

O VÁCUO NA TESE FIXADA PELO TEMA 1.095 DO STJ: O *ANTECIPATORY BREACH* EM CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS

1. A figura do *anticipatory breach* no ordenamento jurídico brasileiro

A figura da quebra antecipada do contrato nasce no direito inglês, berço da *common law*, tendo sido posteriormente importada para o direito norte americano. Este instituto, apesar de não positivado no Brasil, não é novo no ordenamento jurídico nacional.

Segundo Judith Martins-Costa¹, o inadimplemento antecipado não é um terceiro gênero de inadimplemento, mas sim espécie inserida dentro do inadimplemento definitivo.

Afirma a eminente autora que, embora já presente na doutrina desde a década de 50, o primeiro caso que se tem notícia em que aplicado o conceito, ainda que não com esta nomenclatura, foi em 1983, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Naquele julgado² o tribunal gaúcho entendeu pela rescisão de contratos em conta de participação firmados pelos subscritores de quotas, em razão da ausência de providências relativas a centro médico hospitalar na construção de um hospital, antes mesmo de encerrado o prazo contratual para tanto.

A doutrina passou a conceber a ideia do inadimplemento antecipado quando desenvolvidos melhores estudos sobre o instituto da boa-fé e seus desdobramentos em critérios objetivos e subjetivos, conforme ressalta a autora. Desde então, passou-se a entender que a prática de atos ou declarações contrárias ao efetivo cumprimento do contrato violava o comportamento previsto na atuação em boa-fé.

Desta forma, conclui a autora que, nos sistemas jurídicos em que admitida a figura do inadimplemento antecipado passou-se a exigir a presença de alguns requisitos obrigatórios para sua configuração. São eles: (i) inadimplemento caracterizado como grave violação do contrato, possibilitando a resolução por justa causa; (ii) a certeza de que o cumprimento não se dará no vencimento, e; (iii) uma conduta culposa pelo devedor, seja por declaração de que não irá cumprir a avença, seja por sua inércia nos atos prévios necessários ao cumprimento.

¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 682.

² Contrato de participação, assegurando benefícios vinculados a construção de hospital, com compromisso de completa e gratuita assistência médico-hospitalar. O centro médico hospitalar de porto alegre Ltda não tomou a mínima providência para construir o prometido hospital, e as promessas ficaram no plano das miragens; assim, ofende todos os princípios de comutatividade contratual pretender que os subscritores de quotas estejam adstritos a integralização de tais quotas, sob pena de protesto dos títulos. Procedência da ação de rescisão de contratos em conta de participação. (Apelação Cível, Nº 582000378, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Athos Gusmão Carneiro, Julgado em: 08-02-1983).

O primeiro requisito diz respeito ao ato caracterizador do descumprimento em si. Isto é, o descumprimento contratual alardeado deve ser atinente a uma obrigação principal, e não acessória, ou secundária, cujo não cumprimento não afetaria o objeto principal do contrato.

No que se refere à certeza de inadimplemento, esta não pode ser confundida com a alta probabilidade de incumprimento, pois, se assim o for, não está preenchido o segundo requisito necessário. Não pode haver dúvidas de que não será possível o cumprimento da avença na data aprazada.

Quanto à conduta culposa do devedor, esta pode se dar pela confissão de que não cumprirá a avença, bem como por comportamento ou ausência de comportamento que possa levar à conclusão de que os atos necessários ao adimplemento não serão atendidos.

Nesta esteira, há recente discussão jurisprudencial acerca do enquadramento do instituto da quebra antecipada de contrato para as hipóteses em que o adquirente de unidade imobiliária com garantia de alienação fiduciária, isto é, o devedor fiduciante, pleiteia judicialmente a ruptura do contrato de alienação fiduciária em garantia e a devolução dos valores pagos, antes de sua constituição em mora.

O tema tem sido trazido à tona em razão da ausência de previsão na lei 9.514/97 para casos em que o fiduciante, antes de inadimplir o pagamento da parcela, pleiteia a resolução do contrato.

A Lei 9.514/97 dispõe em seu art. 26, e seguintes, o passo a passo do procedimento extrajudicial a ser seguido para a execução da dívida garantida pela alienação fiduciária de bem imóvel.

O cerne da controvérsia reside no *caput* do art. 26, o qual dispõe o seguinte – em recente nova redação: *“vencida e não paga a dívida, no todo ou em parte, e constituídos em mora o devedor e, se for o caso, o terceiro fiduciante, será consolidada, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário..”*

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Tema 1.095, em outubro de 2022, fixou tese em reconhecimento à preponderância dos procedimentos de execução previstos na lei 9.514/97 sobre o CDC.

Os debates travados entre os ministros no julgamento do caso, contudo, deixaram claro que a concordância quanto aos termos jurídicos e às expressões específicas utilizadas na delimitação da tese revelava a divergência que havia entre os julgadores em outra questão periférica.

A íntegra do voto condutor do ministro relator, Marco Buzzi, e a declaração de voto vogal pela Ministra Nancy Andrighi, demonstraram o desentendimento de ambos os

magistrados quanto à questão relativa à quebra antecipada do contrato. Enquanto o Relator se apegou à literalidade da redação do art. 26 antes mencionado, a Ministra Nancy suscitou a larga aceitação no nosso ordenamento jurídico da figura da quebra antecipada do contrato.

A fim de ilustrar a divergência de entendimentos, vale transcrever o entendimento dos Ministros acerca do tema.

Neste sentido, o voto do ministro relator:

“Do mesmo modo, não há como prevalecer o ditame especial da Lei 9.514/97 quando inexistir inadimplemento do devedor ou embora existente, não tenha o adquirente sido constituído em mora nos exatos termos do procedimento especial estabelecido nos arts.s 26 e 27 da lei 9.514/97. Isso porque, o regramento especial estabelece, como requisitos mínimos para a sua deflagração, dívida "vencida e não paga, no todo ou em parte" E constituição em mora do fiduciante. Na falta de qualquer desses requisitos, não se afigura aplicável o procedimento especial de resolução do contrato de compra e venda de bem imóvel com cláusula de alienação fiduciária pelo ditame da Lei 9.514/97.”

Em contrapartida, o voto-vogal da Ministra Nancy Andrichi assim dispõe:

“37. Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, regra geral prevendo o mecanismo do vencimento antecipado do contrato. No entanto, a aplicação do instituto é admitida pela jurisprudência (REsp 309.626/RJ, 4ª turma, DJ de 20/8/2001; REsp 1.792.003/SP, 3ª turma, DJe de 21/6/21) e pela doutrina, “*em analogia com a modelagem da exceptio non adimpleti contractus e, de modo especial, da exceção de insegurança (art. 477), uma ou outra devendo ser, conforme o caso, conectada com o princípio da boa-fé objetiva (art. 422)*” (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo CC: do inadimplemento das obrigações. Vol. V. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 244).

(...)

39. Nessa linha de ideias, o pedido de resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia, por desinteresse

do adquirente na sua manutenção, qualifica-se como quebra antecipada do contrato (“anticipatory breach”), tendo em vista que revela a intenção do adquirente (devedor) de não pagar as prestações ajustadas. 40. Destarte, o inadimplemento contratual, para fins de aplicação dos arts. 26 e 27 da lei 9.514/97 não se restringe à ausência de pagamento no tempo lugar e modo contratados, mas abrange também o comportamento contrário do devedor ao cumprimento da avença (quebra antecipada do contrato), manifestado por meio do pedido de resolução do contrato por impossibilidade superveniente de arcar com os valores contratados.”

Para analisar o instituto do *anticipatory breach* sob a ótica dos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis, faz-se mister averiguar o seu conceito e prática no mercado, além dos precedentes nacionais para, enfim, entender os desdobramentos e efeitos não mapeados de uma distorção do instituto legal.

2. A compra e venda com alienação fiduciária em garantia: os dois contratos e sua função social

A origem da ideia de atribuição de uma função social ao contrato remonta ao século 19, período da história marcado pelas mudanças filosóficas, tecnológicas e econômicas no mundo. Estas mudanças, que no campo econômico têm como mote a revolução industrial, marcaram o espírito de liberdade ilimitada que partia do princípio da racionalidade e igualdade entre partes contratantes.

Este pressuposto falho resultou, em âmbito contratual, em abusos cometidos que tornaram insuportável o convívio social. O exemplo mais óbvio era a forma como celebrados os contratos de trabalho, que mais se equiparavam a relações de escravidão.

Neste cenário, surgiram reações de todos os lados como forma de coibir estes abusos, e assim, como que para remediar, buscou-se uma conciliação entre os interesses capitalistas e trabalhistas a fim de evitar a implementação do socialismo.

O conceito da função social dos instrumentos jurídicos, por sua vez, só seria elaborado pela primeira vez por Karl Renner em 1896³, segundo o qual:

³ RENNER, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*. Bologna: II Mulino, 1981.

“Qualquer processo econômico que observe isoladamente do ponto de vista técnico é por sua vez uma parte da totalidade do processo social de produção e reprodução, separado pelo pensamento. Se esse processo for visto em conjunto, a função econômica torna-se função social do instituto jurídico.” (RENNER, 1981, p. 49 *apud* TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo, 2005, p. 199)

A finalidade do contrato em uma sociedade, é, pois, promover a circulação e distribuição dos direitos de propriedade entre os indivíduos. Esta circulação é socialmente desejável para a produção de riquezas.

Assim, em sentido estrito, a função social do contrato se reflete na produção de resultado útil do instrumento contratual para a sociedade.

Nesta esteira, os contratos de compra e venda com alienação fiduciária em garantia cumprem sua função social enquanto as partes contratantes mantêm sua adimplência. O credor fiduciário cumpre seu papel de conceder o mútuo para pagamento do preço ao passo que o devedor fiduciante quita as obrigações assumidas.

Longe de produzir efeitos apenas *inter partes*, um contrato de compra e venda com alienação fiduciária em garantia pode ser objeto de securitização, captação de recursos pelo credor, e pulverização no mercado de capitais. Os direitos aquisitivos do imóvel, por sua vez, tornam-se disponíveis pelo devedor, e o bem em si pode ser usufruído pelo mesmo, ou objeto de locação, e assim uma fonte de renda também pelo devedor, desde a assinatura do contrato.

Enfim, um contrato de compra e venda com alienação fiduciária em garantia produz efeitos na sociedade para além das partes envolvidas na contratação. Entretanto, a matéria posta em debate no Judiciário comumente trata o contrato de compra e venda com alienação fiduciária em garantia como se fosse uma simples promessa de compra e venda, isto é, um contrato preliminar.

As figuras contratuais, contudo, nem mesmo podem ser objeto de comparação. Uma promessa de compra e venda pode ser resolvida pelo vendedor por meio da notificação extrajudicial e devolução de percentual do pagamento, caso inadimplido o preço, enquanto na compra e venda com garantia fiduciária o credor tem o ônus de passar por todas as etapas de um processo de excussão extrajudicial do bem, conforme procedimento previsto na Lei 9.514/97.

Na promessa de compra e venda de imóveis, comumente o comprador somente recebe a posse se houver pago parcela significativa do preço, que ultrapasse ao menos 70%, ao passo

que nas compras e vendas com garantia fiduciária a posse é transmitida com apenas 30% do preço pago.

No julgamento do tema 1.095 o voto do ministro relator revelou haver uma verdadeira distorção no conceito legislativo atribuído aos contratos do tipo, sendo de extrema valia que o Judiciário analise a questão sob a figura contratual correta. O contrato de compra e venda com alienação fiduciária em garantia são, na verdade, dois contratos. Um é a compra e venda definitiva, acabada, em que o vendedor transfere ao comprador a posse e propriedade resolúvel do bem imóvel, e outro é o mútuo com garantia imobiliária de pagamento, que pode ser realizado tanto pelo próprio vendedor, quanto por uma instituição financeira.

Uma vez que o vendedor também concede o mútuo ao comprador, ele lhe entrega a posse para ser usufruída, ou disposta, enquanto adimplente com suas obrigações de repor o mútuo.

Se o vendedor cumpriu sua parte na avença, com a transmissão da propriedade resolúvel e dá posse ao comprador, o seu objeto contratual foi concluído, restando apenas ao comprador adimplir o dele, qual seja, o pagamento das prestações.

Assim, trata-se de uma obrigação principal a do devedor fiduciante (comprador) o pagamento das prestações, uma vez que o vendedor já cumpriu com a sua obrigação contratual principal: a venda do bem e a entrega da posse ao comprador.

Igualmente ocorre quando uma instituição financeira é a responsável por conceder o mútuo. Esta instituição quita com o vendedor o preço do imóvel e toma o objeto principal (imóvel) como garantia do recebimento do empréstimo pelo comprador, agora um devedor fiduciante. Nesta hipótese tem-se, então, uma relação contratual triangular: a compra e venda entre o vendedor e o comprador, já quitada pelo empréstimo concedido pela instituição financeira, e um contrato de mútuo entre devedor fiduciante e a instituição financeira, credora fiduciária.

O não pagamento das parcelas, ou a declaração de não pagamento (com a propositura de uma medida judicial de ruptura contratual), constitui, indubitavelmente, um inadimplemento grave, pois trata-se da obrigação primária assumida pelo devedor fiduciante: a de pagar.

Não apenas isso, mas se o devedor pleiteia judicialmente a ruptura contratual, não há dúvidas acerca de que o cumprimento do pagamento do preço não se dará no vencimento de cada parcela, e, por último, trata-se de uma declaração clara do devedor de que não irá cumprir a avença.

Assim, conforme os requisitos desenhados pela melhor doutrina, a propositura de medida judicial que busque a declaração de interrupção do pagamento das parcelas, configura

o inadimplemento antecipado do devedor fiduciante, conferindo uma justa causa ao credor fiduciário à resolução contratual que autorize a execução da garantia fiduciária.

O Judiciário nacional, no entanto, diverge no que diz respeito ao reconhecimento da declaração de não pagamento do mútuo como ruptura antecipada do contrato por suposta ausência de previsão legal para tanto, ao passo que, cotidianamente, aplica a mesma figura do *anticipatory breach* quando mais benéfica à parte hipossuficiente.

3. O entendimento jurisprudencial e a sua dualidade

Não há consenso no Poder Judiciário sobre a aplicabilidade ou não do instituto da quebra antecipada do contrato, especialmente no que se refere aos contratos de alienação fiduciária⁴.

Entretanto, importante destacar que em outubro de 2023, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 982, confirmou a constitucionalidade do leilão extrajudicial na execução da alienação fiduciária de imóvel em garantia, fixando a seguinte tese: "É constitucional o procedimento da lei 9.514/97 para execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal". E que a tese fixada implicará a vinculação da orientação para todos os Tribunais – Superiores e Estaduais.

No momento atual, a 3ª turma do STJ possui entendimento consolidado⁵ no sentido de que o pedido judicial de resolução contratual constitui, sim, a quebra antecipada do contrato capaz de resultar em sua execução pelo credor fiduciário, ao passo que a 4ª Turma se depara pela primeira vez em muito tempo⁶ com o tema, na análise do Recurso Especial 1.894.504/SP, o qual foi desafetado do tema 1.095, e cujo julgamento já fora iniciado em 28.02.2023 com o voto do Ministro Marco Buzzi, pela inaplicabilidade do instituto.

Em seus fundamentos no julgamento do citado recurso, o Ministro assevera que, *in casu*, ausente estaria o inadimplemento a que o art. 26 da lei 9.514/97 faz referência, como também, equivocadamente, comparou o art. 53 do CDC com o procedimento da lei 9.514/97, aduzindo que a intenção principal dos dois dispositivos foi evitar o enriquecimento ilícito do

⁴ No TJSP a favor: 1005466-44.2021.8.26.0576; 1000636-74.2022.8.26.0099; 1051079-92.2018.8.26.0576; 2233688-66.2022.8.26.0000; 1107372-21.2019.8.26.0100, dentre outros. contra: 1000723-95.2022.8.26.0142; 1019014-26.2019.8.26.0506; 1000446-79.2022.8.26.0142; 1012235-96.2021.8.26.0114, dentre outros.

⁵ REsp n. 1.930.085/AM; AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp n. 1.430.878/SP; AgInt no REsp n. 1.823.174/SP; REsp n. 1.792.003/SP; REsp n. 1.867.209/SP

⁶ AgRg no Ag 550820/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/03/2011, DJe 23/03/2011.

credor. Nada aduziu, contudo, quanto ao enriquecimento ilícito do devedor, em seu uso do imóvel e posterior pedido de devolução quase integral do quanto pago.

Ao tratar especificamente do *anticipatory breach*, o Relator apenas assevera que tal instituto não seria positivado no Brasil, e que, assim, estar-se-ia descumprindo o que prevê o art. 26 da lei (*constituído em mora o fiduciante...*), para algo que não encontra guarida na legislação pátria.

Em seu voto cita o ex-ministro Ruy Rosado para afirmar que o *anticipatory breach* significa uma quebra da confiança e que para ser caracterizada deve cumprir como requisitos uma grave violação do ajuste firmado; uma certeza do não cumprimento futuro da obrigação; a ação culposa do devedor; e a existência de termo certo para o vencimento.

Daí assevera que, um devedor fiduciante adimplente pedir judicialmente a rescisão de seu contrato de alienação fiduciária não configuraria quebra de confiança nem violação grave, e que admitir isso seria ter diante de si um contrato que não se pode nunca resolver, o que seria uma penalização desmedida, porque não caberia devolução de valor algum.

Uma vez citado no aludido voto, é importante relembrar o posicionamento do saudoso Ministro Ruy Rosado, sobre a aplicabilidade do instituto:

“PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Resolução. Quebra antecipada do contrato.

- Evidenciado que a construtora não cumprirá o contrato, o promissário comprador pode pedir a extinção da avença e a devolução das importâncias que pagou.

- Recurso não conhecido. (REsp 309.626/RJ, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 7/6/2001, DJ de 20/8/2001, p. 479.)”

Do referido acórdão, extrai-se trecho de sua obra sobre o tema:

“É possível o inadimplemento antes do tempo, se o devedor pratica atos nitidamente contrários ao cumprimento ou faz declarações expressas nesse sentido, acompanhadas de comportamento efetivo, contra a prestação, de tal sorte se possa deduzir, conclusivamente, dos dados objetivos existentes, que não haverá o cumprimento. Se esta situação se verificar, o autor pode propor a ação de resolução. O incumprimento

antecipado ocorrerá sempre que o devedor, beneficiado com um prazo, durante e/ou pratique atos que, por força da natureza ou da lei, faça impossível o futuro cumprimento.

Além da impossibilidade, o incumprimento antecipado pode resultar de conduta contrária do devedor, por ação (venda do estoque, sem perspectiva de reposição), ou omissão (deixar de tomar as medidas prévias indispensáveis para a prestação), ou de declaração do devedor expressa no sentido de que não irá cumprir a obrigação (Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor - fls. 126/127).”

Conclui-se, portanto, que a 4ª turma da Corte Superior possui sim histórico de admissibilidade do instituto da quebra antecipada do contrato, em que pese a sua não positivação no ordenamento jurídico nacional.

Na análise deste mesmo julgado, iniciou uma divergência a ministra Maria Isabel Gallotti, em sessão de 05/12/2023, na qual em seu fundamento citou acórdão da 3ª turma, de relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, para entender que o inadimplemento não pode ser interpretado restritivamente como não pagamento, como também como um comportamento contraditório caracterizador da quebra antecipada do contrato.

O que constantemente vem sendo objeto de desgaste do Judiciário é o tratamento distinto dispensado às partes, a depender da figura descumpridora antecipadamente da avença: se o vendedor, ou o comprador. Vejamos o Tribunal de Justiça de São Paulo como exemplo:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - RESOLUÇÃO CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO - CULPA DAS RÉS - Autores, promitentes compradores, que alegam desinteresse no prosseguimento do contrato, em razão da paralisação das obras - Não obstante o pedido de resolução tenha sido formulado antes de findo o prazo contratual para a entrega da unidade, as rés admitiram a paralisação das obras - Situação que caracteriza o inadimplemento antecipado, autorizando o pedido de resolução do contrato, por culpa das promitentes vendedoras, e que tem por consequência a restituição integral das prestações pagas - Danos morais configurados no caso dos autos - Indenização fixada em R\$ 5.000,00, que se mostra razoável e adequada ao caso concreto -

Indevida, no entanto, a indenização pelos lucros cessantes, devidos no período de mora da construtora, com início a partir da data final prevista no contrato e se encerra com a entrega das chaves - No caso dos autos, o pedido de resolução foi formulado antes do prazo final para a entrega da unidade, o que impossibilita delimitar o período de mora - Sentença reformada unicamente para condenar as rés à indenização pelos danos morais - RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1001469-11.2016.8.26.0291; Relator Ângela Moreno Pacheco de Rezende Lopes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 20/05/2019)

A mesma Câmara citada acima, contudo, diverge quando a quebra antecipada se origina no inadimplemento do devedor fiduciante, isto é, o comprador. Vejamos:

Ação de rescisão de instrumento particular de compromisso de venda e compra de imóvel, cumulada com o pedido de devolução de valores – Procedência em primeiro grau – Contrato de compra e venda com garantia de alienação fiduciária – Inexistência de comprovação do inadimplemento do devedor e a necessária constituição em mora – Requisitos fundamentais para incidência do ditame especial previsto na lei 9.514/97 – Adequada solução do contrato com base no regramento previsto no CDC – Entendimento do Superior Tribunal de Justiça pelo sistema repetitivo (Tema 1.095) – Precedentes deste Tribunal de Justiça – Manutenção da disciplina da sucumbência – Sentença mantida – Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1019014-26.2019.8.26.0506; Relator César Peixoto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 08/08/2023)

APELAÇÃO. CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Sentença que julgou improcedente a demanda, afastando a aplicação do CDC em detrimento da Lei ° 9.514/97. Insurgência pelo autor. RESCISÃO PELO COMPRADOR. Possibilidade. Pacto adjeto de alienação fiduciária que não obsta o

pedido de rescisão pelo comprador que não tem condições financeiras de manter-se atrelado ao contrato, quando não houve constituição em mora e consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário (que é o próprio vendedor, e não instituição financeira) pelos procedimentos traçados pela Lei 9.514/97 e sequer há comprovação de registro do contrato junto à matrícula do imóvel. Ausência de previsão contratual ou legal à rescisão que não significa vedação à sua ocorrência, afastando a alegação de violação ao pacta sunt servanda. Relação de consumo que obsta a perda das prestações pagas em desfavor do vendedor. RETENÇÃO DO PREÇO PAGO. Ausência de impugnação ao percentual de retenção descrito na inicial, inserido dentro dos limites mínimo e máximo traçados pelo STJ (10% a 25%), que justifica o acolhimento do percentual indicado pelo próprio autor, qual seja 10% dos valores pagos. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1015962-11.2016.8.26.0576; Relatora Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 04/06/2019)

O que vem ocorrendo é resultado direto do não entendimento dos Tribunais – Estaduais ou Superior - sobre a natureza jurídica dos contratos de compra e venda com alienação fiduciária em garantia.

Como dito alhures, trata-se de dois contratos em que nem sempre as partes serão as mesmas. Ora uma instituição financeira pode figurar na posição de mutuante, ora a própria vendedora do imóvel. Invariavelmente tem-se o absurdo cenário em que uma parte empresta a quantia para que o comprador possa usar e gozar do bem imóvel e depois tem que lhe devolver a mesma quantia emprestada e aceitar a coisa usada em retorno.

Não porque o próprio vendedor é o credor fiduciário que a situação contratual diverge, pois o recebimento da quantia é computado em balanço, a unidade é admitida como vendida, a posse é transferida, e o comprador pode usar livremente do imóvel, seja para alugar, reformar, ou até mesmo ceder o contrato de alienação fiduciária (desde que com a anuência do credor, obviamente, como ocorre com qualquer garantia imobiliária).

O desfazimento do contrato de alienação fiduciária com a devolução dos valores recebidos, ainda que com alguma penalidade, implica em prejuízo ao vendedor tanto quanto para a instituição financeira que quita pelo devedor o preço.

Os tribunais, no mais das vezes, não observam a reverberação de tais decisões no âmbito econômico nacional, o que é preocupante, pois, como afirmado anteriormente, os contratos de alienação fiduciária produzem efeitos para além das partes contratantes.

4. Os efeitos do enfraquecimento do instituto da alienação fiduciária

A criação do instituto da alienação fiduciária de bens imóveis popularizou a aquisição de moradia a prazo, acarretando diminuição do déficit habitacional nacional, e dinamismo do crédito imobiliário.

O benefício social atrelado à promulgação da lei 9.514/97 é inquestionável, não apenas no que diz respeito ao mercado imobiliário, como à economia nacional, especialmente dada a fatia de 3,8% do PIB nacional referente ao setor⁷, sendo o Estado de São Paulo seu maior expoente. E foi como consequência dessa segurança jurídica instaurada nas operações de mútuo que surgiram diversos outros institutos ainda mais sofisticados que tornaram possível a comercialização de ativos com lastro nessas operações, como por exemplo, a criação de certificado de recebíveis imobiliários (“CRIs”) e a letra de crédito imobiliário (“LCIs”).

Neste sentido, a lei 9.514/97 consistiu também em uma evolução à cessão fiduciária de direitos creditórios, aperfeiçoando e regrandando os termos da lei 4.864/65.

Com base nesta garantia fiduciária, títulos creditórios garantidos são securitizados e largamente comercializados no mercado de capitais, por meio de fundos de investimentos, retornando estes valores para os mais diversos financiamentos imobiliários.

Este investimento pulverizado, garantido fiduciariamente, é que permite que os mais diversos tipos de negócios, desde o pequeno empreendedor familiar até as grandes indústrias, possam obter financiamento, fazendo assim a economia movimentar-se muito mais do que com o simples financiamento bancário, em que apenas instituições financeiras, poucas, são rentabilizadas com o recebimento de juros remuneratórios e demais encargos dos empréstimos.

Nesta esteira, o enfraquecimento do instituto, com a ruptura das garantias fiduciárias pode vir a ter, como efeito não mapeado, o enfraquecimento da economia, do PIB do setor, a possível retroação do déficit habitacional, em sentido amplo.

Em sentido estrito à realidade dos contratos individualmente considerados, tem-se que a posse do devedor fiduciante está sendo usufruída sem qualquer remuneração, a considerar os julgados que permitem a resolução dos contratos de alienação fiduciária. Isto é, os devedores

⁷ Fonte: IBGE. Dados de 2019.

fiduciários usufruem do imóvel e ao final podem receber até 90% dos valores pagos corrigidos sem qualquer pagamento pela posse, o que configura um enriquecimento ilícito.

Outro aspecto, restrito à situação das instituições financeiras, diz respeito à possível formação de *landbank* não compatível com o objeto social destas pessoas jurídicas, além da obrigação de “comprar” o imóvel objeto da garantia, uma vez que a situação de devolução do imóvel pelo devedor, e dos valores recebidos por instituição financeira, implicaria, na prática, em violação ao art. 3º, §2º, inciso II da Lei 13.506/17.

Observa-se, assim, que a ruptura do contrato de alienação fiduciária pelo Poder Judiciário não tem observado a função social deste tipo contratual, carecedor de segurança jurídica, justamente por sua importância para o setor imobiliário, que representa fatia tão significativa da economia nacional.

A longo prazo, a manutenção de tal posicionamento pelo Judiciário poderá acarretar consequências no mercado imobiliário e financeiro, tais como o aumento de preço de unidades imobiliárias e das taxas de juros em empréstimos do tipo, como forma de compensar os possíveis prejuízos, o que certamente desequilibraria o déficit habitacional nacional.

5. Conclusão

Importante asseverar que não se busca o apoio ao enriquecimento ilícito com a defesa pela aplicação da lei. Ao contrário, a aplicação da lei visa justamente eliminar injustiças de situações cotidianas em que, por exemplo, devedores fiduciários, após anos de utilização dos imóveis pretendem sua devolução ao vendedor, ou à instituição financeira, no estado em que se encontra, e em contrapartida pleiteiam o recebimento quase integral de quantias pagas com todas as corrigendas possíveis.

O próprio STF já reconheceu a constitucionalidade do procedimento de excussão extrajudicial do bem imóvel oferecido em garantia em alienação fiduciária, previsto na lei 9.514/97.

Necessário pontuar que este devedor tem saídas para evitar prejuízos com a execução da garantia fiduciária, como exemplo, a locação do imóvel para pagamento das parcelas com o aluguel, ou a cessão do contrato de alienação fiduciária para terceiros com a anuência do credor.

Não se olvida, ainda, que há situações em que a balança do enriquecimento ilícito pode pender para o credor fiduciário. Contudo, o Judiciário vem ao longo dos anos moldando os procedimentos executórios de forma a adequar a correta aplicação da lei de forma justa para todos.

Cite-se, como exemplo, a obrigatoriedade de intimação pessoal do devedor sobre as datas de realização do leilão extrajudicial, ou a faculdade do devedor de purgar a mora até o momento da averbação da consolidação da propriedade fiduciária, situações estas que foram introduzidas na lei após a consolidação da prática na jurisprudência. Há, ainda, a figura do adimplemento substancial do contrato, quando o devedor pagou quantia tão significativa do preço, que o credor não poderia simplesmente executar a garantia, mas somente executar judicialmente a diferença.

Em síntese, a aplicação da lei e o reconhecimento da figura da quebra antecipada do contrato não atrairá o enriquecimento ilícito de qualquer das partes, uma vez que casuisticamente o Judiciário sempre poderá corrigir distorções na aplicação da lei. A segurança jurídica ao mercado imobiliário e financeiro, esta sim, não poderá ser recuperada com a distorção legal, podendo levar o mercado a adotar caminho alternativo que talvez resulte em um cenário econômico de incertezas em âmbito nacional.

6. Referências bibliográficas

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *O inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro*. 2014. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Inadimplemento antecipado do contrato*. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 58, p. 153-178, out./dez. 2015.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social do contrato: Conceitos e critérios de aplicação*. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42 168, p. 197-214, out./dez. 2015.