

UMA ALTERNATIVA AO LEILÃO EXTRAJUDICIAL DE BEM IMÓVEL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

AN ALTERNATIVE TO EXTRA-COURT AUCTIONS OF REAL ESTATE LIQUIDATION IN FIDUCIARY SALE

Rodrigo Grigolin¹

RESUMO: Criado com a Lei 9.517/97, o instituto da alienação fiduciária de imóveis é a força motriz atual do setor imobiliário no país. Entretanto, alguns aspectos da lei podem ser revisados para aumentar a segurança jurídica e a taxa de recuperação de crédito do credor fiduciário. O pacto marciano é uma cláusula contratual, que permite credor e devedor, diante do inadimplemento do contrato, monetizem o bem imóvel dado em garantia, ou que o credor fique com a mesmo, caso aferido o preço justo do bem por um terceiro idôneo. O pacto marciano, embora não expresso no código brasileiro, é lícito conforme o Enunciado 626 publicado pelo Conselho da Justiça Federal em 2018. A inclusão da cláusula do pacto marciano no contrato de alienação fiduciária torna o leilão facultativo e reduz os custos de transação, tempo de execução e incerteza de preço do bem imóvel.

PALAVRAS-CHAVE: leilão extrajudicial, alienação fiduciária, pacto marciano, bem imóvel, eficiência

ABSTRACT: Created by the Law number Lei 9.514/17, the real estate fiduciary sale concept is the driving force for the Brazilian real estate market. However, some legal aspects of this Law could be revisited, in order to increase its legal certainty and fiduciary creditor's credit

¹ Mestre em Economia de Empresas pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Doutorando em Economia pela EESP-FGV. Mestrando em Direito Comercial pela PUC-SP. Graduado em Direito pela PUC-SP e em Engenharia Química pela Unicamp. Advogado em São Paulo. São Paulo-SP-Brasil. E-mail: grigolin@hotmail.com

recovery rate. The Martian Pact is a contractual clause that in fiduciary sale agreements could permit debtor and creditor to monetize the guarantee, or the creditor to keep it, if appraised by a third party at a fair market price. Although the "Martian Pact" concept is not explicitly stated in the Brazilian code, it is acceptable, according to guidance rule number 626 issued by the Council of Federal Justice in 2018. The Martian Pact clause in fiduciary sale agreements can make extra court auctions not mandatory and reduce transaction costs, execution time and sale price uncertainty.

KEYWORDS: extra-court auctions, fiduciary sales, Martian Pact, real estate, efficiency

I. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é refletir sobre a eficiência do processo dos leilões extrajudiciais de imóveis dados em garantia na alienação fiduciária. Para isso, revisarei o instituto da alienação fiduciária, comentando brevemente seu histórico e a sua natureza jurídica. No desenvolvimento desta reflexão, abordarei a constituição da propriedade fiduciária e os procedimentos realizados pelo credor e pelo registrador de imóveis no caso de inadimplemento do contrato de alienação fiduciária. Em seguida, detalharei passos dos leilões extrajudiciais e apontarei as deficiências procedimentais. Finalmente, em consequência destas ineficiências, proponho a utilização do conceito do pacto marciano no contrato de alienação fiduciária. Este conceito jurídico é uma alternativa ao leilão extrajudicial, que induz maior segurança jurídica, eficiência e melhor recuperação de crédito do credor fiduciário.

II. BREVE HISTÓRICO

O instituto da alienação fiduciária de bens imóveis, criado com a Lei 9.514/97, foi o fator preponderante no desenvolvimento do mercado imobiliário brasileiro e do crescimento da indústria da construção civil nas duas últimas décadas. Apesar da desaceleração econômica do mercado imobiliário desde 2015, com queda real de preço dos imóveis, o instituto da alienação fiduciária continua sustentando vendas e financiamentos. Revisitar alguns pontos desta

legislação, com o intuito de aumentar a eficiência no processo de execução extrajudicial, pode trazer benefícios a todos os agentes participantes na alienação fiduciária, principalmente ao credor fiduciário e o devedor fiduciante.

A alienação fiduciária, segundo LOUREIRO (2001, p. 1.424), é normatizada por um sistema jurídico triplo. O Decreto lei 911/69 regula a alienação fiduciária de coisa móvel infungível, o qual alterou a lei nº 4.278/65. Até 2020, esta lei disciplina a propriedade fiduciária sobre bens móveis, principalmente utilizada em contratos de financiamento de veículos. A lei 9514/97 criou o instituto da alienação fiduciária para bens imóveis – lei da criação do Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI; até esta data só existia alienação fiduciária de bens móveis. Além disso, o Código Civil atual regulamenta a alienação fiduciária para coisa móvel fungível.

LOUREIRO (2001, p. 93) aponta que: “percebe-se que a fragmentação legislativa das normas que regulamentam a alienação fiduciária no ordenamento jurídico brasileiro dificulta a interpretação e aplicação do Direito com vistas a beneficiar tanto devedores quanto credores. Por isso, é fundamental o papel da doutrina e da jurisprudência no tratamento da matéria.”

A Lei 9514/97 teve como principal objetivo desenvolver o mercado imobiliário brasileiro. Para isso, introduziu novos institutos de direito como cessão fiduciária de direitos de créditos imobiliários, a letra de crédito imobiliário, cédula de crédito imobiliário e principalmente a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

O principal objetivo dos agentes participantes do mercado imobiliário, entre eles bancos, esferas de governo e investidores, é aumentar a segurança jurídica do processo de financiamento imobiliário. Especificamente, objetiva-se aumentar a liquidez das garantias ofertadas nas operações de crédito, com redução de custos de transação e redução dos prazos de execução.

III. NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Com base no art 22 da lei 9514/97, pode-se classificar a alienação fiduciária como um negócio jurídico de natureza contratual típico do Direito brasileiro. A alienação fiduciária objetiva facilitar as relações jurídicas negociais de crédito entre o credor e devedor. Assim, a alienação fiduciária possui escopo de garantia, pois neste instituto transfere-se ao credor

fiduciário, a propriedade resolúvel de coisa, recuperando a propriedade após o pagamento da dívida.

Vale ressaltar que há uma distinção entre a alienação fiduciária em garantia e a propriedade fiduciária. A primeira é o contrato que serve de título à constituição da propriedade fiduciária. É o acordo de vontades voltado a constituir uma coisa em garantia. A propriedade fiduciária é um direito real, que embora não fora elencado no rol no artigo 1125 do Código Civil brasileiro, foi assim classificado pelo artigo 17, inciso IV, da Lei 9514/97, inapropriadamente sob a alcunha de “alienação fiduciária de coisa imóvel”. Logo, o ordenamento jurídico brasileiro classifica a propriedade fiduciária como um direito real de garantia em favor do credor e pode ser enquadrada como tipo ou modalidade de propriedade resolúvel.

BEVILAQUA (1951, p. 243) detalha a natureza da propriedade resolúvel, definindo: “propriedade resolúvel, ou revogável, é a que, no próprio título de sua constituição encerra o princípio, que a tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou advindo o termo, seja por força de declaração, seja por determinação da lei”. Assim, podemos concluir que a propriedade resolúvel está sujeita a evento futuro e incerto.

A natureza jurídica da propriedade resolúvel sob a ótica da alienação fiduciária e da própria natureza jurídica da propriedade fiduciária geram intensos debates na academia. A este respeito, vale revisitar as posições convergentes de GOMES (1975, p. 120) e CHALHUB (2003, p. 231). Para o primeiro, o “credor fiduciário passa a ser proprietário sob condição resolutiva e o fiduciante, que a transmitiu, proprietário sob condição suspensiva”. GOMES (1975, p. 120) esclarece que o fiduciante é proprietário potencial. Para CHALHUB (2003, p. 231). “os negócios de natureza fiduciária do direito positivo brasileiro contemplam a transmissão de uma propriedade limitada ao fiduciário, sob condição, investindo-se este da qualidade de proprietário sob condição resolutiva, enquanto que o fiduciante, que a transmitiu, é investido da qualidade de proprietário sob condição suspensiva, como que um proprietário potencial, titular de um direito expectativo que será concretizado tão logo pague a dívida”.

No caso da alienação fiduciária, o evento futuro e incerto será a quitação da dívida de crédito contraída pelo devedor fiduciante. Com o adimplemento, devedor terá a propriedade transferida para si, visto que a mesma foi resolvida em seu favor.

Ao credor fiduciário, os poderes inerentes ao direito de propriedade são transferidos apenas em parte, ou seja, não há transferência total da propriedade. O credor fiduciário tem a propriedade resolúvel da coisa, que está destituída da maioria dos poderes. Ele não pode usar, dispor nem fruir da coisa. O direito de uso e fruição da coisa será do devedor fiduciante, vedado a este o direito de dispor da coisa sem autorização do credor.

Neste instituto da alienação fiduciária, ocorre também o desdobramento da posse. Ao credor fiduciário, que detém propriedade resolúvel do bem, dá-se a posse indireta. Ao devedor fiduciante, dá-se a posse direta do bem. Esta posse será justa enquanto ele pagar a parcela da dívida; se o credor fiduciário quiser retomar o imóvel antes disso, o juiz não lhe poderá conceder. A posse do devedor fiduciante será precária, a partir do inadimplemento da dívida, ou seja, no descumprimento do contrato. A posse que era justa e direta torna-se injusta e precária.

Vale salientar, que ocorre também o deslocamento legal do risco, ou seja, o devedor responde pelo perecimento do imóvel, uma exceção ao artigo 1363 do Código Civil brasileiro.

IV. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

A constituição da propriedade fiduciária ocorre com o registro do contrato de alienação fiduciária, celebrado por escritura pública ou por instrumento particular com efeito de escritura pública, entre pessoas físicas ou jurídicas, no cartório de registro de Títulos e Documentos para bens móveis ou no Registro de Imóveis para os bens imóveis.

O artigo 24 da lei 9.514/97 trata dos requisitos formais necessários do contrato de alienação fiduciária:

Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá:

- I - o valor do principal da dívida;
- II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;
- III - a taxa de juros e os encargos incidentes;

IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;

V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;

VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;

VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

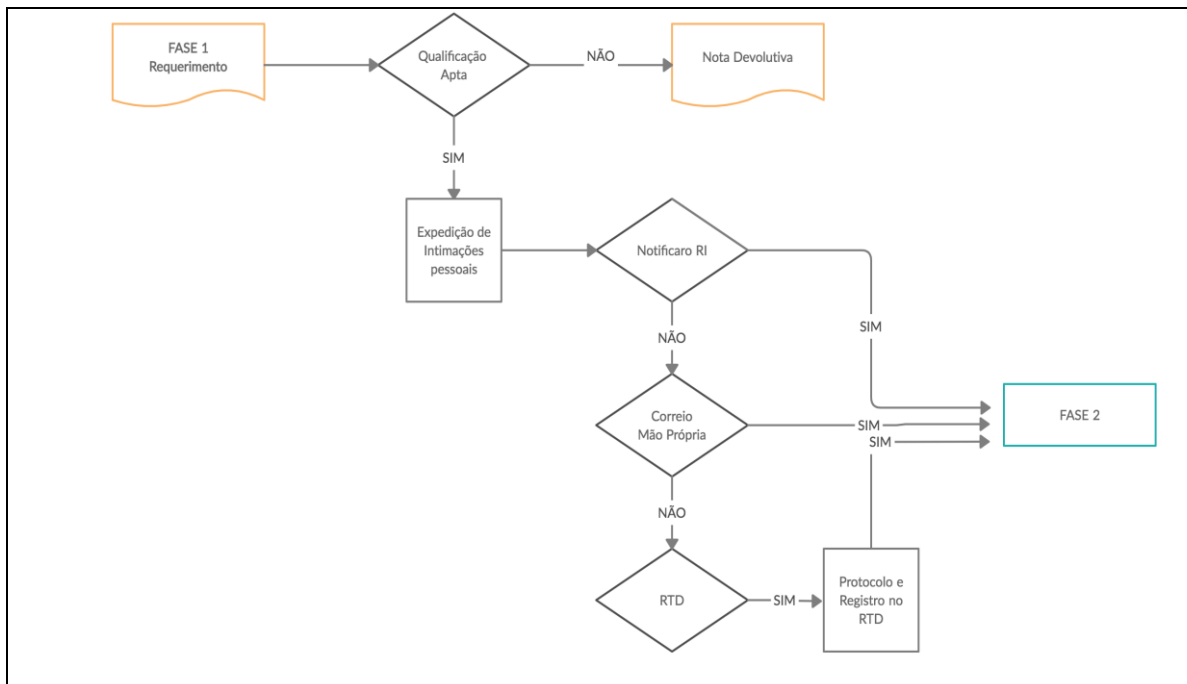
Parágrafo único. Caso o valor do imóvel convencionado pelas partes nos termos do inciso VI do caput deste artigo seja inferior ao utilizado pelo órgão competente como base de cálculo para a apuração do imposto sobre transmissão inter vivos, exigível por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, este último será o valor mínimo para efeito de venda do imóvel no primeiro leilão.

V.I. PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

O sucesso na utilização da alienação fiduciária no Brasil, se comparado com a utilização da tradicional garantia hipotecária, se deve à simplicidade e velocidade do processo de execução. A execução hipotecária demanda ação judicial. A cobrança do crédito hipotecário pela via judicial pode demorar anos, em virtude do vasto sistema recursal, dificultando a imissão da posse.

No inadimplemento do contrato de alienação fiduciária, a execução do contrato se fará pela via extrajudicial, no registro de imóveis, através de requerimento do credor fiduciário. O fluxograma do início do processo é apresentado a seguir na figura 1:

Figura 1: Fase 1 do procedimento da execução extrajudicial



Fonte: Lei 9.514/97 e Normas de Serviço do Cartórios extrajudiciais de SP

No inadimplemento do devedor, conjugado com o esgotamento do prazo de carência, o credor fiduciário provocará o oficial de registro que notificará o devedor fiduciante, via intimação pessoal, para purgar a mora no período de 15 dias.

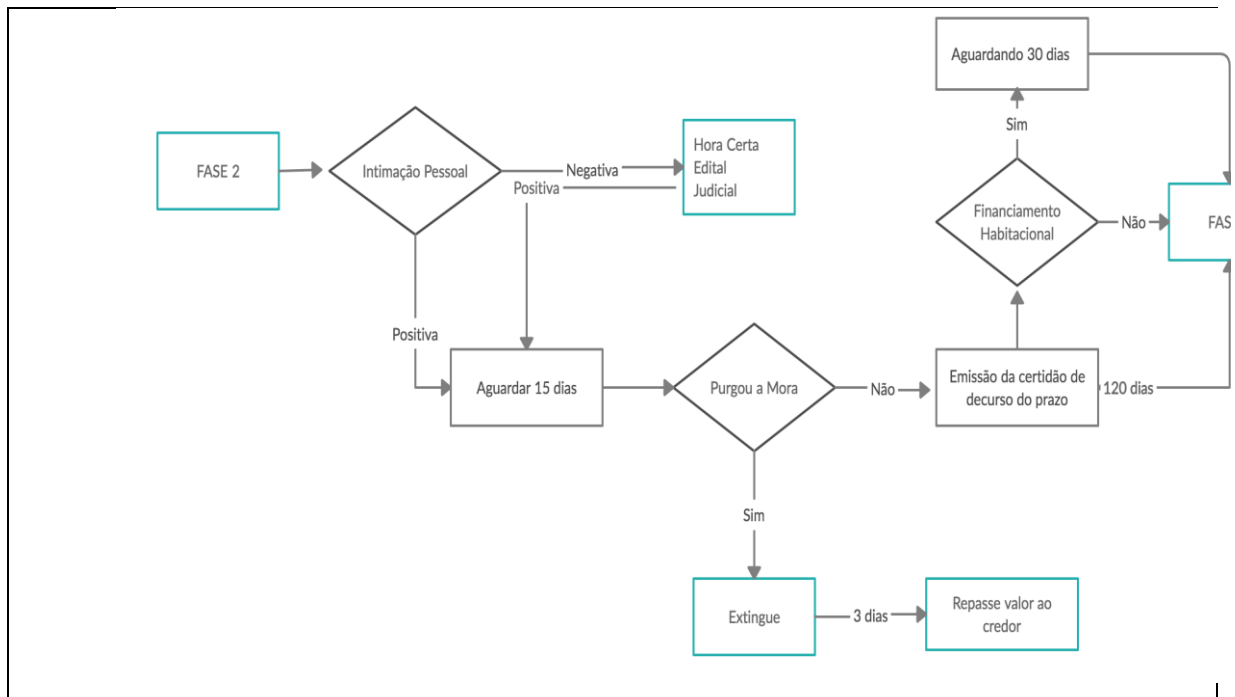
Se o devedor purgar a mora em 3 dias, o registrador de imóveis repassa os valores para o credor e extingue-se o procedimento extrajudicial. Este procedimento está explícito no art 26 da lei da alienação fiduciária e ilustrado no fluxograma a seguir:

Art 26 [...]

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalida-se o contrato de alienação fiduciária.

§ 6º O oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

Figura 2: Fase 2 do procedimento da execução extrajudicial



Fonte: Lei 9.514/97 e Normas de Serviço do Cartórios extrajudiciais de SP

Caso o devedor não purgue a mora, o Registro de Imóveis iniciará a contagem do prazo para emissão da “certidão de decurso de prazo”. O credor fiduciário terá até 120 dias para realizar o recolhimento do ITBI, fase necessária que antecede a consolidação da propriedade plena para si. Se o credor não recolher o ITBI no prazo estipulado em lei de 120 dias, todo o procedimento de execução extrajudicial será invalidado. Para recomencá-lo, novo requerimento ao Registro de imóveis deverá ser feito.

Até a data da consolidação da propriedade, o credor poderá pagar as parcelas vencidas, incluindo despesas e encargos. Caso isso ocorra, também extingue-se o procedimento de execução

Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

§ 1º No prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato

V.II. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE

A consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário será um ato de averbação na matrícula do imóvel, quando o débito estiver vencido e a mora não for purgada pelo devedor. No máximo em 120 dias, o credor fiduciário consolida a propriedade plena. A garantia fiduciária permite a rápida retomada do imóvel, mas não permite que o credor fiduciário permaneça com o bem dado em garantia, em acordo com a proibição do pacto comissório. A legislação obriga o credor a levar o bem a leilão, conforme estabelece o Código Civil brasileiro no art. 1.365.

Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta.

O oficial do Registro de Imóveis, não purgada a mora pelo devedor, certificará o fato em procedimento próprio, intimando o credor fiduciário. À vista da prova do pagamento,

apresentada pelo credor fiduciário, do imposto de transmissão inter vivos, e, se for o caso, do laudêmio, o Oficial promoverá a averbação da consolidação na matrícula do imóvel. Será desnecessária qualquer outra formalidade ou mesmo contrato para esse objetivo.

Após a consolidação da propriedade, tanto a Lei 9.514/97, como a jurisprudência, clarificam que qualquer negócio jurídico conseguinte será considerado um novo negócio jurídico. O art 27 da lei 9.514/97, em seu parágrafo segundo, garante que após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, qualquer outro acordo de disposição do imóvel ou acordo de quitação de dívida entre credor e devedor ensejará uma nova aquisição, com incidência de novo ITBI.

Art 27 [...]

§ 2o-B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2o deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos

Vale comentar, que a jurisprudência é clara em afirmar não ser possível cancelar a consolidação já averbada. Isto também é válido no caso da mora purgada entre o período da consolidação até o momento de assinatura do auto de arrematação do leilão, conforme esclarece os seguintes julgados. Vale citar a este respeito o Recurso Especial Nº 1.462.210:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.462.210 - RS (2014/0149511-0)
RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA

IMÓVEL. LEI Nº 9.514/1997. PURGAÇÃO DA MORA APÓS A CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR FIDUCIÁRIO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DECRETO-LEI Nº 70/1966.

1. Cinge-se a controvérsia a examinar se é possível a purga da mora em contrato de alienação fiduciária de bem imóvel (Lei nº 9.514/1997) quando já consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário.

2. No âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato não se extingue por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, após a lavratura do auto de arrematação

3. Considerando-se que o credor fiduciário, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, não incorpora o bem alienado em seu patrimônio, que o contrato de mútuo não se extingue com a consolidação da propriedade em nome do fiduciário, que a principal finalidade da alienação fiduciária é o adimplemento da dívida e a ausência de prejuízo para o credor, a purgação da mora até a arrematação não encontra nenhum entrave procedimental, desde que cumpridas todas as exigências previstas no art. 34 do Decreto-Lei nº 70/1966.

O devedor pode purgar a mora em 15 (quinze) dias após a intimação prevista no art. 26, § 1º, da Lei nº 9.514/1997, ou a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação (art. 34 do Decreto-Lei nº 70/1966).

1ªVRP/SP: Registro de Imóveis: Pedido de cancelamento da averbação de consolidação da propriedade e conseqüente restauração da alienação fiduciária. Impossibilidade .Processo 1083707-44.2017.8.26.0100 – Pedido de Providências –.Trata-se de pedido de providências formulado por Banco Santander (Brasil) S/A, em face do Oficial do 18º Registro de Imóveis da Capital, pleiteando o cancelamento da averbação de consolidação da propriedade (Av.08) e conseqüente restauração da alienação fiduciária (R.07)

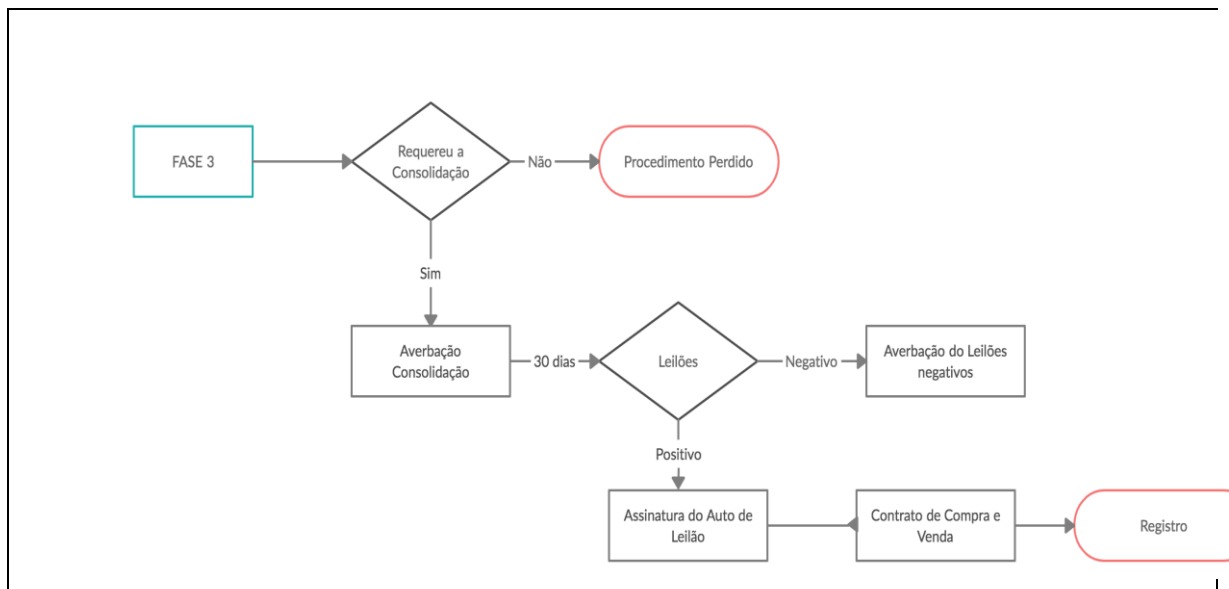
7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio.(...)”.Portanto, tendo ocorrido sem purgação a notificação da mora feita pelo Oficial competente do Registro de Imóveis, este deve proceder à averbação, em conformidade com a norma, deste ato decorrendo todos os efeitos atinentes a esta modalidade de garantia. Não pode a averbação ser cancelada se o procedimento se deu de forma correta, tendo em vista que o erro, qual seja, a quitação do débito em local diverso do estabelecido, e o lapso informativo no expediente da requerente, são alheios às capacidades de cognição do Oficial. Portanto, a averbação está formalmente em ordem, não podendo ser cancelada alegando-se mero erro imputável apenas à requerente.

Desta forma, conclui-se que a “consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário se torna ato perfeito e acabado, não havendo razão que justifique o cancelamento da averbação. Repactuada a dívida, resta aos interessados celebrar novo negócio jurídico, com o pagamento de todos os encargos decorrentes desse ato. A averbação da consolidação da propriedade em novo do credor fiduciário tem efeito constitutivo de direito.”

V.III. OS LEILÕES EXTRAJUDICIAIS

Uma vez consolidada a propriedade, o credor deverá promover a venda do imóvel em 2 leilões extrajudiciais, o primeiro em 30 dias, e o segundo nos quinze dias seguintes. É necessário comentar, que após a consolidação da propriedade plena em nome do credor fiduciário, o devedor fiduciante terá direito de preferência para adquirir o imóvel até a data do segundo leilão, pelo valor do saldo devedor, incluindo encargos e despesas. O fluxograma a seguir ilustra o procedimento.

Figura 3: Fase 3 do procedimento da execução extrajudicial



Fonte: Lei 9.514/97 e Normas de Serviço do Cartórios extrajudiciais de SP

No primeiro leilão, o preço será aquele contratualmente descrito na constituição do instrumento da alienação fiduciária ou aquele apurado pela Prefeitura para cálculo do ITBI. Este segundo valor, foi introduzido pela lei 13.465/17, tornando-se um requisito de valor mínimo, para oferta do imóvel no primeiro leilão.

No primeiro leilão, se o lance superar o preço mínimo, o imóvel será alienado. Se o valor arrecadado for superior ao valor da dívida, o saldo remanescente será devolvido para o devedor fiduciante.

Se o lance em leilão for menor que o preço mínimo, não haverá arrematação, e o imóvel irá para segundo leilão público nos 15 dias seguintes.

Art. 27

§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

No segundo leilão público, o preço mínimo será o valor da dívida, acrescido de despesas e encargos.

Art 27 [...]

§ 1º Se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único do art. 24 desta Lei, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes.

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos

prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

Entretanto, à luz do parágrafo único do art 891 do Código de Processo Civil brasileiro, sabemos que em leilão o imóvel não pode ser vendido a preço vil: “considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação”. Assim, conclui-se que o preço mínimo a ser ofertado em leilão será o de 50% do valor de avaliação.

Havendo lance vencedor, a transmissão do imóvel ao licitante será feita por meio do registro no Registro de Imóveis do contrato de compra e venda, por instrumento público, no qual o vendedor será o antigo credor fiduciário e comprador será o licitante vencedor.

Se no segundo leilão também não houver arrematantes, a titularidade do imóvel passará de forma definitiva a incorporar o patrimônio do credor fiduciário. Com base nas recomendações procedimentais do IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil -, então: “servirá como título para que isso ocorra a apresentação de prova da negativa dos citados leilões, acompanhada de mostras de que o fiduciário dá por extinta a dívida, exonerando o credor da obrigação prevista no § 4º, do referido art. 27, da citada Lei no 9.514/97, o que deve ser feito mediante termo próprio, dentro dos cinco dias que se seguirem ao aludido segundo leilão.” Se ambos o leilões forem negativos, poderá ser feita a averbação de tais leilões, a requerimento do credor ou interessado, à vista do edital e autos negativos assinados por leiloeiro oficial.

Conforme afirma CHALHUB (2019, p. 2) “se o produto da venda não bastar para o resgate integral da dívida ou se não houver licitantes, o fiduciário, já tendo a propriedade consolidada, conservará a titularidade plena em seu patrimônio, mas não poderá cobrar do devedor o saldo remanescente; ao contrário, terá que dar quitação ao devedor, considerando-se extinta a dívida”. CHALHUB (2019, p. 2) considera que tal extinção “viola o princípio do equilíbrio da execução e da responsabilidade patrimonial do devedor e subverter as regras gerais dos arts. 586 e 1.366 do Código Civil e do art. 789 do Código de Processo Civil.” Em resumo, o segundo leilão negativo resulta na extinção da dívida para o devedor fiduciante conforme o art. 27.

Art. 27 [...]

§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

A nova redação do art. 39, inciso II, da Lei 9.514/97, incluída pela lei 13.465/17, eliminou qualquer dúvida que pairava nos tribunais nos últimos anos sobre este tema, conforme lemos a seguir:

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 nº 70, de 21 de novembro de 1966, exclusivamente aos procedimentos de execução de créditos garantidos por hipoteca.

Em suma, a possibilidade do credor fiduciário executar saldo remanescente de dívida é nula, nos casos da alienação fiduciária. Tal ação ficou adstrita apenas as execuções das hipotecas.

Em outras palavras, a alienação fiduciária atualmente promove o perdão da dívida. Para entendermos o motivo histórico desta distorção atual da Lei 9.514/97, vale comentar que este mecanismo de extinção de obrigação teve como inspiração a antiga lei do Sistema Financeiro de Habitação – Lei 5.741/71. Esta lei, de 1971, tinha como objetivo o financiamento de natureza habitacional, de imóveis de menor valor, com função social. Almejava-se facilitar o acesso à moradia própria do indivíduo de baixa renda. A época era de descontrole inflacionário, com vários índices de correção dos contrato e era comum a explosão da dívida habitacional, superando várias vezes o valor do próprio bem imobiliário financiado.

V.IV. A DISPENSA DOS LEILÕES

O artigo 26 da Lei 9.614/97 permite o devedor fiduciante, com anuência do credor fiduciário, fazer a dação do imóvel em pagamento da dívida, dispensando-se o início da fase de promoção dos leilões para alienação do imóvel. Conforme o art. 26 § 8º, o fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27. Deve-se notar que o artigo Art. 26 § 8º trata da fase anterior à consolidação plena da propriedade, no período de até 120 dias, fase na qual a negociação entre credor e devedor normalmente se desenrola.

Assim, a dação em pagamento só poderia ocorrer antes da consolidação da propriedade e, conseqüentemente, antes do início da fase de leilão. Após a consolidação da propriedade plena, a dação em pagamento atualmente não é permitida pela legislação. Portanto, a não concretização da dação em pagamento, após a consolidação plena da propriedade, torna o procedimento do leilão obrigatório.

Desta forma, revela-se de suma importância a questão quanto à potencial dispensa do leilão. CHALHUB (2019, p. 3) é favorável que, mesmo após a consolidação da propriedade, poderiam credor e devedor, em acordo, dispensarem a realização de leilão. Este autor argumenta que “o leilão no processo da alienação fiduciária não é uma norma de ordem pública, pois visa tutelar interesses particulares, logo as partes teriam poder para dispensar os leilões”.

Do ponto de vista econômico, a impossibilidade de suspensão do leilão, após a consolidação da propriedade, mesmo com a concordância de credor e devedor, acarreta o fato de que o novo comprador do imóvel em leilão descontará do lance, ao menos 5% referente à comissão do leiloeiro. Em outras palavras, indiretamente, credor e devedor deixam de arrecadar tal percentagem, já que o arrematante embutirá tal custo em seu lance.

Quanto à obrigatoriedade do leilão, a CGJ de São Paulo sustenta visão contrária a do referido autor, e argumenta que a dispensa de leilões fere a estipulação contratual do “pacto comissório”. Além disso, a CGJ sustenta que “a constituição da propriedade fiduciária só ocorre com o registro do contrato de alienação fiduciária. Neste contrato, conforme art. 24 da Lei 9.514/97, são listados vários requisitos objetivos, entre eles o valor do imóvel para ser utilizado em caso de leilão futuro. Portanto, o procedimento a ser seguido em caso de execução

extrajudicial da alienação fiduciária já está detalhado no artigo 27 da referida lei, indicando o leilão extrajudicial em 30 dias.” Estas ponderações sustentam a proibição pela CGJ/SP para a dispensa do leilão, mesmo em caso de acordo entre as partes, após a consolidação da propriedade.

Desta forma, a posição do CGJ nos parece mais baseada no temor de infringir a vedação ao pacto comissório. Pode-se inferir que a posição da CGJ poderia ser revista, caso houvesse, no arcabouço legal, uma estrutura que não infringisse a vedação ao pacto comissório. Esta nova estrutura legal ou potencial alternativa processual será apresentada a seguir.

4. O pacto comissório e a cláusula marciana

VIANA (2003, p. 717) define o pacto comissório (*lex commissória*) “como a estipulação que autoriza o credor da dívida com garantia real a ficar com a coisa se o débito não for pago no vencimento”. O pacto comissório é vedado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo nula qualquer regra contratual que permita a tomada do bem, sem o devido processo de execução. Assim, não se autoriza ao credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento, conforme explicitamente estabelecido no Código Civil nos artigos seguintes:

Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

Parágrafo único. Após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida.

A cláusula de pacto comissório também é proibida no instituto da alienação fiduciária.

Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta.

No instituto da alienação fiduciária, constituída a mora do devedor fiduciante, ocorrerá a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, via averbação do registro de imóveis. Em seguida, obrigatoriamente, inicia-se o prazo de 30 dias para a realização primeiro do leilão público – início do processo de execução extrajudicial. O imóvel somente será consolidado definitivamente ao patrimônio do credor fiduciário, caso o segundo leilão seja negativo.

ALVES (1987, p. 146) também assegura que é “ilícito o pacto comissório quando aposto à alienação fiduciária em garantia, da mesma forma por que o é quando aposto aos contratos de penhor, anticrese ou hipoteca”. Em suma, legislação, doutrina e jurisprudência são unânimes quanto à vedação da cláusula de pacto comissório nos institutos de garantia: hipoteca, penhor, anticrese e alienação fiduciária.

Apesar da clareza quanto à proibição do pacto comissório, a academia pouco analisou a possibilidade do pacto marciano. Tanto no Código Civil de 1916, como no de 2002, o legislador não tratou da previsão legal do pacto marciano. Somente recentemente, a doutrina e a jurisprudência começam as primeiras discussões sobre o tema.

GUEDES E TERRA (2017, p. 55) definem o pacto marciano como “o ajuste pelo qual as partes acordam, já no contrato que serve de título à constituição da garantia, a apropriação do seu objeto pelo credor diante do inadimplemento da dívida por valor arbitrado por terceiro, o que garante que se atribua à coisa preço justo e condizente com as práticas de mercado, a afastar o risco de qualquer prejuízo ao devedor”.

HADDAD (2013, p.122) explica que “o que há de verdadeiramente reprovável no pacto comissório – e que se ilumina pela reconhecida validade do pacto marciano – é justamente a

inexistência de escrutínio isento ou imparcial sobre a adequação entre o valor da dívida e o valor de mercado do bem dado em garantia. No pacto marciano, essa aferição é feita por terceiro isento, que terá a tarefa de estimar ou avaliar o bem, após o inadimplemento. Esse procedimento afasta o que há de genuinamente censurável no pacto comissório e confere validade ao pacto marciano, como, de regra, tem sido reconhecido no âmbito de outros ordenamentos jurídicos. Mesmo as ordenações portuguesas já indicavam a licitude do pacto marciano e declararam a ilicitude do pacto comissório, conforme salienta.”

Ainda sobre o pacto marciano, PENTEADO (2008, p. 200) argumenta que “o credor não está, todavia, obrigado a se tornar proprietário pleno do bem dado em garantia pelo valor estimado. Cuida-se de mera faculdade. Se preferir, poderá não exercê-la, optando por outros instrumentos de tutela conferidos pela ordem jurídica (...) o pacto marciano não infringe as razões que determinam a ilicitude do pacto comissório”.

Em abril de 2018, na VIII Jornada de Direito Civil, foi aprovado o seguinte enunciado, um parâmetro doutrinário para a interpretação do Código Civil:

ENUNCIADO 626 – Art. 1.428: Não afronta o art. 1.428 do Código Civil, em relações paritárias, o pacto marciano, cláusula contratual que autoriza que o credor se torne proprietário da coisa objeto da garantia mediante aferição de seu justo valor e restituição do supérfluo (valor do bem em garantia que excede o da dívida).

Interpretando o enunciado, conclui-se que o pacto marciano é uma alternativa válida e lícita nos contratos, quando presente os seguintes requisitos:

- i) Requisito de validade subjetivo: os agentes contratuais precisam estar em um nível contratual paritário.
- ii) Requisito de validade objetivo: o justo valor da garantia e a restituição do excedente.
- iii) Requisito de validade procedimental: aferição imparcial e objetiva do valor.

iv) Requisito de validade temporal: a aferição do valor deve ser feita após o inadimplemento, no momento da efetiva aquisição da propriedade.

Vale ressaltar que o momento da aferição do bem é de relevante importância para a validade do pacto marciano. GUEDES (2015, p.8) comenta que “apenas a avaliação posterior ao vencimento da obrigação principal confere validade ao pacto. Eventual avaliação anterior, levada a efeito quando da constituição da garantia ou mesmo no interregno de tempo entre sua constituição e o vencimento da obrigação principal, conduz à invalidade do pacto, já que permite ao credor se apropriar do bem por valor incompatível com a realidade contemporânea do mercado.”

A justificativa do enunciado 626, publicado na VIII Jornada de Direito Civil, citado a seguir, também suporta a tese, de que o pacto marciano aumenta eficiência da garantia na alienação fiduciária, elimina as distorções de preço e custo dos leilões, reduz prazo de execução e aumenta a segurança jurídica.

“Ao contrário do comissório, o pacto marciano, ao assegurar a aferição do justo valor do bem dado em garantia e a restituição do supérfluo, age como barreira de contenção aos abusos do credor, tutelando a vulnerabilidade do devedor. Impede-se que o credor fixe unilateralmente o valor da coisa dada em garantia, bem como que se aproprie de valor superior ao da obrigação principal, de sorte a afastar a possibilidade de enriquecimento sem causa do credor, que não lucrará com o ajuste. Desse modo, enquanto o pacto comissório gera o risco de desvirtuamento do sistema de garantias, que passaria a apresentar intuito especulativo, a cláusula marciana assegura a manutenção do sistema por meio da proteção da comutatividade da equação prestacional. A garantia mantém-se como acessória do débito, sem que o credor se aproprie de valor superior ao da dívida. Como resultado, o sistema de garantias é preservado. Contribui ainda o pacto marciano para a função preventiva do sistema ao conceder maior eficácia à

garantia, permitindo a aquisição da coisa pelo credor. **De outro giro, colabora para a função promocional, ao proporcionar, a um só tempo, ao credor modo mais célere e menos dispendioso de satisfação do crédito, e ao devedor o alcance do valor de mercado do bem, dificilmente obtido no procedimento de leilão, e o recebimento do eventual supérfluo.** Outro efeito socialmente desejável da cláusula marçiana consiste no aumento da previsibilidade das relações contratuais e, por via de consequência, de segurança jurídica. **Favorece, assim, o bom funcionamento do mercado e do sistema econômico.”**

ALVES (1987) já admitia em sua obra que o pacto marçiano ao tratar da alienação fiduciária de bens móveis, sustentando expressamente a possibilidade de este pacto figurar no contrato de alienação fiduciária de imóveis.

O TJ/SP, em sede de julgamento de Apelação Cível 154, já analisou a validade da cláusula do pacto marçiano no contrato de alienação fiduciária, baseando-se em Moreira Alves:

[...] Se, porém, no contrato de alienação fiduciária em garantia, as partes tiverem estipulado um pacto Marciano — que, como acentuado na Primeira Parte, Cap. 3, n.º1, é lícito —, não solvida a dívida em seu vencimento, pode o credor tornar-se proprietário pleno dela, pagando ao alienante o seu justo valor, que, ou já foi estimado por terceiro antes de vencido o débito, ou o será posteriormente ao não-pagamento. Outorgando o pacto Marciano ao credor uma faculdade, não está este adstrito a tornar-se proprietário pleno da coisa pelo valor estimado. Se quiser, poderá renunciá-la, não perdendo, por isso, a faculdade de vender a coisa, judicial ou extrajudicialmente, a terceiro, como lhe permite a qualidade de proprietário fiduciário. Poderá ocorrer, entretanto, que o credor, no contrato de alienação fiduciária em garantia, ao invés de se haver reservado a faculdade de se tornar

proprietário pleno da coisa pelo justo valor, a isso se tenha obrigado (estipulação que igualmente é lícita). Nessa hipótese, se ele não cumprir a obrigação e vender a coisa a terceiro, valendo-se da faculdade que tem como proprietário fiduciário, não poderá o alienante impedir essa venda. Mas, se o preço nela alcançado for inferior ao estimado pelo terceiro, responderá o credor, em face do alienante, pela diferença, a título de perdas e danos pelo não cumprimento da obrigação decorrente do pacto estipulado entre eles. Também poderá o proprietário fiduciário, antes ou depois de vencido o débito, receber a coisa a título de dação em pagamento, o que é lícito, porquanto não se apresentam, aí, as razões que determinam a ilicitude do pacto comissório (autor e obra citados, n.º 2, p. 184-187).

A possibilidade de agregar o pacto marciano aos contratos de alienação fiduciária permitiria maior transparência e menores custos de transação nas seguintes situações, nas quais a legislação atual não é eficiente:

- i) quando o credor fiduciário tem interesse em adquirir o imóvel, a um preço acordado com o devedor;
- ii) quando o devedor fiduciante tem interesse em adquirir o imóvel, após a consolidação da propriedade, mas antes do leilão. Nesta situação, o devedor poderia evitar o leilão, o que representa uma economia para o devedor da ordem de 5% do valor do imóvel (valor referente à comissão do leiloeiro conforme o DL 21.981/32)

Quanto as possibilidades dos preços do imóvel, na legislação atual, há quatro opções de preço/valor. Isto pode gerar prejuízos tanto para devedor como credor da alienação fiduciária.

No primeiro leilão, o preço de venda será o maior preço entre o preço estabelecido no contrato de alienação fiduciária (preço 1) e preço de avaliação apurado pela prefeitura para cálculo do ITBI (preço 2). Este último valor foi introduzido pela lei 13.465/2017, alterando o parágrafo único do art 24 da lei 9.514/97.

No segundo leilão, o preço de venda será aquele da somatória das dívidas e despesas em aberto (preço 3) ou o mínimo de 50% do valor de avaliação do imóvel (preço 4),

Por isso, aplicando-se o procedimento do pacto marciano ao contrato de alienação fiduciária, evita-se a distorção de preços apresentados nos leilões, e captura-se melhor o preço de mercado atualizado do bem imóvel. Em verdade, a inclusão do pacto marciano no contrato da alienação fiduciária pode substituir o próprio leilão.

Vale notar, que o procedimento de avaliação do bem, após o inadimplemento, garante que potenciais benfeitorias feitas no imóvel sejam contabilizadas. Estes valores não são computados no contrato de alienação fiduciária original, e por isso, jamais serão adicionados ao preço do bem em leilão, ou ressarcidos pelo credor fiduciário na consolidação plena da propriedade, após um segundo leilão negativo. Desta forma, o procedimento do pacto marciano reduz o prejuízo de devedor fiduciante inadimplente.

Em suma, o conceito do pacto marciano proporciona vantagens para o credor e devedor, o que justifica sua utilização. Esta cláusula possibilitaria a suspensão dos leilões extrajudiciais obrigatórios, aproximaria o valor do imóvel dado em garantia ao seu real valor de mercado, reduziria o prejuízo do credor, em caso de saldo devedor remanescente em aberto, reduziria o prejuízo do devedor, nos casos de imóveis com benfeitorias e aumentaria a segurança jurídica do sistema legal brasileiro.

VI. O PROCEDIMENTO DO PACTO MARCIANO

Nesta sessão do artigo apresentarei uma proposta de procedimento e avaliarei os efeitos do pacto marciano no registro imobiliário.

VII. A INCORPORAÇÃO DEFINITIVA DO IMÓVEL AO PATRIMÔNIO DO CREDOR

A vedação ao pacto comissório, na prática, visa impedir que um credor com alguma vantagem, seja econômica, técnica ou informacional, tenha um incentivo a incorporar o imóvel

dado em garantia ao seu próprio patrimônio, por uma quantia estipulada pelo próprio credor. TEPEDINO (2016 , p.1), sobre o pacto marciano, com irretocável clareza, comenta:

“O problema não estaria, portanto, na possibilidade de o credor se apropriar direta e permanentemente do bem como mecanismo de satisfação da dívida, mas na forma pela qual seu valor é fixado para efeito da apropriação. Por essa razão, afigura-se lícito e legítimo estipular-se, no título constitutivo da garantia, o pacto marciano, pelo qual as partes acordam, diante do inadimplemento da dívida, a apropriação do objeto da garantia pelo credor, pelo valor precificado pelo mercado ou arbitrado por terceiro independente ao tempo do vencimento da dívida. Assegura-se desse modo o preço justo, a afastar o risco de prejuízo ao devedor. Em seguida, a diferença entre o valor da dívida e o preço atribuído ao bem seria entregue ao devedor, a fim de que se efetive a incorporação definitiva do objeto ao patrimônio do credor. Em outras palavras, a antijuridicidade do pacto comissório, conforme estatui os artigos 1.428 e 1.365 do Código Civil, tem fundamento ético, lastreado na vedação constitucional a negócios usurários. Dito diversamente, a vedação destina-se a impedir que o credor possa adquirir o bem por preço inferior ao seu efetivo valor, seja pela natural valorização econômica do bem entre o momento da celebração do pacto e da aquisição, seja pela estipulação de mecanismo de aquisição por quantia correspondente apenas à parcela do efetivo valor da coisa. Uma vez salvaguardado o escopo protetivo pretendido pelo legislador, o texto do enunciado permitiria estabelecer mecanismos de apropriação do bem pelo credor com necessária preservação do direito do devedor, a partir da estipulação da definição do preço da coisa pelos critérios de mercado ao tempo da apropriação do bem, ou por arbitramento por terceiro, com restituição ao devedor de eventual excedente calculado entre o montante do crédito e o valor da coisa.”

Da análise de deste autor, podemos salientar que este autor levanta a questão do “preço justo ou preço de mercado” do imóvel. Segundo este autor, quando o preço for justo ou de mercado, o bem em garantia pode ser incorporado ao patrimônio do credor, conforme admitido no pacto marciano. Desta forma, o negócio jurídico original ainda está preservado. O autor analisa que se o preço do imóvel fosse “inferior ao efetivo valor do mercado”, o que certamente beneficiaria credor em detrimento do devedor, estaria vedada a incorporação do imóvel ao patrimônio do credor.

Com base neste autor, sobre a legalidade do pacto marciano, podemos traçar um rápido paralelo teórico com o próprio instituto da compra e venda, no que tange ao preço. Segundo PEREIRA (2019, p.152), “a compra e venda é o contrato em que uma pessoa se obriga a transferir a outra o domínio de uma coisa corpórea ou incorpórea, mediante o pagamento de certo preço em dinheiro ou valor fiduciário correspondente”, cujo núcleo legal do conceito está no art. 481 do Código Civil brasileiro. Como características, o contrato de compra e venda é um contrato bilateral (porque faz surgir obrigações para ambas as partes), oneroso, comutativo, consensual (que se aperfeiçoa com a vontade das partes) e translativo de domínio (por servir como *titulus adquirendi*).

Segundo DINIZ (2012, p. 195), os elementos constitutivos que devem estar presentes na compra e venda são: coisa, preço e consentimento dos contratantes. Com relação ao preço, na compra e venda não é possível deixar ao arbítrio de uma das partes o poder de fixar o preço, conforme estabelece o Código Civil no Art. 489: “Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço.”

Em suma, quando apenas uma das partes estipula o preço no contrato de compra e venda, este negócio jurídico é nulo. Isto é a razão pela proibição do pacto comissório no Brasil. Ao impedir que credor fique com o bem dado em garantia, seja na hipoteca, na anticrese, no penhor ou na alienação fiduciária, o sistema jurídico impede que credor “compre, incorpore, se aproprie, tome” parte do bem por um preço fixado unilateralmente, ou por um preço depreciado de mercado. Em outras palavras, a vedação ao pacto comissório impede que o credor “compre” o restante do bem a um valor que satisfaça apenas aos seus interesses próprios, o que não contaria com o “consentimento do devedor”.

Ainda com relação ao preço, na compra e venda, é perfeitamente possível que as partes, em comum acordo (com “consentimento”) nomeiem um árbitro para fixar o preço do contrato de compra e venda, conforme o art. 485 do Código Civil:

Art. 485. A fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa.

Deste forma, podemos concluir que um preço fixado por um terceiro, em um momento ex-post da celebração do contrato de compra e venda, é possível. Esta construção teórica é a base do pacto marciano - quando um terceiro idôneo fará a avaliação do imóvel dado em garantia. Por isso, a cláusula marciana pode ser aplicada ao casos brasileiros, inclusive nos contratos de alienação fiduciária.

VI.II. PROCEDIMENTO PROPOSTO PARA A CLÁUSULA MARCIANA

Nesta sessão do artigo será feita uma sugestão de procedimento, como exercício teórico, de como seria a aplicação da cláusula marciana aos contratos de alienação fiduciária.

Primeiramente, inclui-se a cláusula do pacto marciano no contrato de alienação fiduciária, já durante a formação deste. Para isso, não haveria necessidade de qualquer alteração material no contrato de alienação fiduciária atual. Como sugestão, a cláusula marciana só poderia ser exercida no caso de consenso expresso entre as partes.

Isto significa, que após o inadimplemento do contrato, credor e devedor conjuntamente devem acordar em utilizar a cláusula do pacto marciano. Para isso, seria oficializada a utilização da cláusula notificando o cartório de registro imobiliário, por um requerimento assinado conjuntamente por devedor e credor.

Respeitando-se o princípio da continuidade registral, a escolha do exercício da cláusula marciana seria um ato de averbação na matrícula do imóvel. Neste fase do procedimento, seriam suspensos o processo e os prazos da execução extrajudicial, no cartório de registro de imóveis. Em seguida, credor e devedor devem acordar na escolha de uma terceira parte isenta e independente para fazer a avaliação do imóvel.

Havendo consenso na escolha do terceiro avaliador, este faria a avaliação do imóvel. Havendo consenso sobre o preço aferido, credor e devedor acordariam em vender o imóvel diretamente para um terceiro ou acordariam que o credor incorporasse definitivamente o imóvel ao seu patrimônio. Desta forma, a propriedade resolúvel se resolve e ficaria interrompido o processo tradicional de execução administrativa – não haveria o leilão extrajudicial.

Para fins processuais, poderia se estabelecer um prazo máximo hipotético de 90 dias para que credor e devedor exercessem a cláusula marciana consensualmente, contado a partir da emissão da certidão de decurso do prazo pelo cartório de registro de imóveis.

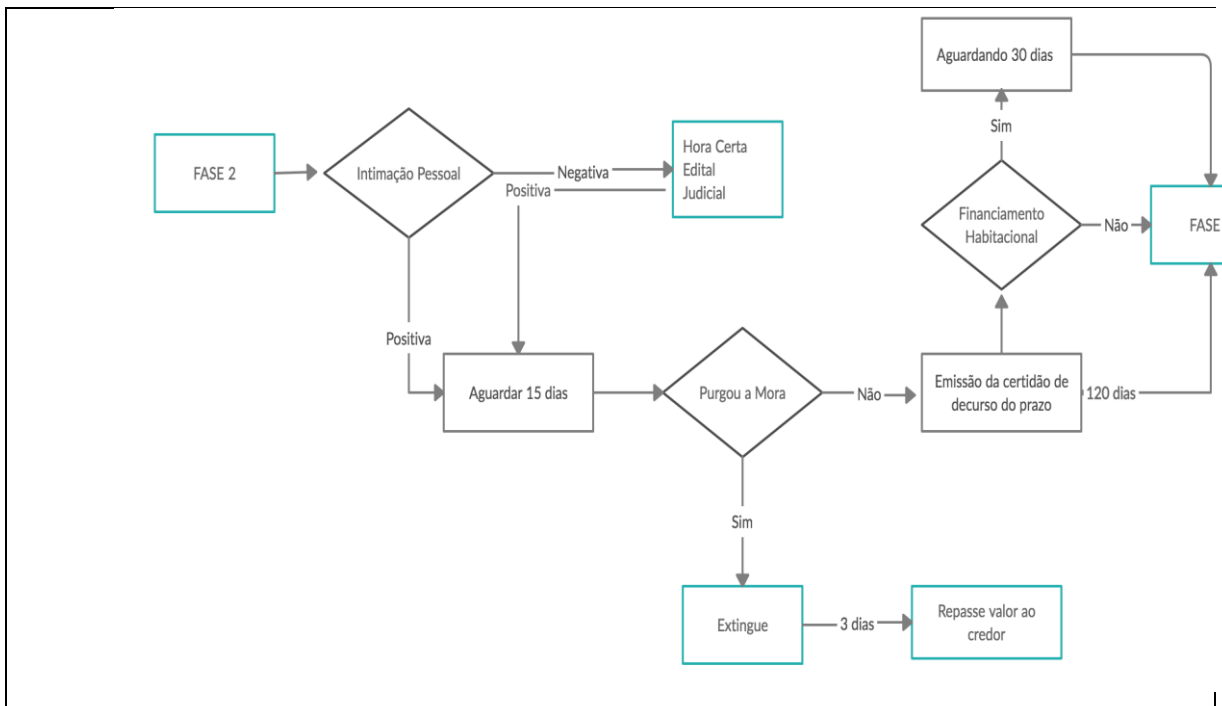
Neste período de 90 dias deveria então ocorrer: a escolha pela utilização da cláusula, a escolha do avaliador, o acordo do preço do imóvel e a decisão de incorporação do imóvel ao patrimônio do credor. Caso este processo ultrapassasse o período de 90 dias, suspenderia-se definitiva e automaticamente a utilização da cláusula marciana e seria retomado o processo tradicional de execução extrajudicial. A interrupção automática da utilização da cláusula marciana também seria um ato de averbação na matrícula do imóvel.

Em qualquer momento deste prazo de 90 dias, caso houvesse dissenso entre credor e devedor, quanto à utilização da opção pelo pacto marciano, quanto à escolha do terceiro avaliador ou quanto ao preço aferido por este avaliador, seria interrompido o exercício da cláusula marciana, a pedido (via requerimento) do credor ou do devedor.

Assim, na falta de consenso, qualquer uma das partes poderia suspender o exercício da cláusula marciana e retomar o processo tradicional. Assim, seria oficializado qualquer dissenso ao registro imobiliário, via requerimento, e seria averbado este ato na matrícula do imóvel. Em seguida, retoma-se normalmente o processo tradicional do leilão extrajudicial e a contagem de prazos.

O fluxograma do procedimento atual, sem a cláusula marciana, é apresentado novamente a seguir:

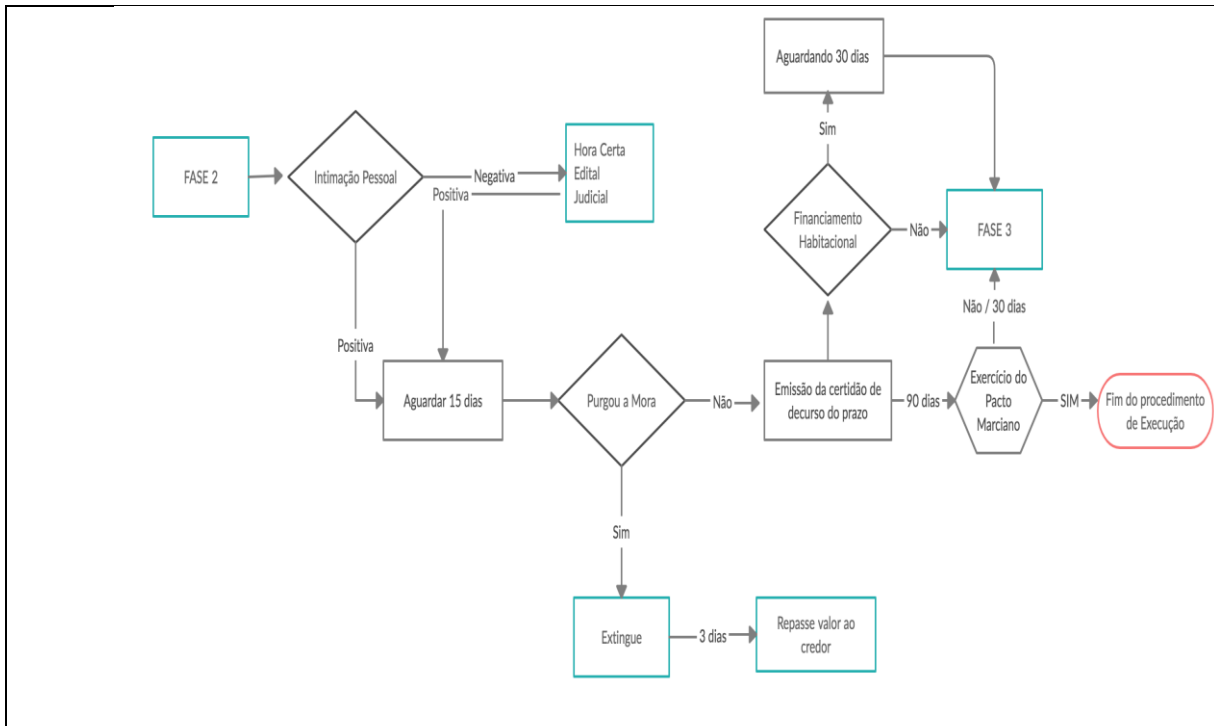
Figura 4: Fase 2 do procedimento da execução extrajudicial



Fonte: Lei 9.514/97 e Normas de Serviço do Cartórios extrajudiciais de SP

O fluxograma do procedimento com o exercício da cláusula marciana, é apresentado a seguir, ilustrado pela inclusão da figura do “hexágono” no fluxograma:

Figura 5: Fase 2 do procedimento da execução extrajudicial com o procedimento da cláusula marciana



Fonte: Lei 9.514/97 e Normas de Serviço do Cartórios extrajudiciais de SP

Esta retomada do procedimento tradicional ocorreria com a consolidação da plena propriedade, pelo credor fiduciário, mediante o recolhimento de ITBI. No procedimento tradicional, o prazo para o recolhimento do ITBI é de até 120 dias, contados a partir da certidão de decurso do prazo de purgação da mora. Assim, logo após a interrupção do pacto marciano (supondo que o processo atingiu o prazo máximo de 90 dias), sugerimos um prazo de 30 dias para o recolhimento do ITBI. Desta forma, os prazos e fluxos do procedimento original não se alteram. O efeito processual relativo a prazo da opção pelo exercício da cláusula marciana é mínimo.

VII. CONCLUSÃO

A legislação atual da alienação fiduciária apresenta distorções que podem ser corrigidas com a utilização do pacto marciano, com o intuito de reduzir prejuízos de credor e devedor. O pacto marciano é uma cláusula contratual que permite credor e devedor, diante do inadimplemento do contrato, monetizarem o bem imóvel dado em garantia, ou que credor

permaneça com o mesmo, após a aferição de preço justo do bem por um terceiro idôneo. O pacto marciano é lícito, apesar de não expresso em lei. O pacto marciano satisfaz o crédito e deixa as partes paritárias livres para exercerem a autonomia da vontade.

A aplicação do pacto marciano entre credor fiduciário e devedor fiduciante aumenta o saldo recebido na venda do imóvel, se comparado com venda em leilão. Os custos de transação são menores, pois não levam em conta a comissão de 5% do leiloeiro, custas extrajudiciais e descontos extras de terceiros nos lances em leilão.

Além disso, na negociação entre credor e devedor, o avaliador independente tem como ponto de partida o valor de mercado do imóvel, raramente atingido no processo de leilão. Se for acordada a utilização da cláusula marciana, depois da mora e antes da consolidação da propriedade, ainda há economia de custos tributários (ITBI cobrado na consolidação da propriedade pelo credor fiduciário).

A partir das reflexões feitas neste artigo, proponho a inserção da cláusula marciana no contrato de alienação fiduciária. A inclusão da cláusula marciana seria um acréscimo, uma alternativa adicional ao procedimentos da execução extrajudicial atual, sem alterar ou substituir a execução extrajudicial. Esta continuaria válida.

Recomendo que o exercício da cláusula marciana tenha como prazo total 90 dias, iniciando-se na data da emissão de certidão de decurso do prazo pelo registrador imobiliário. Este período de 90 dias está inserido no prazo máximo de 120 dias na legislação atual, a que credor tem direito, contado do prazo da emissão da “certidão de decurso do prazo” até o recolhimento do ITBI antes da consolidação da propriedade fiduciária.

Desta forma, no caso do exercício não efetivo da cláusula marciana, não se alteram os prazos dos procedimento de execução extrajudicial atual. Logo, os efeitos da opção da cláusula marciana, do ponto de vista dos prazos processuais atuais, seriam mínimos.

Assim, fica recomendado que a cláusula marciana seja utilizada apenas em caso de consenso entre credor e devedor. Em caso de dissenso, restabelece-se o procedimento de execução extrajudicial atual.

Dada a inexistência de estudos anteriores, do ponto de vista prático, sobre o pacto marciano e a alienação fiduciário, optei por apresentar um panorama geral. Considero que este

artigo poderia preencher algumas lacunas. O aprofundamento das reflexões deste artigo ainda são pesquisas por serem feitas. Para isso, o ponto de partida está estabelecido.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 146-147.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, p. 243.

CHALHUB, Melhim Namem. *Curso de direito civil: direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 231-232.

CHALHUB, Melhim Namem. *Desafios atuais da alienação fiduciária*. <http://genjuridico.com.br/2019/08/12/desafios-atuais-alienacao-fiduciaria>, publicado em 12.ago.2019, pg. 2

CHALHUB, Melhim Namem *Negócio fiduciário*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 147

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. Saraiva, 28ª edição, 2012, p.195

GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em garantia*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 120.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal*. Civilística.com, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 2015, p. 8.

GUEDES E TERRA, Gisela Sampaio da Cruz e Aline de Miranda Valverde – *Apropriação do objeto da garantia pelo credor: da Vedação ao pacto comissório à licitude da cláusula marçiana*, Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 70, pp. 51 - 77, jan./jun. 2017

HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito Civil, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p.122

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916/coordenador Cezar Peluso. – 5. ed. rev. e atual. – Barueri, SP: Manole, 2001,página 1424.

_____, José Eduardo. Alienação fiduciária de coisa imóvel. In: Revista do Advogado, nº 63. São Paulo: AASP, 2001, p. 93.

MATOS, Isabel Andrade de. O Pacto Comissório: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 82.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Pacto Comissório e Pacto Marçiano no sistema brasileiro de garantias. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 76-77.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. III – *Contratos*. 23ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. Editora, 2019. Página 152.

PENTEADO, O penhor de ações no direito brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 200

TEPEDINO, Gustavo e GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. *Lições da VII Jornada de Direito Civil: tendências do direito das coisas*. publicado em 8/2/2016.Revista Consultor Jurídico, <https://www.conjur.com.br/2016-fev-08/direito-civil-atual-lico-es-vii-jornada-direito-civil-tendencias-direito-coisas>, p.1

VIANA, Marco Aurelio da Silva. Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais - arts. 1.225 a 1.510 - volume XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 717. 3