberdade contratual (*Gestaltungsfreiheit*), que é a de determinação do conteúdo da avença e a de criação de contratos atípicos, e liberdade de contratar (*Abschlussfreiheit*), alusiva à de celebrar ou não o contrato e à de escolher o outro contratante¹².

Para Orlando Gomes, o princípio da liberdade de contratar consiste no poder que os indivíduos têm de declarar sua vontade e suscitar efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica, sendo as partes capazes de provocar o nascimento de um direito ou de uma obrigação¹³.

Dessa forma, a liberdade de contratar é o reconhecimento da eficácia jurídica da vontade dos contratantes, que podem dispor sobre os seus interesses mediante acordos firmados livremente, desde que observada a ordem jurídica.

Entretanto, apesar de amplo, o reconhecimento da validade e da eficácia do acordo de vontades pela ordem jurídica não é ilimitado. A liberdade contratual encontra alguns limites que devem ser respeitados para que o contrato seja considerado válido.

Entre eles está a preservação da ordem pública, uma vez que não se pode admitir que um contrato cujo objeto seja ilícito seja executado. Os contratos, dessa forma, devem ser exercidos nos limites da lei e da ordem pública.

¹¹ LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. Teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2011. p.78.

¹² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 41.

¹³ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 28.

Ainda, o contrato deve ser resultado da livre e consciente manifestação de vontade das partes contratantes, não sendo admitidos aqueles provenientes de erro, dolo, coação ou outros vícios, podendo ser anulados como prevê o artigo 171, II, do Código Civil¹⁴.

Por fim, o princípio da liberdade das partes encontra limites voltados à defesa da parte economicamente mais fraca do contrato, objetivando igualar os contratantes no que diz respeito ao acesso às informações necessárias para a realização do negócio jurídico.

2.2. PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS (PACTA SUNT SERVANDA)

Decorrente imediata do princípio da liberdade contratual, ou autonomia da vontade, o princípio da força obrigatória dos contratos traz ao contrato a vinculação das partes, ou seja, as partes estão obrigadas ao cumprimento do contrato (pacta sunt servanda - os pactos devem ser cumpridos).

Para Maria Helena Diniz,

[...] o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito, autorizando, portanto, o contratante a pedir a intervenção estatal para assegurar a execução da obrigação porventura não cumprida segundo a vontade que a constituiu¹⁵.

Assim, à ideia de autorregulamentação dos interesses das partes contratantes, baseada no princípio da liberdade contratual, ou autonomia da vontade, sucede a ideia da necessidade da observância naquilo que foi estipulado contratualmente.

Em outras palavras, o contrato, desde que observados os requisitos legais, torna-se obrigatório para os contratantes, constituindo lei entre as partes, não se podendo desvincular se não por outro contrato que rescinda ou altere o anterior¹⁶.

¹⁴ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 48.

¹⁶ LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. Teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 87.

Dessa forma, a não observância do estabelecido no contrato está sujeita às sanções cabíveis, no que toca à responsabilidade contratual, já que o contrato vincula e obriga os contratantes. Sobre o não cumprimento dos contratos, dispõe Luiz Guilherme Loureiro:

Como o contrato obriga as partes, não é admissível que uma delas, unilateralmente, possa recusar-se a cumprir sua obrigação. Da mesma forma, para pôr fim às obrigações que derivam do contrato é necessária a vontade concordante das partes ou a ocorrência de alguma causa extintiva prevista em lei. De fato, o contrato só se extingue por mútuo acordo; a rescisão unilateral somente é admitida nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita e deve se operar mediante denúncia notificada à outra parte (art. 473)¹⁷.

No modelo liberal, no século XIX, a obrigatoriedade dos contratos era extremada. Assim, a realidade após a metade do século XIX mostrava que o princípio da obrigatoriedade, por estar assentado na liberdade contratual, não mais poderia ser absoluto, uma vez que não havia idêntica liberdade entre as partes, devido aos diferentes poderes econômicos que se formavam à época.

Assim, na intenção de fazer valer a igualdade entre as partes, o Estado atenuou o radicalismo do princípio da obrigatoriedade, admitindo a intervenção estatal, através de meios judiciais, no conteúdo do contrato, com o objetivo de adequá-lo à situação concreta formada após a celebração do contrato.

Para Mônica Yoshizato Bierwagen, houve

[...] uma reestruturação do princípio da obrigatoriedade, tornando-o mais flexível, com a admissão da interferência do Estado para corrigir os rigores do contrato ante o desequilíbrio de prestações, fosse pela alteração radical das condições de seu cumprimento, fosse pela manifestação de vontade não completamente liberta¹⁸.

2.3. PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS CONTRATUAIS

O contrato, em regra, por força da obrigatoriedade dos contratos, vincula exclusivamente as partes contratantes, não aproveitando nem prejudicando terceiros à relação jurídica. Assim, os direitos e obrigações assumidos em um contrato se limitam apenas aos contratantes.

¹⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Teoria geral dos contratos no novo código civil. São Paulo: Ed. Método, 2002. p. 45.

¹⁸ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.52.

Dessa forma, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais dispõe que as estipulações do contrato só têm efeitos entre as partes contratantes, não atingindo terceiros estranhos ao negócio jurídico.

Dentro dessa perspectiva, terceiro é aquele que não é parte contratante, sendo totalmente estranho ao contrato ou à relação sobre a qual ele estende seus efeitos¹⁹.

Para Maria Helena Diniz, entretanto,

[...] o ato negocial deriva de acordo de vontades das partes, sendo lógico que apenas as vincule, não tendo eficácia em relação a terceiros. Assim, ninguém se submeterá a uma relação contratual, a não ser que a lei o imponha ou a própria pessoa queira²⁰.

Assim, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais tem algumas exceções, como, por exemplo, nos casos: (i) dos herdeiros universais (artigo 1.792 do Código Civil) de um contratante que, embora não tenha participado da celebração do contrato, sofrem seus efeitos (princípio geral do *direito ubi commoda ibi incommoda*); porém, a obrigação assumida pelo *de cujus* não lhes será transmitida além da herança; e (ii) da estipulação em favor de terceiros, do contrato por terceiro e do contrato com pessoa a declarar, que podem estender seus efeitos a outras pessoas alheias à celebração do contrato, constituindo a elas direitos ou deveres (como é o caso do seguro de vida).

A concepção de que as estipulações do contrato só tem efeito entre os contratantes é coerente com o modelo clássico de contrato, uma vez que gera a satisfação de necessidades exclusivamente individuais das partes²¹.

Entretanto, com a nova perspectiva do direito civil, inclusive com o Código Civil de 2002, essa concepção passa a ser inspirada não mais no individualismo da ideologia liberal, mas no princípio da socialidade, com objetivo de enfraquecer a ideia do contrato apenas como instrumento da satisfação dos interesses egoísticos das partes, reconhecendo o valor social dos contratos.

Nesse sentido, Diogo Leonardo Machado de Melo entende que

¹⁹ LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. Teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 93.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 50.

²¹ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.56.

[...] dada a função social do contrato, que não se voltará, exclusivamente, à satisfação de interesses individuais, passa a ser possível se sustentar que terceiros, que não são propriamente partes do contrato, possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos. A função social, assim, impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato²².

Assim, coloca-se como limite da liberdade contratual a função social dos contratos, um dos princípios modernos, admitindo, portanto, a possibilidade dos efeitos dos contratos recair também sobre terceiros alheios à relação contratual.

3. PRINCÍPIOS MODERNOS

Se por um lado os princípios tradicionais foram concebidos para garantir ampla e total liberdade entre os contratantes para disporem de seus interesses individuais como desejassem, por outro lado, o exercício dessa liberdade, quando em casos extremos, mostrou que esse modelo, em vez de libertar, poderia acabar escravizando a parte social ou economicamente mais fraca.

Isso porque, diante do poderio econômico das grandes indústrias que se formavam e impunham unilateralmente suas condições, enfraquecia-se a isonomia das partes e as concepções liberais existentes à época.

Dessa forma, o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, participando mais ativamente das relações privadas, especificamente em três aspectos do regime contratual: (i) criando, por lei, uma superioridade jurídica que pudesse compensar a inferioridade econômica ou social da parte mais fraca, (ii) apoiando grupos de representação, como os sindicatos, e (iii) adotando o dirigismo contratual, que consistia numa proibição ou imposição de alguns conteúdos a determinados contratos, ou condicionando sua validade à autorização do Poder Público²³.

Tal intervenção estatal tornou-se necessária como instrumento de equilíbrio social, de modo a coibir os abusos da parte economicamente mais forte e a sobrepor o interesse coletivo ao privado.

Assim, a nova postura institucional refletiu diretamente sobre a teoria do contrato. Apesar de não se abandonar os princípios clássicos decorrentes das

²² LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. Teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 94.

²³ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.46.

ideias liberais, surgiram daí novos princípios contratuais, que vieram para diminuir a rigidez dos antigos princípios, enriquecendo o direito contratual com fundamentos éticos e funcionais.

Soma-se, portanto, aos princípios clássicos, os três princípios modernos: (i) a boa-fé objetiva, (ii) o equilíbrio econômico, e (iii) a função social do contrato²⁴.

3.1. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé objetiva está ligado não só à interpretação dos contratos (uma vez que não pode prevalecer o sentido literal da linguagem sobre a intenção da declaração de vontade dos contratantes), mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas.

Para que haja segurança jurídica nos contratos, faz-se imprescindível que as partes celebrem o negócio com lealdade, honestidade, probidade, honradez, confiança recíproca, ou seja, procedam com boa-fé.

A boa-fé dos contratantes deve existir em todas as fases do contrato (na tratativa negocial, na formação, na execução e na extinção), devendo as partes esclarecerem os fatos e o conteúdo das cláusulas, objetivando o equilíbrio das prestações, o respeito mútuo e a cooperação entre os contratantes.

O Código Civil de 2002 prevê a boa-fé em três artigos, quais sejam: (i) artigo 187, sobre o exercício do direito²⁵; (ii) artigo 113, sobre a interpretação da norma jurídica²⁶; e (iii) artigo 422, que se refere à boa-fé contratual²⁷.

Por sua generalidade e amplitude, a boa-fé é difícil de ser conceituada. Para Mônica Yoshizato Bierwagen,

[...] é difícil definir, num só conceito, o que vem a ser o princípio da boa-fé, não só porque apresenta múltiplos sentidos, ora se relacionando à ideia de justiça que deve imperar sobre todo o ordenamento jurídico ou sobre determinados ramos, auxiliando a interpretação ou a integração de suas normas, ora como regra de conduta (boa-fé objetiva) ou estado de espírito do sujeito (boa-fé subjetiva), mas principalmente porque em cada

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.3.

²⁵ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁶ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²⁷ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

um desses sentidos a sua noção deve ser construída a partir de critérios próprios, que não permitem a sua unificação num único conceito²⁸.

Dessa forma, decidiu-se adjetivar o conceito, distinguindo boa-fé subjetiva e objetiva. Para Fábio Ulhoa Coelho, a boa-fé subjetiva corresponde à virtude de dizer o que acredita e acreditar no que diz, ou seja, é o estado interno do sujeito; já a boa-fé objetiva é representada pela conduta do contratante que demonstre seu respeito à outra parte²⁹.

Para Maria Helena Diniz, a boa-fé que deve integrar as relações contratuais é a boa-fé objetiva, pois trata-se de uma

[...] norma que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas, tendo por escopo gerar na relação obrigacional a confiança necessária e o equilíbrio das prestações e da distribuição dos riscos e encargos, ante a proibição do enriquecimento sem causa³⁰.

Assim, se os contratantes não agirem com a boa-fé objetiva em qualquer das fases do contrato, estarão descumprindo uma obrigação imposta por lei, incorrendo em ato ilícito, tendo como consequências as mesmas de qualquer ilicitude.

3.2. PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO

À época da ideologia liberal, no século XIX, os contratantes tinham a máxima liberdade para contratar, tendo o contrato força obrigatória e vinculante para as partes. Nesse cenário, o Estado não interferia, de modo algum, nas relações contratuais.

Com o crescimento da indústria e de seu poderio econômico, passou-se a observar que o contratante mais forte (aquele detentor de poder econômico ou de mercado, do monopólio das informações sobre o objeto do contrato) acabava por aproveitar de sua condição para extrair o máximo de vantagem do contrato, em detrimento da parte mais fraca.

²⁸ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 77.

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, 3: contratos. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 47.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 32 ed. São Paulo.: Saraiva, 2016.p.53.

Assim, desde que respeitasse a lei, os contratantes tinham o direito de buscar a máxima realização de seu interesse, individualmente, mesmo que aquela relação contratual trouxesse sérios prejuízos para a parte economicamente menos favorecida.

Entretanto, após a mudança dos tempos e do direito civil de modo geral, a autonomia privada passou a depender da existência de um equilíbrio entre os contratantes.

O valor de justiça hoje prestigiado pelo direito contratual trouxe ao contrato o princípio do equilíbrio econômico, que consiste na isonomia entre os contratantes no que toca às condições para defender seus interesses.

Fábio Ulhoa Coelho condiciona o princípio da autonomia da vontade à existência de equilíbrio entre os contratantes:

A ordem jurídica somente deve reconhecer validade e eficácia à composição dos interesses pelos próprios titulares, mediante acordo de vontades, se eles possuírem iguais meios para defendê-los na mesa de negociação. Caso contrário, o mais forte acabará fazendo prevalecer seus interesses, e não se realizará a articulação de interesses amparada na autonomia privada³¹.

Dessa forma, para que se alcance o equilíbrio entre as partes, é necessário comparar os contratantes. Se os contratantes forem economicamente iguais, o equilíbrio se dará pela isonomia (nesse cenário, nenhum deles poderá titularizar direito contratual que não seja reconhecido pela ordem jurídica também para o outro). Já entre os contratantes desiguais, o equilíbrio não se estabelecerá pela isonomia, mas sim através da lei, que deverá atribuir à parte mais fraca da relação contratual direitos e prerrogativas negados à outra, com o objetivo de equalizar as condições com que negociam.

Assim, o equilíbrio econômico entre as partes é a ruptura com o modelo extremamente individualista do século XIX. Cabe aos intérpretes, então, atuarem no sentido da máxima observância da equidade nos contratos.

Para Paulo Nalin,

[...] se, num dado momento da história do direito contratual, a justiça foi sinônimo de liberdade e autonomia, hoje, ela se baseia e se projeta no

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, 3: contratos. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 42.

equilíbrio, de modo a convocar o intérprete ao incessante compromisso de vigília das relações contratuais³².

Dessa forma, para que não haja o esmagamento das partes economicamente mais fracas, imprescindível que o direito contratual estabeleça o equilíbrio entre as partes, com o objetivo de atingir o máximo de igualdade de condições para a celebração do negócio jurídico.

3.3. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Para Humberto Theodoro Júnior, “a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes)”³³.

Assim, mais uma vez nos distanciamos daquela noção do individualismo da ideologia liberal do século XIX. Agora não mais abordamos o contrato como um acordo de vontades que somente interessa aos contratantes, mas também aos terceiros, à sociedade.

Para tanto, os contratantes, embora sejam livres para ajustar os termos do contrato, deverão agir sempre dentro dos limites que se fazem necessários para evitar que o seu negócio prejudique injustamente terceiros alheios ao contrato.

No que tange às funções dos contratos, Mônica Yoshizato Bierwagen as classifica em três principais, quais sejam: (i) a função econômica, uma vez que representa um instrumento de circulação de riquezas e difusão de bens; (ii) a função regulatória, pois reúne direitos e obrigações assumidos pelas partes voluntariamente; e (iii) a função social, já que o exercício do contrato dirige-se para a satisfação dos interesses sociais³⁴.

No modelo clássico de contrato só se admitiam as funções econômica e regulatória, sendo estranho à época pensar nos reflexos sociais que o negócio contratual pudesse causar, justamente pelo modelo liberal não aceitar que se

³² LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. Teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 115.

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 31.

³⁴ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63.

operassem os efeitos além das partes contratantes (princípio da relatividade dos efeitos contratuais).

Já na concepção moderna, a função social mostra-se um elemento indispensável para a garantia do justo equilíbrio social, que se torna um limite para a liberdade de contratar (autonomia da vontade).

O Código Civil de 2002 celebra a função social dos contratos em seu artigo 421³⁵, limitando, pois, a liberdade de contratar em razão da função social do negócio contratual.

Dessa forma, assim como ocorre com o princípio da boa-fé objetiva, o ordenamento jurídico brasileiro impõe aos contratantes a obrigação de agir de acordo com o princípio da função social dos contratos.

Como qualquer obrigação definida por lei, quando não cumprida, as partes contratantes incorrerão em ato ilícito, que terá como consequências as mesmas de qualquer ilicitude.

Nesse sentido, Orlando Gomes entende que

[...] os contratos que não regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos, não merecem proteção jurídica; merecem-na apenas os que têm função econômica-social reconhecidamente útil³⁶.

No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho entende que a consequência para a inobservância do princípio da função social dos contratos é a nulidade do negócio jurídico, responsabilizando os contratantes pela indenização dos prejuízos provocados³⁷.

O princípio da função social dos contratos, então, é de suma importância para que os interesses individuais não ultrapassem os interesses coletivos e sociais, levando para as relações contratuais mais justiça e igualdade.

Procurou-se demonstrar, ao longo do trabalho, a variedade de princípios os quais o direito contratual está intimamente ligado e sua importância para as relações contratuais.

No modelo tradicional de contrato, à época da ideologia liberal no século XIX, os princípios contratuais visavam a individualidade e a autonomia das partes contratantes, sem qualquer interferência do Estado.

³⁵ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

³⁶ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 24.

³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, 3: contratos. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.

Com as novas perspectivas do direito civil, consagradas no Código Civil de 2002, o direito contratual passou a valorizar mais os ditames de igualdade e justiça entre os contratantes.

Assim, hoje, sem prejuízo dos princípios clássicos (liberdade das partes ou autonomia da vontade, força obrigatória dos contratos e relatividade dos efeitos contratuais), as relações contratuais devem ser regidas pelos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico entre os contratantes e da função social do contrato.

Os princípios contratuais, portanto, ao regularem as relações contratuais, embora confirmem a liberdade de contratar, a obrigatoriedade no cumprimento das obrigações e a relatividade de seus efeitos, limitam os interesses individuais dos contratantes às noções de boa-fé, de equilíbrio contratual e de função social, imprescindíveis para a justiça e igualdade.

Tendo sido apresentada esta visão global dos contratos no ordenamento jurídico pátrio, será o próximo capítulo destinado a tratar um contrato em espécie, qual seja, o de financiamento imobiliário, que contempla como umas das formas de garantia das operações nele tratadas a alienação fiduciária.

Capítulo 2

O CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Segundo Frederico Henrique Viegas de Lima³⁸, o Brasil vivencia, no final do século XX e início do século XXI, um profundo problema de financiamento imobiliário, sobretudo para aqueles imóveis de valores consideráveis, que não se enquadram nos sistemas e planos até então desenvolvidos no mercado imobiliário nacional, inexistindo, assim, a capacidade de atender às necessidades da população brasileira.

Por outro lado, há de se ressaltar que, devido à crescente globalização econômica, conjugada ao aumento populacional, tornou-se necessário o acesso a financiamentos imobiliários. Nesse mister, surgiu a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, com o intuito de fomentar o setor imobiliário com novos investidores. É o que ensina Zilda Tavares no seguinte excerto:

A globalização, mormente pela interdependência mundial financeira, gerou complexas operações financeiras, se fazendo necessário um regramento específico para atender os diversos interesses privados do setor imobiliário, diante da redução da produção, construção e comercialização de moradias pelo Estado, veio ocorrer com o advento da Lei 9.514/1997³⁹.

Para Carlos Henrique Passos Mairink⁴⁰, o instituto do financiamento imobiliário, introduzido no ordenamento jurídico pátrio, visa aumentar as garantias dos investidores, pessoas física ou jurídica, que aplicam seu capital em empreendimentos imobiliários e, por consequência, ofertam seu produto à sociedade.

Acerca das garantias, tome-se a redação do artigo 17, inciso IV, da Lei nº 9.514/1997, que apresenta a alienação fiduciária de coisa imóvel como uma das formas vislumbradas de garantir as operações de financiamento imobiliário, consistente no “negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo

³⁸ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**. Curitiba: Juruá, 2005.p.23.

³⁹ TAVARES, Zilda. **Código de defesa do consumidor e a alienação fiduciária imobiliária**. São Paulo: Método, 2005. p. 55.

⁴⁰ MAIRINK, Carlos Henrique Passos. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito Milton Campos de Minas Gerais, como requisito obrigatório para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Empresarial. Orientador: Professor Doutor Salomão de Araújo Cateb. Nova Lima, 2009. p. 27.

de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel” (*caput* do artigo 22 do mencionado diploma legal)⁴¹.

Nesse capítulo, em um primeiro momento, serão feitas considerações sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), cuja finalidade é promover o financiamento imobiliário em geral, levando em conta condições compatíveis com as da formação dos respectivos fundos. Na sequência, a atenção será voltada para a alienação fiduciária, esta enquanto uma das formas de garantia das operações de financiamento imobiliário.

2.1 O Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI)

Segundo Roberto Cecil Ester de Oliveira da Silva⁴², dados emitidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) indicam que, a partir do ano 2000, o ano de 2008 foi o que apresentou maior número de contratações no setor da construção civil, apresentando um saldo positivo de contratações de 197.808 trabalhadores. No período entre 2005 e 2009, o número de contratações no setor superou as demissões, apresentando uma média de 144.531 pessoas por ano.

Também o rendimento médio das pessoas ocupadas no Brasil apresentou crescimento real de 16,8% no período entre 2003 e 2009, conforme dados da Pesquisa Mensal do Emprego (PME) realizada pelo IBGE, apresentada por Roberto Cecil Ester de Oliveira da Silva⁴³. Cumpre destacar, contudo, que, somente no setor da construção, o crescimento real foi de 37,3% na renda dos trabalhadores no mesmo período.

Nesse cenário, com crescimento econômico, do emprego e da renda acentuados, as expectativas das famílias e das empresas foram elevadas, influenciando, também, de maneira positiva, os níveis de consumo e investimento.

⁴¹ BRASIL. **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. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁴² SILVA, R. C. E. de O. da. As transformações do mercado imobiliário brasileiro nos anos 2000 – uma análise do ponto de vista legal e econômico. **Revista da Ciência da Administração**, versão eletrônica, vol. 06, Ago. - Dez. 2012.

⁴³ SILVA, R. C. E. de O. da. As transformações do mercado imobiliário brasileiro nos anos 2000 – uma análise do ponto de vista legal e econômico. **Revista da Ciência da Administração**, versão eletrônica, vol. 06, Ago. - Dez. 2012.

Neste novo ambiente, destacam Roberto Cecil Ester de Oliveira da Silva⁴⁴, era necessário criar mecanismos legais e regulatórios que pudessem garantir aos investidores a segurança jurídica com relação aos contratos firmados. Com este objetivo, é que foi elaborada a Lei nº 9.514 de 1997, que instituiu a alienação fiduciária, e criou o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), que, além de oferecer segurança jurídica, criou novas modalidades de financiamentos, modernizando os mecanismos de empréstimo, com o intuito de assegurar maior liquidez ao mercado, e consequente expansão de crédito imobiliário.

Segundo a redação do artigo 1º da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, o Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI – tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos. Dentre as entidades que poderão operar no SFI estão as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e, a critério do Conselho Monetário Nacional - CMN, outras entidades⁴⁵.

Ressalte-se, ainda, que, conforme dita o artigo 4º dessa norma legal, as operações de financiamento imobiliário em geral são livremente efetuadas pelas entidades autorizadas a operar no SFI, segundo condições de mercado e observadas as prescrições legais, podendo, inclusive, nas operações de que trata este artigo, ser empregados recursos provenientes da captação nos mercados financeiro e de valores mobiliários, de acordo com a legislação pertinente. Assim, no âmbito do SFI, as operações de financiamento imobiliário em geral serão livremente pactuadas pelas partes, observadas as seguintes condições essenciais (artigo 5º, *caput*, da Lei nº 9.514/1997):

Art. 5º [...]

- I - reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste;
- II - remuneração do capital emprestado às taxas convencionadas no contrato;
- III - capitalização dos juros;
- IV - contratação, pelos tomadores de financiamento, de seguros contra os riscos de morte e invalidez permanente⁴⁶.

⁴⁴ SILVA, R. C. E. de O. da. As transformações do mercado imobiliário brasileiro nos anos 2000 – uma análise do ponto de vista legal e econômico. **Revista da Ciência da Administração**, versão eletrônica, vol. 06, Ago. - Dez. 2012.p.23.

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa móvel e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento

Melhim Namem Chalhub⁴⁷, por sua vez, pondera que a Lei nº 9.514/1997, que instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário e disciplinou a alienação fiduciária sobre bens imóveis, atribuiu legitimidade para contratação dessa alienação a qualquer pessoa, quer física, quer jurídica, não a restringindo às entidades que operam no mencionado sistema. Com a generalização, segundo este autor, o legislador teria deixado clara sua intenção de dotar o setor imobiliário em sua amplitude, e o próprio sistema financeiro nacional como um todo, de um novo instrumento para dinamização de suas atividades, em atenção a sua função multiplicadora na economia e a sua capacidade de geração de empregos em larga escala.

Nesse mesmo sentido, segue Marcelo Terra⁴⁸, para quem esta norma legal não traz objeções quanto à legitimidade das partes, bastando, para confirmar tal afirmação, verificar a redação do § 1º do artigo 22, que prescreve: “A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI”. Cai por terra, ainda, por expressa possibilitação, a dúvida existente no regime do Decreto Lei nº 911/69, em que, segundo este autor, muito se discutiu se entidades não financeiras poderiam contratar a alienação fiduciária de bens móveis.

Carlos Henrique Passos Mairink⁴⁹ também dá a sua contribuição, trazendo que esta autorização para qualquer pessoa física ou jurídica contratar e constituir garantia, por meio de alienação fiduciária, teve como intuito a difusão do instituto para abranger o maior número de pessoas. Entretanto, aduz ele, em que pese a louvável intenção do legislador, na prática torna-se difícil para as pessoas físicas exercitarem tal mister, tendo em vista o volume de capital necessário e empregado em negócios imobiliários. Por esse motivo, segundo ele, presume-se

Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁴⁷ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária de imóveis**. Securitização de Créditos Imobiliários, Propriedade imobiliária — função social e outros aspectos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p.13.

⁴⁸ TERRA, Marcelo. **Alienação fiduciária de imóvel em garantia – Lei 9.514/ 1997, primeiras linhas**. Porto Alegre: SAFE, 1998.p.24.

⁴⁹ MAIRINK, Carlos Henrique Passos. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito Milton Campos de Minas Gerais, como requisito obrigatório para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Empresarial. Orientador: Professor Doutor Salomão de Araújo Cateb. Nova Lima, 2009. p. 14.

que esta modalidade de negócio só venha a ser utilizada em larga escala pelas instituições financeiras, incorporadoras e construtoras.

Para Mário Pazutti Mezzari⁵⁰, o Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI tem suas bases assentadas especialmente no *trust* anglo-americano, advindo o *pactum fiduciae* (alienação fiduciária), modalidade de garantia agora estendida a bens imóveis, que vem dos romanos. Segundo o mencionado autor, o Sistema Financeiro Imobiliário é um mercado novo, desregulamentado, baseado nas regras de livre mercado. Nesse modelo, aduz, está presente a nova filosofia vigente no Brasil, em que o neoliberalismo econômico e a globalização, em especial, seus princípios, possuem papel de destaque, propiciando ao capital nacional ou estrangeiro novos caminhos e novas fontes para promover o desenvolvimento econômico. A respeito da alienação fiduciária, tratará o capítulo seguinte mais detidamente.

2.2 Da Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel

Veja-se a seguinte redação do artigo 17 da Lei nº 9.514/1997:

Art. 17. As operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por:

I - hipoteca;

II - cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis;

III - caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis;

IV - alienação fiduciária de coisa imóvel.

§ 1º As garantias a que se referem os incisos II, III e IV deste artigo constituem direito real sobre os respectivos objetos.

§ 2º Aplicam-se à caução dos direitos creditórios a que se refere o inciso III deste artigo as disposições dos arts. 789 a 795 do Código Civil.

§ 3º As operações do SFI que envolvam locação poderão ser garantidas suplementarmente por anticrese⁵¹. (grifo nosso)

Segundo Renan Miguel Saad⁵², alienação fiduciária não é espécie de negócio fiduciário, mas, sim, direito real de garantia de categoria autônoma, que se identifica por ser acessório a um negócio jurídico principal, conferindo a

⁵⁰ MEZZARI, Mário Pazutti. **Alienação fiduciária da Lei 9.514/1997**. São Paulo: Saraiva, 1998.p.26.

⁵¹ BRASIL. **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. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁵² SAAD, Renan Miguel. **A alienação fiduciária sobre bens imóveis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.12.

garantia ao credor através da transferência resolúvel da propriedade. Revela-se, então, como

[...] contrato de efeitos reais que visa à constituição de direito real acessório de garantia, segundo o qual se transferem ao fiduciário (credor) a propriedade resolúvel e a posse indireta de uma coisa, com a finalidade de assegurar o cumprimento da obrigação principal pelo fiduciante (devedor) que se tornará possuidor indireto do aludido bem⁵³.

Mário Pazutti Mezzari, por sua vez, a conceitua como sendo o contrato pelo qual o devedor, ou fiduciante, como garantia de uma dívida, pactua a transferência da propriedade fiduciária do bem ao credor, ou fiduciário, sob condição resolutiva expressa.

Historicamente, Carlos Henrique Passos Mairink⁵⁴ alega que, antes do advento da *Lex Patetelia Papiria*, que se deu no ano 326 a.C., em Roma, a própria pessoa, ou o seu corpo, constituía a única garantia para o pagamento das dívidas, inexistindo, assim, a figura de direitos reais em garantia. Entretanto, com o advento da mencionada lei, entre os romanos, surge a possibilidade de garantir as dívidas com o patrimônio e com garantia pessoal (fiança), nas figuras, primeiramente, da fidúcia, consistente na transmissão de certo bem, até o pagamento da dívida, quando a coisa era devolvida ao devedor alienante, e do *pignus* (penhor), que conferia ao credor a posse da coisa dada em garantia, até o pagamento do débito; e, posteriormente, da hipoteca e da anticrese.

José Carlos Moreira Alves⁵⁵ também traz importante lição, ao destacar que, no direito romano, o penhor e a hipoteca apresentavam poucas diferenças, referindo-se o primeiro (penhor) ao desapossamento da coisa em favor do credor, o que na segunda (hipoteca ou *pignus obligatum*), não acontecia. Ambos, porém, se aplicavam às coisas móveis e imóveis. Somente no direito justinianeu é que se torna corrente, para o *pignus obligatum* (hipoteca), a denominação *hypotheca*.

Segundo redação do artigo 1º da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, “o Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da

⁵³ SAAD, Renan Miguel. **A alienação fiduciária sobre bens imóveis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P.82.

⁵⁴ MAIRINK, Carlos Henrique Passos. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito Milton Campos de Minas Gerais, como requisito obrigatório para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Empresarial. Orientador: Professor Doutor Salomão de Araújo Cateb. Nova Lima, 2009. p. 26.

⁵⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.p.27.

formação dos fundos respectivos”. Dentre as entidades que poderão operar no SFI, conforme descrito no artigo 2º desta norma legal, estão as:

Art. 2º [...] caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e, a critério do Conselho Monetário Nacional - CMN, outras entidades⁵⁶.

Ressalte-se, ainda, que, conforme dita o artigo 4º dessa norma legal,

Art. 4º As operações de financiamento imobiliário em geral serão livremente efetuadas pelas entidades autorizadas a operar no SFI, segundo condições de mercado e observadas as prescrições legais.
Parágrafo único. Nas operações de que trata este artigo, poderão ser empregados recursos provenientes da captação nos mercados financeiro e de valores mobiliários, de acordo com a legislação pertinente⁵⁷.

Assim, no âmbito do SFI, as operações de financiamento imobiliário em geral serão livremente pactuadas pelas partes, observadas as seguintes condições essenciais, contidas no *caput* do artigo 5º da Lei nº 9.514/1997⁵⁸:

I - reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste;
II - remuneração do capital emprestado às taxas convencionadas no contrato;
III - capitalização dos juros;
IV - contratação, pelos tomadores de financiamento, de seguros contra os riscos de morte e invalidez permanente⁵⁹.

Melhim Namem Chalhub⁶⁰, por sua vez, pondera que a Lei nº 9.514/1997, que instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário e disciplinou a alienação fiduciária sobre bens imóveis, atribuindo legitimidade para contratação dessa alienação a qualquer pessoa, quer física, quer jurídica, não a restringindo às

⁵⁶ BRASIL. **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. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁵⁷ BRASIL. **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. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁵⁸ BRASIL. **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. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁵⁹ BRASIL. **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. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁶⁰ CHALHUB, M. N. **Alienação fiduciária de imóveis**. Securitização de Créditos Imobiliários, Propriedade imobiliária — função social e outros aspectos. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

entidades que operam no mencionado sistema. Com a generalização, segundo este autor, o legislador teria deixado clara sua intenção de dotar o setor imobiliário em sua amplitude, e o próprio sistema financeiro nacional como um todo, de um novo instrumento para dinamização de suas atividades, em atenção a sua função multiplicadora na economia e a sua capacidade de geração de empregos em larga escala.

Nesse mesmo sentido, segue Carlos Henrique Passos Mairink⁶¹, para quem esta norma legal não traz objeções quanto à legitimidade das partes, bastando, para confirmar tal afirmação, verificar a redação do § 1º do artigo 22, que prescreve o seguinte: “A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI”. Observa-se, ainda, conforme o mencionado autor, por expressa possibilidade, a dúvida existente no regime do Decreto de Lei nº 911, de 1969, em que muito se discutiu se entidades não financeiras poderiam contratar a alienação fiduciária de bens móveis.

Desse modo, como restou demonstrado, tem-se que o contrato de alienação fiduciária, no ordenamento jurídico brasileiro, foi introduzido pela Lei nº 9.514/97, representando um direito real de garantia, por assim dizer.

Viu-se, ainda, que, conforme entendimento jurisprudencial, para constituir o devedor em mora na alienação fiduciária é imprescindível a comprovação de encaminhamento de notificação ao endereço constante do contrato, bem como de seu efetivo recebimento, não sendo, contudo, obrigatório (i) especificar-se o valor do débito na notificação, nem que (ii) a assinatura do aviso seja a do próprio destinatário.

Será o capítulo seguinte destinado a destacar aspectos relacionados à teoria do adimplemento substancial (ou inadimplemento mínimo).

⁶¹ MAIRINK, Carlos Henrique Passos. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito Milton Campos de Minas Gerais, como requisito obrigatório para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Empresarial. Orientador: Professor Doutor Salomão de Araújo Cateb. Nova Lima, 2009. p. 27.

Capítulo 3

DO ADIMPLEMENTO OBRIGACIONAL E DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DA OBRIGAÇÃO (OU INADIMPLEMENTO MÍNIMO)

A obrigação representa o poder que a ordem jurídica atribui ao credor (ou *accipiens*) de exigir do devedor (ou *tradens ou solvens*) o cumprimento de uma prestação, que pode consistir em dar, fazer ou não fazer. A sua extinção ocorre, em regra, pelo seu cumprimento que o Código Civil denomina pagamento e os romanos chamavam de *solutio*, palavra derivada de *solvere*, conforme aponta Carlos Roberto Gonçalves⁶².

O pagamento é a principal forma de adimplemento das obrigações.

Os artigos 304 a 307 do Código Civil/2002, dispõem que o pagamento pode ser efetuado pelo terceiro interessado e pelo terceiro não interessado.

O Código Civil regulamenta a situação daqueles a quem se deve pagar nos artigos 308 a 312. O pagamento tem que ser feito ao credor ou ao seu respectivo representante. Se não for feito a nenhuma dessas pessoas, ele depende de ratificação do credor para adquirir validade. No entanto, uma vez ratificado pelo credor, o negócio adquire validade desde a sua celebração, de acordo com art. 873 do Código Civil vigente.

No direito brasileiro, a dívida pode ser quesível (*querable*) ou portátil (*portable*). Aquelas são adimplidas no domicílio do devedor, ao passo que estas o são no domicílio do credor. Se o pagamento tiver que ser feito em outro lugar (nem domicílio do devedor, nem domicílio do credor), há quem diga que a dívida possuiria natureza mista, mas a maioria da doutrina entende que a hipótese também é de dívida portátil.

O tempo do pagamento é aquele ajustado entre as partes. No silêncio das partes, o pagamento deve ser feito imediatamente, de acordo com art. 331 do Código Civil/2002. Arnaldo Rizzardo⁶³ pondera que, se não foi ajustado o tempo para pagamento, a mora é *ex persona*. Logo, a exigência da prestação é imediata, mas depende de interpelação judicial ou extrajudicial, art. 397, parágrafo único, do Código Civil.

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Teoria Geral das Obrigações. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.2.

⁶³ RIZZARDO, Arnaldo. Direito das obrigações. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.21.

A teoria tem o propósito de fixar princípios e servir de inspiração ao direito positivo. Já substancial é aquilo que é essencial, próprio ou inerente a coisa.

Quanto à Teoria do Adimplemento Substancial da Obrigação, tem-se que, quando a obrigação foi cumprida na sua essência a ponto de satisfazer o credor, afasta-se a resolução contratual em face do aproveitamento pelo credor do cumprimento, mesmo que este seja parcial.

No direito brasileiro, o jurista Clóvis do Couto Silva foi o primeiro a mencionar a teoria do adimplemento substancial. Entretanto, somente no ano de 1988 é que foi publicado o primeiro acórdão pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul contemplando a teoria.

Araken de Assis em 1999 já tratava da teoria do adimplemento substancial, chamando-o de adimplemento ruim quando o descumprimento era ínfimo, modesto e mencionando a doutrina da substancial performance: “O adimplemento ruim pode versar parte modesta, diminuta e infinitesimal da prestação. O direito inglês cunhou, a respeito, a doutrina da substancial performance”⁶⁴.

E prossegue Araken⁶⁵ asseverando que “o próprio fundamento da noção de adimplemento substancial, que se liga à ideia de proibir o não adimplente de postular a prestação alheia, comprovada a validade e subsistências de pontos comuns.”

Para que haja o adimplemento substancial é necessário a verificação de diversos pressupostos no sentido de evitar a configuração do inadimplemento e eventual resolução.

Os pressupostos são:

- 1) cumprimento substancial da obrigação;
- 2) inadimplemento de escassa importância;
- 3) cumprimento que atenda à finalidade do negócio jurídico;
- 4) satisfação integral do interesse do credor;
- 5) interesse e diligência por parte do devedor em atender o desejo do credor;
- 6) manutenção do equilíbrio contratual, ou seja, inexistência de locupletamento

ilícito e abuso de direito.

⁶⁴ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 116.

⁶⁵ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 118.

A teoria do adimplemento substancial é aceita para evitar a resolução do contrato de seguro quando houve o pagamento substancial para evitar a resolução do contrato.

O STJ também já reconheceu o adimplemento substancial em financiamento de veículo com alienação fiduciária, quando houve o cumprimento substancial do contrato, faltando a última prestação.

A teoria do adimplemento substancial não foi prevista expressamente no Código Civil de 2002. No direito brasileiro, esta teoria é adotada pela doutrina e utilizada pela jurisprudência com fundamento nos princípios de boa-fé e na função social do contrato, sendo aplicada quando verificado o cumprimento da obrigação naquilo que é essencial.

O artigo 421 do Código Civil trata do princípio da função social do contrato reconhecendo a socialização do direito contemporâneo, refletindo a prevalência dos valores coletivos em detrimento do valor individual. Ensina Carlos Roberto Gonçalves⁶⁶: “com efeito, o sentido social é uma das características mais marcantes do novo diploma, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código de Beviláqua”.

Por outro lado, o artigo 395, do Código Civil de 2002, trata da inutilidade da prestação para o credor e o consequente direito de perdas e danos. Neste sentido, o Conselho da Justiça Federal, em dois enunciados reforça o caminho no sentido da positivação da teoria do adimplemento substancial da obrigação.

A aplicação da teoria do adimplemento substancial da obrigação, partindo da constatação do grau de cumprimento e descumprimento, que é avaliado em sua extensão e não isoladamente ou com base na literalidade de certas cláusulas contratuais. É uma forma de evitar que um juízo apressado cause a resolução do contrato que foi substancialmente cumprido.

A teoria do adimplemento substancial vem recentemente sendo acolhida em vários julgados.

As obrigações nascem com o objetivo de serem extintas, sendo o adimplemento o meio de extinção de forma voluntária, entretanto, quando não cumpridas as obrigações por culpa do devedor, ou por algum acidente, ocorre o

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.5.

adimplemento que pode ser total ou parcial. Quando parcial aplica-se a teoria do adimplemento substancial da obrigação, já de longa data adotada em outros países.

A teoria tem sido aplicada constantemente nos tribunais brasileiros em decorrência de situações específicas quando foi verificado o inadimplemento mínimo, de escassa importância. Nestas situações, foram observados, os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

A adoção da teoria do adimplemento substancial não trouxe somente a modernização do direito privado, mas principalmente a solução equitativa na relação obrigacional, sintonizando-a com os princípios e valores que norteiam o Direito Civil contemporâneo.

Diante de tais apontamentos, será o capítulo seguinte destinado a destacar aspectos relacionados ao saldo devedor em operações que envolvam alienação fiduciária, adentrando, pois, desse modo, às considerações pretendidas para o presente estudo.

Capítulo 4

SALDO DEVEDOR NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Uma das modalidades de garantias mais utilizadas na atualidade, a Alienação Fiduciária 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 um bem móvel ou imóvel.

Em outras linhas, ocorrerá a transferência ao credor da propriedade (domínio resolúvel) e a posse indireta do bem alienado, independentemente de sua tradição efetiva, tornando-se o alienante ou devedor possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Tal instituto representa um grande avanço se comparado a outros meios até então comumente utilizados, tais como a garantia hipotecária, pois a Alienação Fiduciária representa maior segurança e, sobretudo, agilidade ao agente financeiro na perseguição do pagamento de uma operação inadimplida.

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 66 da lei 4.728/65⁶⁷, inicialmente sua aplicação era adstrita aos bens móveis fungíveis, sobretudo após a regulação dada a referido instituto pelo decreto lei 911/69.

Todavia, com a evolução da sociedade e com o aumento da complexidade das relações estabelecidas, a Alienação Fiduciária também passou a ser admitida como garantia de débitos civis incidentes sobre bens imóveis com a edição da lei 9.514/97⁶⁸.

Inicialmente admitida apenas como garantia de operações de financiamento imobiliário, com o advento da lei 10.931/04 a alienação fiduciária de bem imóvel passou a ser expressamente admitida como garantia de quaisquer obrigações por força do disposto em seu artigo 51.

Se por um lado tal ampliação foi benéfica às Instituições Financeiras, pois, como já dito, tal modalidade de garantia lhes confere maior segurança e agilidade em eventual necessidade de se excutir uma dívida, sendo possibilitado que todo o

⁶⁷ BRASIL, **Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965**. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Brasília-DF, 165. Publicado no DOU de 16/07/1965 e retificado em 16/08/1965.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 5: **direito das coisas** / Carlos Roberto Gonçalves. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 18.

procedimento de excussão se dê mediante via extrajudicial, considerando que a alienação fiduciária de bem imóvel é regulada pela lei 9.514/97, lei esta que conserva um espírito mais atrelado ao Sistema de Financiamento Imobiliário, não demorou muito para que alguns regramentos impostos por esta lei começassem a conflitar com o espírito do que se buscava ao se admitir a alienação fiduciária de bem imóvel como garantia de operações financeiras.

Neste contexto, vale trazer à baila que o artigo 27 da lei 9.514/97⁶⁹ dispondo que, em caso de inadimplemento do devedor fiduciante, o credor fiduciário, após consolidada a propriedade do bem alienado fiduciariamente em seu nome, na forma cominada pelo artigo 26 do referido diploma⁷⁰, obterá a satisfação de seu crédito com a quantia que vier a ser apurada na venda do bem em leilão.

Tal leilão será realizado em duas praças, sendo o caso de, se o maior lance obtido no primeiro praxeamento do bem for inferior ao valor do imóvel, constante do contrato que instituiu a alienação fiduciária sobre o bem, será designado novo leilão nos 15 dias subsequentes, no qual será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais, à luz do que dispõe o artigo 27, §§ 1º e 2º, da lei 9.514/97.

Todavia, o § 5º deste dispositivo reza que em se realizando o segundo leilão, não havendo lance que alcance o valor da dívida, o devedor ficará exonerado de pagar eventual saldo devedor remanescente, tendo o credor fiduciário que adjudicar o imóvel e dar seu crédito por satisfeito.

Assim, caso uma empresa firme junto ao Banco “X” uma operação de crédito, a qual foi garantida por imóvel cujo valor avaliado à época corresponda à 60% do total da dívida contraída, sobrevivendo o inadimplemento da obrigação, acaso a instituição financeira opte por excutir a alienação fiduciária, pela atual

⁶⁹ BRASIL. **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. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁰ BRASIL. **Lei 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em: 23 jul. 2018.

disposição constante da lei 9.514/97, mesmo existindo saldo remanescente (40%), poderá, ainda assim, ver sua dívida extinta.

Tal situação torna-se ainda mais sensível aos agentes financeiros ao considerar que a Resolução 4.721/13 do Banco Central do Brasil, em seu artigo 2º, parágrafo único⁷¹, impõe limitações ao percentual da operação que poderá ser garantida por alienação fiduciária de bem imóvel, ao trazer que a constituição de tal modalidade de garantia fiduciária não poderá superar 60% do valor da avaliação do bem dado em garantia.

Assim, muito se discute quanto à aplicabilidade ou não do artigo 27, § 5º, da lei 9.514/97, no caso de execuções de bens imóveis dados em garantia fiduciária de operações não atreladas ao financiamento habitacional.

Pelos ditames da lei 9.514/97⁷², percebe-se que o legislador buscou mitigar os efeitos da mora em benefício do mutuário, o qual, pela perda do imóvel em razão de seu inadimplemento já teria sido suficientemente "apenado" com tal situação, não precisando, deste modo, responder ainda por eventual saldo remanescente.

Ainda, tendo por base que no financiamento imobiliário a dívida está atrelada ao bem imóvel financiado, tal perdão de dívida concedido até se justificaria nestas condições. Contudo, nas operações de crédito destinadas ao fomento de atividades empresariais, onde não se verifica esta comunicação entre a dívida e o bem imóvel, havendo por vezes uma composição de variadas garantias capazes de lastrear o valor da operação realizada, tal benesse legal simplesmente não encontra qualquer respaldo para sua aplicabilidade.

Doutrinadores, como Silvo de Salvo Venosa, entendem que na hipótese de restar crédito ainda em favor do credor, "este poderá valer-se dos meios ordinários de cobrança, levando-se em consideração os princípios do enriquecimento sem causa, utilizando-se dessa ação residual".⁷³

⁷¹ BRASIL. **Resolução nº 4.271, de 30 de setembro de 2013**. Dispõe sobre os critérios de concessão de financiamento imobiliário e dá outras providências. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48868/Res_4271_v1_O.pdf. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷² BRASIL. **Lei 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷³ VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. Livro digital. 13. ed. v.5. São Paulo: Atlas, 2013. p. 420/421.

Neste sentido, vale destacar que a própria lei 9.514/97, *data máxima vênia* aos posicionamentos em sentido contrário, deixa clara a limitação da aplicabilidade da norma, adstrita apenas e tão somente às operações reguladas pela lei em questão, ou seja, aplicável em operações de financiamento imobiliário, sendo possível depreender tal situação da leitura atenta de seus artigos 17, *caput* e inciso IV, e 22:

Art. 17. As operações de **financiamento imobiliário em geral** poderão ser garantidas por:

[...]

IV - Alienação fiduciária de coisa imóvel.

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.⁷⁴

Ainda, por mais que se falasse na aplicabilidade da norma 9.514/97 em relação aos contratos bancários de qualquer natureza, há que se observar a aplicação do artigo 39, II, que autoriza a utilização supletiva do decreto lei 70/66, o qual, **em seu artigo 32, §2º, autoriza, após realizado o segundo leilão e, não sendo o valor do lance superior ao valor da dívida, a cobrar o valor remanescente de seu crédito pela via executiva:**

Lei 9.514/97:

Art. 39. Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei:

[...]

II - Aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do decreto-lei 70, de 21 de novembro de 1966.

Decreto 70/66:

Art. 32. Não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado.

⁷⁴ BRASIL. **Lei 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em: 23 jul. 2018.

[...]

§ 2º Se o maior lance do segundo público leilão for inferior àquela soma, serão pagas inicialmente as despesas componentes da mesma soma, e a diferença entregue ao credor, **que poderá cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito**, sem nenhum direito de retenção ou indenização sobre o imóvel alienado.⁷⁵

Não obstante, ainda em 2014, o legislador, visando solucionar tal celeuma, editou a lei 13.043/14, que dentre outras medidas conferiu nova redação ao artigo 1.367 do Código Civil, estabelecendo que as disposições gerais previstas no Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial do Código Civil serão aplicadas à alienação fiduciária e à propriedade fiduciária, facultando, assim, ao credor, cobrar o saldo residual da dívida caso o produto obtido com a venda não seja suficiente para quitá-la⁷⁶.

Isso porque a alteração resultou na aplicação do Art. 1430 ao instituto de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis:

Art. 1.430. Quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, **continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante**.

Pela análise da alteração trazida pela lei 13.043/14 ao artigo 1.367 do Código Civil e tendo em vista que a alienação fiduciária de imóvel é um instituto regulado por "legislação especial pertinente", qual seja, a lei 9.514/97, é necessário alertar para o fato de que, conforme estipulado pelo próprio artigo, esta alteração não teria o condão de se sobrepor às regras previstas pela legislação específica⁷⁷.

Logo, esta alteração não surtiu seu desejado efeito, por entrar em conflito com o conceito da quitação recíproca, tal como previsto na lei 9.514/97, de acordo com o qual a dívida extingue-se após a realização do segundo leilão, seja com a venda

⁷⁵ BRASIL. **Lei 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁶ GUIMARÃES, Luciene Bevilacqua Corradi. **Alienação fiduciária em garantia de imóvel: saldo devedor**. Brasília, fevereiro de 2016. p. 58.

⁷⁷ ROSSI, Garcia. **Recentes alterações na alienação fiduciária de imóveis**. Migalhas. 19 fevereiro de 2015. Acesso em: 23 jul. 2018.

do imóvel (parágrafo 4º), seja com o insucesso do leilão e a consequente transferência do imóvel ao credor (parágrafo 5º)⁷⁸.

Ainda, abre-se parênteses para se analisar o instituto da alienação fiduciária em garantia sob o crivo do que o Código Civil em seu Livro I, Título VI, Capítulo VI, Seção II, ao dispor sobre o contrato de mútuo.

A alienação fiduciária em garantia é um contrato acessório ao contrato principal, normalmente de mútuo. A essência desse contrato de mútuo é a recomposição do patrimônio do credor da quantia emprestada, consoante disposto no artigo 586 do Código Civil⁷⁹:

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

Assim, como forma de se assegurar o recebimento da quantia emprestada, devidamente corrigida e acrescida dos juros estipulados em contrato, o mutuário oferece uma garantia real ou fidejussória, extinguindo-se o contrato de mútuo somente após a recomposição do patrimônio do credor. Deixando o devedor de repor o patrimônio do mutuante, sujeita-se a expropriação de seus bens em valor suficiente para cobrir o *quantum* da dívida mais os encargos, além das custas processuais e honorários advocatícios. Não sendo o valor do bem suficiente para pagar a dívida, somente nesse caso, poderá o mutuante buscar outros bens do devedor, nos termos do artigo 851, II, do NCPC.⁸⁰

Logo, é pertinente que haja a aplicação das regras do contrato de mútuo aos empréstimos garantidos por alienação fiduciária, ou seja, se o produto do leilão do imóvel dado em garantia não for suficiente para a recomposição do patrimônio do mutuante, o mutuário continuará responsável pelo pagamento do valor remanescente ou poderá configurar-se em enriquecimento sem causa, afinal, o bem objeto da alienação fiduciária é a garantia do empréstimo em dinheiro, e não o objeto da operação em si, como ocorre no financiamento imobiliário.

⁷⁸ BRASIL. **Lei 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁹ GUIMARÃES, Luciene Bevilacqua Corradi. **Alienação fiduciária em garantia de imóvel**: saldo devedor. Brasília, fevereiro de 2016. p. 61/62.

⁸⁰ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105. Acesso em: 23 jul. 2018.

Ressalta-se que, seja pelo conflito causado pela própria redação conferida pelo teor do artigo 1.367 do Código Civil, bem como pelo desconhecimento da possibilidade de prosseguimento da cobrança do saldo remanescente facultada pela própria lei 9.514/97, o que se percebe é que, em sua maioria, os Tribunais tão apenas admitem a aplicação indiscriminada do teor do artigo 27, § 5º da lei 9.514/97, havendo apenas julgados isolados entendendo pela inaplicabilidade de tal dispositivo, senão vejamos:

[...] EXECUÇÃO GARANTIDA POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA 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 [...] (TJSP – AI 2059447-31.2013.8.26.0000; 24ª Câmara de Direito Privado; Rel. Plínio Novaes de Andrade Júnior; j. 27/03/2014).

Neste sentido, vale destacar que o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, deliberou pela inaplicabilidade do artigo 27, § 5º, da lei 9.514/97⁸¹ e consequente prosseguimento da execução, dada a insuficiência do valor do bem imóvel dado em garantia fiduciária, obtido no segundo leilão, para quitar integralmente o débito, vejamos:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. LEILÃO DE IMÓVEL DADO EM GARANTIA PARCIAL DE DÍVIDA. **PREÇO, EM SEGUNDA PRAÇA, INSUFICIENTE PARA QUITAR A DÍVIDA POR INTEIRO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 27, § 5º, DA LEI N. 9.514/1997.** FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 283/STF. AGRAVO IMPROVIDO (STJ – AgREsp nº 818.237 - SP (2015/0298116-0); Decisão monocrática Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 02 fev. 2016, Publicação: DJ 17 fev. 2016).

⁸¹ BRASIL. **Lei 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em: 23 jul. 2018.

Pontua-se que em tal precedente a dívida existente não foi constituída para a aquisição do bem dado em garantia fiduciária, ademais, o bem alienado garantiu apenas parte da dívida, conforme se extrai do trecho abaixo colacionado:

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.** As razões recursais não impugnaram esses fundamentos, o que atrai a incidência da súmula 283/STF.

Há de se destacar, no entanto, que em que pese a existência isolada de precedentes que lhes seriam favoráveis, dada a omissão legislativa de ressalvar a aplicabilidade do § 5º do artigo 27 da lei 9.514/97⁸² às operações de concessão de crédito que não destinadas ao financiamento imobiliário, ocasiona-se grande insegurança jurídica as Instituições Financeiras que acabam ficando à mercê da interpretação casuística que será dada a sua situação quando da existência de saldo remanescente após a execução de um bem imóvel dado em garantia fiduciária de uma operação firmada, e em inúmeros casos, tendo seu crédito extinto em razão da aplicação de tal dispositivo.

Justamente, visando sanar as omissões contidas na lei 9.514/97 acima apostadas, atualmente, tramitam dois projetos de lei na Câmara dos Deputados, os quais pretendem excetuar a aplicabilidade do teor do artigo 27, § 5º da referida lei às operações que não tenham relação com o financiamento imobiliário.

Nesta senda, cumpre destacar que, o primeiro projeto apresentado sob nº 6.525/13, de autoria do Deputado Carlos Bezerra (PMDB), pretende acrescentar ao artigo 27 da lei 9.514/97, o parágrafo 9º, dotado da 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

⁸² BRASIL. **Lei 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em: 23 jul. 2018.

alguma, a qualquer outra modalidade de financiamento na qual se utilize contratualmente da alienação fiduciária em garantia".⁸³

Por sua vez, no projeto de 4.714/16, de mesma autoria, apenso ao projeto acima mencionado, além de se alterar o teor do § 5º do artigo 27, pretende-se acrescentar parágrafo visando ressalvar a aplicabilidade do perdão da dívida às operações de financiamento não habitacional, bem como de autofinanciamento promovidas por grupos de consórcio, vejamos:

Art. 2º O § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 27.

§ 5º - A No caso de financiamento de imóvel habitacional, 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.

Art. 3º O art. 27 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte §8º.

“Art. 27.

§ 8º As disposições dos §§ 5º e 6º deste artigo não se aplicam às operações de financiamento não-habitacional e às de autofinanciamento realizadas por grupos de consórcio. (NR)”⁸⁴

Apenas pela simples leitura das propostas constantes de tais projetos, em sendo quaisquer deles aprovados, enfim haveria a tão almejada expansão das possibilidades de financiamento, notadamente ao setor produtivo, contemplada pela ampliação da abrangência da garantia fiduciária trazida pelo artigo 51 da lei 10.931/04.

Com efeito, como bem pontuado na justificativa do Projeto 4.714/16, por meio de tais limitações propostas é que efetivamente *"será resgatado o sentido social decorrente do perdão da dívida nos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis"*, uma vez que sua ocorrência na execução forçada de contratos que não sejam destinados ao financiamento imobiliário habitacional evidentemente

⁸³ BRASIL. **Lei 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸⁴ BRASIL. **Lei 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em: 23 jul. 2018.

não se justifica, bem como acaba por prejudicar todos aqueles que dependem da concessão de linhas de crédito para implementar suas atividades.

Ou seja, com a esperada aprovação, finalmente haveria no âmbito da execução de contratos de fomento garantidos por alienação fiduciária de bem imóvel a responsabilidade do devedor pelo saldo remanescente existente pela venda do bem alienado fiduciariamente, com a consequente possibilidade do prosseguimento da demanda executiva até a satisfação integral do débito inadimplido, ao passo que, mesmo com as alterações promovidas pela lei 13.043/14 no Código Civil, esta não conseguiu alterar o mecanismo da quitação recíproca previsto na lei 9.514/97.

Por fim, há de se destacar que, ao se analisar tais projetos sob a perspectiva comercial das instituições financeiras, o resultado prático ao tomador de crédito seria a existência de maiores opções de financiamentos e com melhores taxas, o que só agregaria para o fomento de atividades, situação esta somente possível dada à redução de riscos às Instituições Financeiras.

Assim, o ganho trazido por tais modificações propostas ultrapassaria o mero ideal trazido pela lei 10.931/04 de promover o aumento e facilitação da concessão de financiamentos ao setor produtivo, mas sim a aplicação prática dos benefícios gerados pela concessão de crédito mais facilmente a determinada atividade, de sorte que não apenas os agentes diretamente envolvidos, mas a sociedade como um todo se beneficiarão de um setor produtivo, devidamente fomentado, em plena capacidade produtiva, assim entendida não apenas do desempenho de sua atividade, mas de todas as externalidades positivas incitas a ela.

Nada obstante, modificando substancialmente o panorama atual, o Superior Tribunal de Justiça, em decisões recentes, definiu algumas consequências que não decorrem literalmente da Lei 9.514/1997.

Com efeito, determinou aquela Corte:

- a) a aplicação da teoria do adimplemento substancial (Agravo em Recurso Especial nº 710.805 – SE – 2015/0111548-1 – Min. Maria Isabel Gallotti);
- b) a necessidade de intimação pessoal do devedor acerca data dos leilões, exigência que não consta literalmente na Lei 9.514/1997 (AgRg no REsp 1367704/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado

em 04/08/2015, DJe 13/08/2015; No mesmo sentido: Resp nº 1.483.773 – PE (2014/0246459-3). Rel. Min. Raul Araújo. Julg: 27/04/2015); e,

c) a possibilidade de purgação da mora até a assinatura do auto de arrematação (Resp 1.433.031/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, 03/06/2014 e REsp 1447687/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/08/2014).

Notadamente para permitir a purgação da mora até a data do leilão e, principalmente, exigir a intimação pessoal do ex-fiduciante que viu a propriedade ser consolidada nas mãos do credor, o STJ fundou-se em interpretação sistemática, invocando o Decreto-lei 70/1966.

Isto porque o art. 39, II da Lei 9.517/1997 (Lei de Alienação Fiduciária de Imóvel), determina a aplicação das disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-Lei 70/1966.

E, entre os dispositivos mencionados do Decreto-Lei 70/1966, o art. 34 permite a purgação da mora até o leilão e o art. 36 exige o conhecimento dos leilões do imóvel pelo devedor (menciona “imóvel hipotecado”, posto que a esta garantia se refere) conhecimento este que o STJ interpreta como necessidade de intimação pessoal sob pena de nulidade dos leilões.

A figura do adimplemento substancial ou *substantial performance* é aquela que admite o adimplemento parcial como aquele em que o devedor cumpriu a quase totalidade prestação ou das prestações. Isso implica redução das faculdades do credor que não poderá optar pela resolução do contrato, mas apenas exigir seu cumprimento (por exemplo as prestações faltantes), mais perdas e danos.

A questão dessa quantificação da substancialidade do inadimplemento depende do caso concreto. Não há fórmula aritmética, ou que, de resto, é normal em sistemas abertos, cujos princípios têm papel de relevo.

São alguns princípios que dão base jurídica à figura do adimplemento substancial. A boa-fé objetiva, a função social do contrato e o princípio da conservação do negócio jurídico.

A boa-fé está presente na função reativa, ou seja, aquela que limita as faculdades do outro contratante. Se há duas possibilidades e uma delas é menos gravosa ao devedor, é essa que o credor deve adotar. Deve por lealdade. Assim, havendo o pagamento quase integral do preço, a extinção do contrato com a apreensão do bem financiado (sentido amplo) é medida muito onerosa ao devedor

que apenas responde pelo saldo devido. É assim que a boa-fé atua no adimplemento substancial, impedindo a faculdade de busca e apreensão do bem financiado.

Também pode-se invocar a função social do contrato, num viés de solidariedade contratual, ou seja, o contrato deve ser bom e justo para ambos os contratantes. É a eficácia interna da função social.

O que podemos inferir de todo o estudo aqui realizado, e do atual posicionamento de vários tribunais brasileiros que, para que os credores possam se utilizar da resolução contratual, o inadimplemento, ou incumprimento, em qualquer modalidade, deve ser grave, de extrema importância ou relevância e essencial para a normal consecução do contrato. Foi-nos também possível perceber que esse descumprimento pode se dar em qualquer dos deveres que constituem a obrigação, sejam eles principais ou acessórios e que o princípio da boa-fé objetiva funciona como um “freio” às intransigências do credor e do devedor, fazendo-os cooperar entre si. Com a aplicação da teoria do adimplemento substancial, além da segurança jurídica gerada por contratos estáveis, devido a menor possibilidade de resolução, haveria também limitação de certas fraudes recorrentes dos contratos e da exceção do contrato não cumprido, além de inibir o enriquecimento sem causa, exatamente por impedir que os contratos, especialmente os divisíveis em que a obrigação foi substancialmente adimplida, se resolvam por qualquer desconformidade meramente formal.

Aplicar a Teoria do Adimplemento Substancial é mais que tolher certas condutas desleais, é incitar uma cultura de pacificação, sem medidas drásticas de resolução, em que todas as partes são, de fato, beneficiadas. Aplicar esta teoria, em última instância, é fazer Justiça, e o celebrado escritor alemão Johann Goethe bem dizia: “Faz o que for justo. O resto virá por si só”.

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou a parte histórica e as principais influências que a alienação fiduciária brasileira recebeu desde a sua origem até os primórdios da atualidade.

Outrossim, é evidente que dentre os tipos de alienação fiduciária mencionadas no trabalho, as que mais se assemelham ao modelo adotado pelo Brasil, emergem a alienação fiduciária Romana e a Inglesa, sendo que as principais características de cada uma delas contribuiu para a evolução do conceito de alienação fiduciária atual.

Como a alienação fiduciária foi introduzida no sistema jurídico brasileiro, através da Lei nº 9.514/97, com o intuito de proporcionar maior garantia ao setor imobiliário e fomentar os financiamentos destinados à indústria da construção civil, podemos concluir que a ideia principal foi de proporcionar maior facilidade ao consumidor na aquisição do bem e em contrapartida gerar mais garantias eficazes ao financiador.

Contudo, essas garantias proporcionaram um desequilíbrio na relação contratual, pois gerou riscos mais contundentes aos consumidores que vivem com a sobra da perda do imóvel de forma mais acentuada em razão dessas regras mais eficientes ao agente financiador.

Em virtude da literalidade severa do artigo 26 da Lei 9.514/97 que prevê a perda do imóvel em virtude do inadimplemento é que o Poder Judiciário vem sendo acionado para dirimir os conflitos gerados pelo excesso da Lei. Ao analisar os julgamentos, percebemos a grande aplicação dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da teoria do adimplemento substancial são acionados para fundamentar as referidas decisões.

Muito embora a função social do contrato esteja relacionada a um princípio jurídico que tem por finalidade limitar a liberdade de contratar, a função social do contrato tem como sua característica primordial a de evitar o desfazimento da relação contratual e é com base nesse entendimento que os julgadores vêm se posicionando para manter o contrato ativo.

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Já aplicação do princípio da boa-fé objetiva, que tem por característica o agir ético e correto, visa aos contratantes que passem a se tratar como parceiros e não como concorrentes, mantendo assim um equilíbrio na relação contratual. Ao analisar os julgados, percebe-se que os Julgadores tentam localizar a boa-fé das partes para auxiliá-los nas decisões, pois a ideia central é limitar os excessos e coibir qualquer prática ou tentativa que vise ludibriar a aplicação da boa-fé.

Já nos casos de aplicação da teoria do adimplemento substancial percebe-se que os julgadores vêm aplicando muito nos contratos em geral, mas estabelecem percentuais diferentes para caracterizar ou não o adimplemento substancial. E é aí que mora o perigo, pois nos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis o percentual necessário é de 70% para caracterizar o adimplemento substancial, enquanto nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis o percentual baixa para 60%.

Na forma como está colocado, percebe-se que não há qualquer análise acerca da diferenciação dos bens objeto do contrato e da sua finalidade. Dessa forma, o Judiciário ignora o direito insculpido no art. 6º., caput, da Constituição Federal, que expressa, claramente, ser o direito à habitação um direito social.

Assim, em virtude desse contexto, agentes financeiros visam a obtenção de lucros exorbitantes através deste sistema de financiamento, desvirtuando a normatização e tornando inatingível o objeto pretendido, perdendo, desta forma, quase que a integralidade do benefício social almejado pela lei.

Diante da lei prevista em comento, o presente trabalho apresentou as dificuldades oriundas de um perfeito enquadramento das partes diante do contrato de alienação fiduciária, com suas implicações e consequências, onde o objetivo maior é o direito à moradia.

Contudo, conclui-se que houve uma desproporcionalidade nesses casos, pois há de se considerar a diferença econômica entre os contratantes, as necessidades das partes, a instabilidade econômica do País, a função social do contrato e principalmente a destinação que o bem é dado. Há de se levar em conta, ao fim e ao cabo, o quanto do imóvel foi efetivamente pago, para que, sopesando-se com

os elementos apontados, possa-se chegar a percentual que seja justo e não desvirtue a aplicação do instituto.

Referências Bibliográficas

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ASSIS, Araken de. Resolução do Contrato por Inadimplemento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. 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. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRASIL. Lei 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRASIL. Resolução nº 4.271, de 30 de setembro de 2013. Dispõe sobre os critérios de concessão de financiamento imobiliário e dá outras providências. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48868/Res_4271_v1_O.pdf. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRASIL, Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Brasília-DF, 165. Publicado no DOU de 16/07/1965 e retificado em 16/08/1965.

CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária de Imóveis. Securitização de Créditos Imobiliários, Propriedade imobiliária — função social e outros aspectos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, 3: contratos. 5. Ed. São Paulo: Saraiva 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral das Obrigações. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 2. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Direito Civil Brasileiro, v. 5: direito das coisas / Carlos Roberto Gonçalves. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUIMARÃES, Luciene Bevilacqua Corradi. Alienação Fiduciária em Garantia de Imóvel: saldo devedor. Brasília, fevereiro de 2016.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Da Alienação Fiduciária em Garantia de Coisa Imóvel. Curitiba: Juruá, 2005.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Teoria geral dos Contratos no Novo Código Civil. São Paulo: Ed. Método, 2002.

MAIRINK, Carlos Henrique Passos. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito Milton Campos de Minas Gerais, como requisito obrigatório para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Empresarial. Orientador: Professor Doutor Salomão de Araújo Cateb. Nova Lima, 2009.

MEZZARI, Mário Pazutti. Alienação Fiduciária da Lei 9.514/1997. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Obrigações. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROSSI, Garcia. Recentes Alterações na Alienação Fiduciária de Imóveis. Migalhas. 19 fevereiro de 2015. Acesso em: 23 jul. 2018.

SAAD, Renan Miguel. A Alienação Fiduciária Sobre Bens Imóveis. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.12.

SILVA, R. C. E. de O. da. As Transformações do Mercado Imobiliário Brasileiro nos anos 2000 – uma análise do ponto de vista legal e econômico. Revista da Ciência da Administração, versão eletrônica, vol. 06, Ago. - Dez. 2012.

TAVARES, Zilda. Código de Defesa do Consumidor e a Alienação Fiduciária Imobiliária. São Paulo: Método, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Contrato e Sua Função Social. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TERRA, Marcelo. Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia – Lei 9.514/ 1997, primeiras linhas. Porto Alegre: SAFE, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direitos reais. Livro digital. 13. ed. v.5. São Paulo: Atlas, 2013.