

**A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO
POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL**
*THE IMPOSSIBILITY OF JUDICIAL EXECUTION OF THE CREDIT GUARANTEED BY
FIDUCIARY SALE OF REALTY*

Gilberto Haddad Jabur

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Advogado, São Paulo (Brasil).
E-mail: gilberto@ghj.com.br.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9759823600809680>.

Danilo Sanchez Pacheco

Mestrando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo - USP. Advogado, São Paulo (Brasil).
E-mail: dsp@gmail.com.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6669005602215226>.

Submissão: 10.01.2021.

Aprovação: 16.03.2021.

RESUMO

O presente estudo discute a possibilidade de o credor fiduciário optar pela execução judicial de seu crédito em detrimento do rito executivo extrajudicial estabelecido pela Lei nº 9.514/97. Apresentam-se os argumentos favoráveis apontados pela doutrina e jurisprudência, que reconhecem de maneira amplamente majoritária a possibilidade de opção do credor, e levantam-se objeções a esta tese. A pesquisa adota uma abordagem lógico-dialética, tendo por técnica de pesquisa a análise de referências bibliográficas, da legislação brasileira e de decisões judiciais, sendo seu objetivo metodológico exploratório e propositivo. Após o cotejo dos argumentos favoráveis e contrários à possibilidade de opção do credor pela execução judicial de seu crédito, o artigo conclui pela inadmissibilidade jurídica da execução judicial do crédito garantido por alienação fiduciária de imóvel. A principal contribuição do artigo consiste na sistematização dos argumentos favoráveis e contrários à possibilidade de execução judicial do crédito garantido por alienação fiduciária de imóvel e na análise crítica e pormenorizada de cada um destes argumentos.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação fiduciária em garantia. Imóvel. Lei nº 9.514/97. Execução judicial. Execução extrajudicial.

ABSTRACT

The present study discusses the possibility of the fiduciary creditor opting for the judicial execution of his credit in detriment of the extrajudicial executive rite established by Law nº 9.514/97. The favorable arguments pointed out by the doctrine and jurisprudence are presented, which peacefully recognize the possibility of the creditor's option, and objections are raised to this thesis, concluding at the end by the impossibility of choosing the creditor by judicial enforcement. The research adopts a logical-dialectic approach, having as research

technique the analysis of bibliographic references, of Brazilian legislation and of judicial decisions, being its exploratory and propositional methodological objective. After comparing the arguments in favor and against the possibility of the creditor's option for the judicial execution of its credit, the article concludes that the judicial execution of the credit guaranteed by fiduciary alienation of property is legally inadmissible. The main contribution of the article consists in the systematization of the arguments in favor and against the possibility of judicial execution of the credit guaranteed by fiduciary alienation of property and in the critical and detailed analysis of each one of these arguments.

KEYWORDS: *Fiduciary sale in guarantee. Realty. Law n° 9.514/97. Judicial execution. Extrajudicial execution.*

1. INTRODUÇÃO

A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis surge, no Brasil, com a Lei nº 9.514/97, em razão da crise das garantias reais imobiliárias tradicionais, notadamente da hipoteca, assim como da boa receptividade da alienação fiduciária em garantia de bens móveis, regulada pelo Decreto-Lei nº 911/69, aliadas à necessidade de impulso ao mercado imobiliário mediante simplificação do acesso ao crédito.

Em geral, apontam-se três vantagens principais da alienação fiduciária em relação à hipoteca. A primeira vantagem consiste na maior simplicidade e menor onerosidade de constituição da alienação fiduciária em razão da desnecessidade de escritura pública. A segunda vantagem diz respeito à maior eficácia da garantia fiduciária, representada pela certeza de que o credor será pago, porque o crédito, limitado ao valor do bem dado em garantia, não concorre com qualquer outro crédito. E, enfim, a terceira vantagem apontada consiste na simplicidade da execução extrajudicial da alienação fiduciária em garantia quando comparada com a execução hipotecária.¹

É certo, contudo, que esta última vantagem - a execução extrajudicial da alienação fiduciária - é das mais destacadas pela doutrina.²

¹ As vantagens referidas são as apontadas por Fábio Rocha Pinto e Silva ao comparar os institutos da hipoteca e da alienação fiduciária face ao conceito de “garantia ideal”, delineado por Laurent Aynès e Pierre Crocq. O autor brasileiro, por outro lado, aponta uma desvantagem da alienação fiduciária: a hipoteca se adequa melhor ao crédito do que a alienação fiduciária, não sendo nem excessivo nem insuficiente, pois é garantia que recai sobre o valor da coisa, e não sobre a própria coisa, como na alienação fiduciária em garantia (SILVA, Fábio Rocha Pinto. *Garantias imobiliárias em contratos empresariais: hipoteca e alienação fiduciária*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 173-176).

² “Assim, no direito brasileiro são evidentes as vantagens da alienação fiduciária quanto à simplificação de sua constituição e ao seu método de excussão extrajudicial. Este, que consiste talvez na maior vantagem da alienação fiduciária frente à hipoteca, em nada se relaciona à natureza jurídica dos institutos [...]” (Ibidem, p. 172).

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

Não obstante, percebe-se a crescente opção dos credores fiduciários pela execução judicial do crédito garantido por alienação fiduciária de imóvel, em evidente renúncia aos supostos benefícios da execução extrajudicial.

A escolha pela execução judicial pode se justificar por diversos motivos, variáveis conforme as peculiaridades do caso concreto, sendo sempre pautada, porém, por uma atuação racional do agente econômico, que é o credor fiduciário.

Os Tribunais brasileiros³, assim como a doutrina⁴, aceitam de forma amplamente majoritária⁵ a possibilidade de escolha pelo credor sob o entendimento de que se trata de

³ Veja-se, por exemplo: “Agravo de Instrumento. Execução de título extrajudicial (debêntures), garantidas por alienação fiduciária de bens imóveis. Decisão que rejeitou a impugnação à penhora ofertada pelos executados. Rito procedimental da Lei 9.514/97 que não é obrigatório. Possibilidade de o credor optar, se assim preferir, pela execução. Jurisprudência consolidada deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Decisão mantida. - Recurso desprovido. ” (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2067235-52.2020.8.26.0000, 22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Edgard Rosa, j. em 18.05.2020). No mesmo sentido: TJSP, Agravo de Instrumento nº 2049856-98.2020.8.26.0000, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Walter Barone, j. em 19.11.2020; TJSC, Apelação nº 0301801-29.2015.8.24.0026, 5ª Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Jânio Machado, j. em 26.11.2018; TJRS, Agravo de Instrumento nº 0308326-07.2016.8.21.7000, 19ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo, j. em 16.02.2017; TJPR, Agravo de Instrumento nº 0003385-71.2019.8.16.0000, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Péricles Bellusci de Batista Pereira, j. em 10.04.2019; TRF-1ª Região, Apelação nº 0001459-17.2011.4.01.3806, 6ª Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, j. em 28.11.2016; STJ, AgRg no AREsp nº 816.718, 3ª Turma, Rel. Min. Moura Riberio, j. em 19.05.2016.

⁴ Veja-se, por exemplo: “Ultrapassadas as fases acima indicadas, restará ao fiduciário a cobrança judicial ou extrajudicial da dívida. Quanto à primeira forma, destaque-se que na legislação de regência da alienação fiduciária de bem imóvel não há qualquer menção sobre a possibilidade de execução judicial da dívida, aliás como fez expressamente a norma na qual se baseia a Lei nº 9.514/97 [referindo-se ao art. 29 do Decreto-Lei nº 70/1966]. Inegável, porém, é a assertiva de que ao fiduciário confere-se, alternativamente, a possibilidade de cobrar a dívida judicial ou extrajudicialmente.” (SAAD, Renan Miguel. *A alienação fiduciária sobre bens imóveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 242-243). No mesmo sentido: BRESOLIN, Umberto Bara. *Execução extrajudicial imobiliária: aspectos práticos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 117-118; CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 306; ÁVILA, Henrique. *Aspectos processuais da alienação fiduciária de bens móveis e imóveis*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 68-69; SANTANA, Carlos Alberto de. *Algumas considerações sobre os vinte anos da Lei 9.514/97 e as alterações promovidas pela Lei n. 13.465/2017*. In: CAMBLER, Everaldo Augusto et al. (Coord.). *Estatuto fundiário brasileiro: comentários à Lei n. 13.465/17*. São Paulo: Editora IASP, 2018, p. 94-98; MARTINS, Samir José Caetano. *A execução extrajudicial de créditos do Sistema Financeiro Imobiliário*. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*, ano 2, v. II, p. 292-318, jan. - dez. 2008, p. 305-307.

⁵ São poucas as vozes dissonantes sobre o tema. Dentre os pouquíssimos autores que entendem pela impossibilidade de execução judicial da alienação fiduciária em garantia de imóvel, pode-se citar João Paulo Marin: “Realmente, a lei nº 9.514/97 não contém um dispositivo semelhante ao do Decreto-lei nº 70/66, que permite, à escolha do credor, promover a execução da garantia na forma do Código de Processo Civil. Tal omissão, no entanto, não pode ser entendida como uma faculdade à disposição do credor, pois, como bem acentua Melhim Namem Chalhub, no caso da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, a estrutura do procedimento pelo qual se busca a satisfação do crédito é incompatível com o processo de execução (CPC, art. 646), pois o pagamento está vinculado a um bem do próprio credor, e não do devedor. Em face dessa configuração, é inviável a satisfação do crédito mediante *expropriação de bens* do devedor, que caracteriza o processo de execução no Código de Processo Civil. ” (MARIN, João Paulo. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 144). Note-se que o autor cita, para embasar seu posicionamento, a opinião de Melhim Namem Chalhub exarada em obra diversa da citada na nota acima. Nesta outra obra citada por João Paulo Marin, o autor do anteprojeto da Lei nº 9.514/97 escreve, em evidente contradição à posição defendida na obra citada acima: “No caso da alienação fiduciária de coisa imóvel, por exemplo, a estrutura do processo pelo qual se busca a satisfação do crédito é incompatível com a dinâmica do processo de execução, não se podendo

prerrogativa, de verdadeira *opção* sua para escolha entre o procedimento judicial ou extrajudicial de execução do crédito garantido por alienação fiduciária de imóvel.

Nesse contexto, a questão que se coloca diz respeito à derogabilidade, ou não, do regime jurídico especial da Lei nº 9.514/97 por vontade do fiduciário. Em outras palavras, pode o credor fiduciário, por sua mera autonomia volitiva, optar pelo rito judicial, estatuído pelo Código de Processo Civil, em detrimento do rito extrajudicial, estabelecido pela Lei nº 9.514/97? O sistema jurídico admite essa opção pelo credor?

O tema envolve diversas questões que não foram ainda profundamente discutidas em sede doutrinária e jurisprudencial.

Para que se possa proceder a uma análise acurada do tema, devem-se examinar, primeiramente, quais os benefícios que podem eventualmente surgir ao credor fiduciário a partir da opção pela via executiva judicial para, posteriormente, adentrar-se no debate sobre a possibilidade, ou não, da opção do credor fiduciário pela execução judicial.

2. BENEFÍCIOS EXPERIMENTADOS PELO CREDOR FIDUCIÁRIO AO OPTAR PELA EXECUÇÃO JUDICIAL

A opção do fiduciário pela execução judicial pode se justificar por diversos motivos, variáveis conforme as peculiaridades do caso concreto. Não obstante, dois benefícios principais se destacam.

O primeiro eventual benefício do credor que opta pela ação de execução de título extrajudicial consiste em afastar a previsão legal de extinção da dívida e de outorga de quitação recíproca estabelecida no art. 27, §§ 4º, 5º e 6º, da Lei nº 9.514/97, isto é, optando pela via judicial, quer após a bem-sucedida realização da primeira hasta (pouco importando se o valor ofertado cobriu ou não a dívida, contanto que tenha atingido valor ao menos igual ao da avaliação consensualmente aceita pelos contratantes), quer após a malsucedida segunda

pensar em expropriação de bens do devedor, que é traço característico da execução (CPC, art. 646), pois na alienação fiduciária o pagamento está vinculado a um bem do próprio credor, e não do devedor; aqui, como se viu, o direito do credor repousa na propriedade fiduciária, cuja titularidade é dele mesmo, credor, e não do devedor; o pagamento ou o não pagamento produz os efeitos da condição a que está subordinado o contrato (destinando a propriedade ao devedor ou consolidando-a no credor), o que se dá, naturalmente, sem intervenção judicial, não sendo possível ajustar a dogmática da condição resolutiva à estrutura do processo de execução.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 233). Arrematando, enfim: “Dada essa configuração, não se pode pensar na satisfação do crédito mediante expropriação de bens do devedor, que caracteriza o processo de execução (CPC, art. 646).” (Ibidem, p. 236).

hasta, o credor fiduciário afasta a previsão da Lei nº 9.514/97 que o impede de perseguir o saldo remanescente da dívida.

Assim, ajuizada a ação de execução de título extrajudicial, com fundamento no art. 784, V, CPC, a penhora recairá sobre o direito real de aquisição titularizado pelo devedor e o crédito do fiduciário será satisfeito com a entrega o produto dessa alienação. Porém, havendo saldo remanescente, permite-se ao credor o prosseguimento da execução até a satisfação integral de seu crédito.

O segundo eventual benefício que pode almejar o credor fiduciário, ao optar pela via executiva judicial, é o de se eximir da indicação do valor do imóvel consensualmente fixada no contrato de alienação fiduciária (justamente para a hipótese de inadimplemento e conseguinte alienação forçada), bem como dos critérios mutuamente eleitos para sua correção até a data das hastas (Lei nº 9.514/97 art. 24, VI, e 27, § 1º). Optando pela execução judicial, pode o fiduciário pleitear a avaliação judicial do bem, que será feita pelo oficial de justiça (CPC, art. 870, *caput*), hipótese em que se despreza o valor do bem para alienação forçada livremente convencionado no instrumento de garantia. Tal opção se mostra vantajosa ao credor na hipótese de depreciação do valor do imóvel.

Além dos dois motivos apontados, outras diversas razões podem levar o credor fiduciário, atuando como um agente econômico racional, a optar pela satisfação do crédito pela via judicial.

Uma delas é o desejo de o credor penhor bens de maior liquidez identificados no patrimônio do devedor em comparação com o imóvel alienado fiduciariamente, como, *i.e.*, valores depositados em contracorrente. (MARTINS, 2008, p. 305). Além disso, no caso de o imóvel ter sido destruído, no todo ou em parte, e o devedor tiver outros bens penhoráveis suficientes para a satisfação do crédito, será benéfico ao credor a satisfação do crédito por meio de ação de execução de título extrajudicial. (CHALUB, 2019, p. 306). O mesmo ocorre em hipóteses de vencimento antecipado da dívida (CC, art. 1.425). (BRESOLIN, 2013, p. 118).

3. DISCUSSÃO SOBRE A (IM) POSSIBILIDADE DE O CREDOR FIDUCIÁRIO OPTAR PELA EXECUÇÃO JUDICIAL

Analizados brevemente alguns dos possíveis benefícios experimentados pelo credor fiduciário optante da execução judicial em detrimento da execução extrajudicial, impõe-se doravante o exame da (im) possibilidade dessa opção à vista do sistema jurídico brasileiro.

3.1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À POSSIBILIDADE DE OPÇÃO

Doutrina e jurisprudência marcham praticamente uníssonas a favor da opção da via judicial ou extrajudicial para satisfação de crédito garantido por alienação fiduciária de imóvel.

Dentre os argumentos apresentados para justificar esta opção, destaca-se o de que não se pode negar ao fiduciário o acesso ao Judiciário, nem se exigir procedimento prévio que limite o seu direito de ação, dada a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, insculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Assim, embora se reconheça a inexistência de previsão expressa na Lei nº 9.514/97 que autorize o fiduciário a buscar a satisfação de seu crédito por meio de demanda judicial, não lhe foi negada essa a via; logo, eventual proibição violaria sobredita inafastabilidade da jurisdição e o acesso à justiça. (CHALHUB, 2019, p. 336).

Além disso, também se aponta, para justificar a opção reconhecida ao credor, o disposto no art. 19, III, da Lei nº 9.514/97, que estabelece que ao credor fiduciário compete o direito de “usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel”.⁶

Ocorre que este dispositivo legal não se refere à alienação fiduciária de imóvel, mas à cessão fiduciária de direitos creditórios. Com efeito, embora sejam “institutos similares, exercendo a mesma função de garantia do crédito e alicerçando-se nos mesmos fundamentos” (CHALHUB, 2019, p. 410), têm estruturas de satisfação do crédito garantido distintas. Tal ocorre, justamente, em razão do objeto sobre o qual recaem: enquanto o objeto da alienação fiduciária é coisa imóvel, o objeto da cessão fiduciária é direito creditório. Note-se, inclusive, que o dispositivo legal em comento menciona expressamente a cessão (fiduciária) de crédito (“créditos cedidos”; “direitos conferidos ao cedente”). Assim, o art. 19, III, da Lei nº 9.514/97, ao se referir expressa e especificamente à cessão fiduciária de direitos creditórios, não se aplica à alienação fiduciária de imóvel.

⁶ Nesse sentido: TJSP, Agravo de Instrumento nº 2094664-28.2019.8.26.0000, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, j. em 07.10.2019.

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

Por fim, também se aponta que a opção do credor encontra amparo no art. 39, II, da Lei nº 9.514/97, segundo o qual às operações de crédito compreendidas no sistema de financiamento imobiliário aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70/66, exclusivamente aos procedimentos de execução de crédito garantidos por hipoteca. O art. 29 do referido Decreto-Lei dispõe que às hipotecas a que se referem os arts. 9º e 10, quando não pagas no vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução pelo rito geral do Código de Processo Civil ou pelo rito especial do Decreto-Lei.⁷

Este último argumento, entretanto, em nada justifica ou fortalece a possibilidade de o credor fiduciário optar pela execução judicial de seu crédito. Ao revés, o legislador, quando quis, pronunciou-se a respeito; quando não quis, guardou silêncio: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

O art. 39, II, da Lei nº 9.514/97 estabelece, em sua literalidade, que aos créditos garantidos por *hipoteca* no âmbito do sistema de financiamento imobiliário aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70/66. Ou seja, o dispositivo não diz respeito à alienação fiduciária em garantia de imóvel, mas à hipoteca. Por isso, em nada se relaciona com a possibilidade de o credor fiduciário optar pela execução judicial de seu crédito.

3.2. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À POSSIBILIDADE DE OPÇÃO

Os argumentos contrários à possibilidade de opção do credor fiduciário pela via judicial ou extrajudicial para a satisfação de seu crédito garantido por alienação fiduciária de imóvel, por outro lado, são plúrimos.

De um modo geral, pode-se sustentar que na eventual identificação de antinomia jurídica aparente entre (i) a permissão *genérica* de se socorrer do Judiciário à vista de ameaça ou lesão a direito pessoal (CF, art. 5º, XXXV), franqueando-se o ajuizamento de ação de execução fundada nas normas *gerais* do CPC e (ii) a previsão *específica* de procedimento executivo extrajudicial na hipótese de inadimplemento de obrigação garantida por alienação fiduciária de bem imóvel, a resolução da antinomia aparente se orienta pelo critério interpretativo da especialidade, segundo o qual a norma especial derroga a norma geral (*lex specialis derogat legi generali*).

Em clássica monografia sobre a colisão entre normas, Maria Helena Diniz sublinha que “uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da

⁷ Nesse sentido: TJSP, Agravo de Instrumento nº 2208468-42.2017.8.26.0000, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Thiago de Siqueira, j. em 11.04.2018.

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes”, concluindo que a “norma especial acresce um elemento próprio à descrição geral do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento geral só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral”.(DINIZ, 1996, p. 43).

Deveras, do conjunto de regras contidos na Lei nº 9.514/97, retiram-se todos os elementos fundamentais à instituição da alienação fiduciária de imóvel construídos para reger, proposital e diferenciadamente, os efeitos do inadimplemento do devedor fiduciante, notadamente o *iter* a ser observado desde a constituição em mora do devedor, que poderá contar com o beneplácito de carência contratual (art. 26, § 2º), passando pela consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário, sem perder de vista a compulsória marcação das hastas, caso o fiduciante não queira transferir ao fiduciário seu eventual direito sobre o imóvel, e, por fim, os graves efeitos resultantes da segunda e malsucedida hasta, que importa obrigatória concessão de quitação ao devedor, porque não haverá saldo remanescente (art. 27, § 6º), ao contrário da disposição geral fixada no art. 1.366 do Código Civil, segundo a qual “quando, vendida a coisa, o produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará o devedor obrigado pelo restante.”

Mais especificamente, entre os arts. 22 a 33 da Lei nº 9.514/97, o legislador extravagante estabeleceu: (i) o conceito e os figurantes da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel (art. 22); (ii) a publicidade do contrato de garantia e o desdobramento da posse (art. 23); (iii) o conteúdo mínimo do contrato (art. 24); (iv) os efeitos do pagamento da dívida (art. 25); (v) os efeitos do não-pagamento da dívida, entre eles a constituição do fiduciante em mora, a possibilidade de sua purgação, a consolidação da propriedade do fiduciário na hipótese de não purgada a mora e a possibilidade de se transferir ao fiduciário, para quitação da dívida, o eventual direito do fiduciante sobre o imóvel, se assim o devedor o quiser (art. 26); (vi) a obrigatória marcação das hastas públicas (caso não paga a dívida e não transferido ao fiduciário o eventual direito do fiduciante sobre o imóvel), o valor mínimo pelo qual o bem poderá ser arrematado numa ou noutra hasta, e o obrigatório fornecimento de quitação da dívida decorrente de sua extinção, ainda que não haja licitantes na segunda hasta (art. 27); (vii) a permissão à cessão do crédito objeto do contrato de alienação fiduciária (art. 28); (viii) a permissão à assunção da dívida por terceiro (art. 29); (ix) a garantia à reintegração de posse (ao fiduciário) ou à imissão de posse (ao adquirente), com previsão de prazo para desocupação do imóvel pelo fiduciante ou de quem nele esteja (art. 30); (x) a sub-rogação do crédito e da propriedade fiduciária a quem quitar a dívida (art. 31); (xi) a garantia da

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

restituição do imóvel ao fiduciário em caso de insolvência (ou falência) do fiduciante (art. 32); e (xii) a subsidiária aplicação do Código Civil, quando não conflitar com as disposições dessa norma especial (art. 33).

Ou seja, é irrefutável o tratamento integral do regime jurídico da garantia fiduciária sobre imóvel pela Lei nº 9.514/97, em cujo segundo capítulo (“Da Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel”) exauriram-se os efeitos do inadimplemento do fiduciante⁸, tendo, pois, prevalência sobre a normativa geral sobre execução judicial estabelecida pelo Código de Processo Civil.

Assim, é no critério da especialidade que se encontra a segura solução da aparente antinomia de normas, porquanto o legislador não descurou de nenhum aspecto primordial concernente à validade e à eficácia dos contratos de garantia fiduciária sobre imóveis. Não tendo a lei expressamente previsto a ação executiva de título extrajudicial para a hipótese de inadimplemento do fiduciante, mas apenas e exclusivamente o procedimento executivo extrajudicial, impõe-se a conclusão de que cabe ao credor fiduciário apenas a via extrajudicial para satisfazer seu crédito. Porque — convém aqui reescrever — referindo-se ao legislador, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Também porque, alargando os argumentos contrários à possibilidade de opção do credor fiduciário, veda-se o comportamento contraditório do credor (de quem quer que seja...).

A boa-fé objetiva (e a confiança) de que se revestem as relações obrigacionais são pressupostos do tráfego jurídico, porque delimitam as expectativas dos contratantes em tema cujas implicações são grandes.⁹

⁸ Tratando da não aplicação da norma geral estabelecida no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor ao regime jurídico específico estabelecido pela Lei nº 9.514/97 relativo à alienação fiduciária em garantia de imóvel, José Manuel de Arruda Alvim Netto chega à mesma conclusão: “A Lei 9.514/97 disciplina exaurientemente o tema da alienação fiduciária em garantia de imóvel (arts. 22 a 33); se a Lei 9.514/97 disciplina exaurientemente o tema, não é possível cogitar-se da aplicação de outra lei - o art. 53, do CDC - com vistas a interferir, influir, no sistema da Lei 9.514/97 alterando radicalmente o sistema do direito positivo da Lei 9.514/97; esta última é lei especial, e, o Código de Defesa do Consumidor, é lei geral, ocupando, cada diploma, o seu espaço normativo, sendo que esses espaços são diferentes”. (ALVIM NETTO, 2000, p. 168).

⁹ Esta é a lição de Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco ao traçarem as diretrizes teóricas do Código Civil de 2002: “o princípio da confiança vem especificado, no interior das relações que nascem o tráfego jurídico – notadamente (mas não exclusivamente) o tráfego negocial – pelos correlatos e conexos princípios da lealdade e da boa-fé objetiva, ambos constituindo a dupla face da confiança. Estes princípios têm a característica de constituir norma de conduta que impõem a quantos entram em contato social relevante juridicamente deveres de conduta, entre os quais os de informação e de proteção aos legítimos interesses do *alter*. A correlação entre lealdade e boa-fé está em que está última na acepção objetiva, caracteriza um arquétipo ou *standard* segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade, qualificando, por isso, uma norma de comportamento leal.” (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 133).

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

Nesse sentido, permitir-se ao fiduciário, que inicialmente contratou a garantia nos termos e para os fins previstos no instrumento da garantia, a possibilidade de posteriormente ir a juízo e desmerecer o rito especial convencionado por ele e pelo fiduciante — que, portanto, nele depositou confiança (*rectius*, fídúcia) —, totalmente diverso da execução extrajudicial, maléfica ao devedor, de mais a mais, colide com a máxima *nemo datur venire contra factum proprium*.¹⁰

É que, ao ser convencionada a alienação fiduciária de imóvel para garantir a dívida, a expectativa legítima do devedor fiduciante é a de que, à vista de seu eventual inadimplemento, o crédito seja satisfeito nos termos e para os fins do rito previsto na Lei nº 9.514/97, salvo na hipótese, que é remota, de disposição contratual contrária. Portanto, e com sobra de razões emanada da potente proteção do dogma da boa-fé, a quebra desta legítima expectativa do fiduciante por conduta contraditória do fiduciário é vedada.

O comportamento (contraditório) do credor fiduciário traz inúmeros malefícios ao devedor fiduciante. Dentre eles, destaca-se a supressão do direito de o fiduciante purgar a mora nos termos e condições especialmente fixados no art. 26, § 5º, da Lei nº 9.514/97. Também castra o direito de o devedor receber quitação recíproca e compulsória nas hipóteses de arrematação do bem em primeira ou segunda hasta, ou mesmo na hipótese de insucesso de excussão da garantia em segunda hasta.

É o que se extrai, sem reбуço de dúvida, dos §§ 5º e 6º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, conforme os quais o devedor receberá quitação quer após a bem-sucedida realização da primeira hasta, pouco importando se o valor ofertado cobriu ou não a dívida, contanto que, ao menos, igual ao da avaliação contratada, quer após a malsucedida segunda hasta, hipótese na qual a Lei não atribuiu ao credor direito de perseguir o saldo remanescente, motivo pelo qual, não havendo oferta do valor da dívida e de seus acessórios na segunda hasta, extingue-se a dívida e outorga-se quitação ao fiduciante. *Tollitur quaestio*.

¹⁰ Sobre essa conhecida máxima, escreve António Menezes Cordeiro: “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível.” (CORDEIRO, 2017, p. 742). E ainda segundo o autor português, há *venire contra factum proprium* em duas situações: “quando uma pessoa, em termo que, especificamente, não a vincule, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique e quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e, depois, se negue.” (Ibidem, p. 746-747). É importante frisar, também, que “a coibição implicada na parêmia *venire contra factum proprium non potest* tem como bem jurídico proteger o *alter*, evitando a quebra de sua confiança legítima.” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 675), e que a regra em comento, derivada da boa-fé objetiva que deve preponderar no comércio jurídico, também é reconhecida no direito alemão (dentre outros, v. LARENZ, 1987, v. 1, § 10) e no direito italiano (notadamente: BETTI, 1953, v. 1, p. 91 e ss).

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

Ou seja, diversamente da permissão concedida ao fiduciante comum, a quem se permite o prosseguimento da execução até satisfação de seu crédito (CC, art. 1.366), a Lei nº 9.514/97 estabelece que, a despeito de não satisfeita a integralidade do crédito, o fiduciário que livremente assumiu o risco da garantia fornecerá, por imposição legal, a quitação ao devedor.

E não nos parece haver espaço para se cogitar da aplicação supletiva da regra geral inscrita no art. 1.366 do Código Civil (que permite o prosseguimento da execução até a satisfação do débito exequendo ao tratar da propriedade fiduciária de coisas móveis infungíveis) ao regime jurídico da alienação fiduciária em garantia de imóvel. Porque o próprio Código Civil evitou o conflito de normas (CC, art. 1.368-A)¹¹. A propósito, comenta Francisco Eduardo Loureiro:

Em relação às propriedades fiduciárias previstas em leis especiais, criou o CC regra clara para evitar o conflito de normas: aplicam-se de modo primário as leis especiais e, em suas lacunas e no que não as contrariar, as normas gerais do CC. O inverso, porém, não é verdadeiro. (Loureiro, 2020, p. 1.412).

Assim, conceder ao credor fiduciário a possibilidade de execução pela via judicial implica, do outro lado da balança, retirar do devedor fiduciante a garantia legal de recebimento do termo de quitação da dívida, em clara afronta ao que estabelece a Lei especial.¹² Poder-se-ia até mesmo disputar a hipótese de fraude à lei quando eleita a via judicial para a expropriação dos bens do devedor cuja via unicamente prevista pelo legislador é a extrajudicial. E, *pari passu* à burla à lei que deriva da escolha pela via judicial, configura-se evidentemente contraditória a conduta do credor, que *inicialmente* elegeu garantia única, que lhe vedaria a própria cobrança de eventual saldo remanescente, mas, às tantas, fissurando gravemente as expectativas que seu comportamento produziu sobre o devedor, optou pela via

¹¹ Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial. [\(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004\).](#)

¹² Registre-se, neste ponto, a existência de posicionamento doutrinário que propugna um verdadeiro meio-termo: pode o credor fiduciário optar pela execução judicial, desde que respeitada a extinção da dívida imposta pelos §§ 5º e 6º do art. 27 da Lei nº 9.514/97. Confira-se: “Com efeito, a possibilidade de opção pelo procedimento que lhe é mais vantajoso não permite burlar o disposto no § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/97 que prevê a extinção da dívida, pois se trata de norma de direito material/cogente. Aplica-se, na hipótese, o disposto no art. 805 do Código de Processo Civil que estabelece que a execução deve-se dar pelo modo menos gravoso ao devedor. [...]. É o mesmo entendimento aplicado para o caso de execução judicial ajuizada pelo credor hipotecário, quando este opta pelo procedimento executivo regulado pelo Código de Processo Civil. Nesses casos, a percepção é a de que se deve respeitar a regra do art. 7º da Lei 5.741/1971 que exonera o devedor do pagamento do saldo devedor remanescente em caso de adjudicação do imóvel pelo credor hipotecário.” (SANTANA, 2018, p. 97-98).

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

judicial na qual se notam alforriadas as imposições da Lei nº 9.514/97, antes consensualmente eleitas pelas mesmas partes.

Ao celebrarem contrato de alienação fiduciária em garantia de imóvel, as partes livremente aceitaram a suficiência da garantia única e sobre ela constituíram vínculo *erga omnes* imputando-lhe o pagamento da dívida em caso de inadimplemento. Ou seja, as partes assumiram o risco da insuficiência da garantia única da obrigação.

Suficientemente por isso, permitir ao credor a opção pela via judicial para satisfação de seu crédito viola, nesse caso, o conjunto de efeitos debaixo dos quais as partes livremente se colocaram ao optar por garantia única, por valor e critérios de correção definidos no contrato que firmaram, vedando-se lhes, com sobra de razões derivadas da lei e do tráfego jurídico probo, a cobrança de qualquer saldo remanescente. Portanto e em obséquio à própria força obrigatória dos contratos, deve a excussão do (s) imóvel(is) e somente daquele(s) imóvel(is) seguir o rito extrajudicial estabelecido pelo legislador.

Não obstante a clareza dos dispositivos que estabelecem a extinção da dívida e impõem a outorga de quitação recíproca, não são poucos que entendem que os §§ 5º e 6º do art. 27 da Lei nº 9.514/97 têm um alcance restrito aos contratos celebrados no Sistema Financeiro Imobiliário, sob o argumento de que excepcionar a regra geral do sistema, consistente na responsabilidade pelo pagamento *integral* da dívida (CC, arts. 586 e 1.366), somente se justificaria nas hipóteses de financiamento de natureza habitacional, que se caracterizam pelo cunho manifestamente assistencial; nas demais hipóteses (v.g., operações de financiamento não-habitacional e de autofinanciamento realizadas por grupos de consórcio), as regra excepcionais dos §§ 5º e 6º do art. 27 não teriam razão de ser, impondo-se, pois, a aplicação da regra geral de responsabilidade pelo pagamento integral da dívida.^{13_14}

¹³ Segundo Melhim Namem Chalhub, a quitação recíproca (“perdão da dívida”), que “o legislador instituiu como mecanismo de compensação, seja em razão da celeridade do procedimento de realização da garantia, seja em função da vulnerabilidade econômica do contratante mais fraco”, somente se aplica às hipóteses de financiamento de natureza habitacional: “Sucedo que quando se formulou essa legislação, o legislador concentrou sua atenção nos financiamentos habitacionais, e nas operações dessa natureza o perdão da dívida podia ser justificado, pelo menos nos empréstimos de valor mais reduzido. Entendemos que esse perdão da dívida deveria ser limitado a financiamentos de natureza habitacional, dele excluindo-se as operações de financiamento não-habitacional, em geral, e as de autofinanciamento do tipo consórcio. Ora, o perdão da dívida em relação ao saldo residual é mecanismo compensatório que só se justifica nas operações de finalidade assistencial, e é por essa razão que é empregado nos processos de execução judicial no âmbito do SFH, nos termos da Lei 5.741/1971, pela qual o devedor fica exonerado de pagar o saldo residual, da mesma forma que prevê o art. 27, § 5.º, da Lei 9.514/97. Com efeito, nos empréstimos destinados a atividades empresariais, deve ser aplicado o princípio geral, contemplado no Código de Processo Civil, de prosseguimento da execução mediante penhora de outros bens do devedor.” (CHALHUB, 2007, p. 97). O autor, inclusive, faz proposição de *lege ferenda* para o tema: “A nosso ver, o problema precisa ser equacionado mediante processo legislativo, para o qual permitimo-nos submeter ao debate proposição de alteração do art. 27, § 5.º, da Lei 9.514/97 e de acréscimo de mais um parágrafo a esse artigo, com a seguinte redação: ‘§ 5.º No caso de financiamento de imóvel habitacional cujo valor, fixado no contrato para efeito do inciso VI do art. 24, não exceda a 700

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

Reconhece-se a razoabilidade do argumento sustentado, mas tão somente como *lege ferenda*.

Ora, não parece razoável a subversão das normas dos §§ 5º e 6º do art. 27 que, repita-se, são claras quanto à imposição legal da quitação recíproca, sem distinção nenhuma entre as operações garantidas pela alienação fiduciária de imóvel. Ou seja: atualmente, as regras dos §§ 5º e 6º aplicam-se, indistintamente, a todas as operações garantidas pela alienação fiduciária de imóvel.

Assim, as normas jurídicas especiais dos §§ 5º e 6º devem ser aplicadas indiscriminadamente a todos os contratos de alienação fiduciária de imóvel, sob pena de afronta à segurança jurídica do sistema e quebra das legítimas expectativas do devedor fiduciante, que confiou na letra clara da Lei nº 9.514/97.

De qualquer forma, há comportamento contraditório do credor fiduciário também em relação à avaliação do imóvel fixado inicialmente no contrato. Conforme estabelecido pelo art. 24, VI, da Lei nº 9.514/97, o próprio contrato que serve de título ao negócio fiduciário

(setecentos) salários mínimos, se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2.º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4.º. (...) As disposições dos parágrafos quinto e sexto deste art. não se aplicam às operações de financiamento não-habitacional e às de autofinanciamento realizadas por grupos de consórcio.” (Ibidem, p. 98). No mesmo sentido: CHALHUB, 2019, p. 321-324; SILVA, 2014, p. 156-159; CASTRO; PIMENTA; CORBO; GARCIA. v. 71, p. 159-176, nov., 2016.

¹⁴ Do TRF da 2ª Região: “6. Os empréstimos de fomento comercial ou industrial, garantidos pela alienação fiduciária imobiliária da Lei nº 9.514/97, não se beneficiam da quitação prevista no art. 27, § 5º, que exonera o devedor que adquiriu a propriedade para fins de moradia, por ser restrita a aplicabilidade da lei, no que couber, aos mútuos de dinheiro de outra natureza.” (Apelação nº 0005976-28.2014.4.02.5101, 6ª T., Rel. Des. Nizete Lobato Carmo, j. em 08.01.2020). No mesmo sentido: TRF-2, Apelação nº 0000001-24.2011.4.02.5006, 6ª T., Rel. Des. Nizete Lobato Carmo, j. em 24.11.2014; TRF-2, Agravo de Instrumento nº 0001175-80.2013.4.02.0000, 7ª T., Rel. Des. José Antonio Lisboa Neiva, j. em 13.03.2013. No mesmo sentido, há julgado do TJSP que assenta que “a regra do art. 26, parágrafo 5º, da L. 9.514/97 deve ser interpretada não de modo literal, mas sim de modo teleológico e afinado com a causa do contrato. Não resta dúvida que o art. 25 da L. 9.514/97 disciplina a excussão dos imóveis cuja propriedade já se encontra consolidada nas mãos do credor fiduciário. Tem especial interesse o parágrafo 5º, que dispõe que caso em segundo leilão não sejam ofertados lances de valor igual ou superior ao valor da dívida, o saldo remanescente da dívida será extinto. Cuida-se de espécie de perdão legal do saldo remanescente da dívida, depois de esgotada a garantia da propriedade fiduciária pela excussão do imóvel. Sucede que, no caso concreto, a propriedade fiduciária teve por objeto não somente um, mas sim três valiosos imóveis nos quais se encontram instaladas fazendas e plantas de usinas de cana de açúcar. A excussão conjunta dos três imóveis rurais, situados em Estados variados da Federação, certamente seria difícil, diante da dificuldade de se encontrar licitante disposto a arrematar as três unidades simultaneamente. Seria reduzida a liquidez dos ativos, em detrimento de credores e devedores. O preceito do art. 26, parágrafo 5º, foi pensado para a hipótese mais comum de propriedade fiduciária, qual seja, o financiamento da casa própria. Sucede que na reforma legislativa de 2.004 a propriedade fiduciária recebeu expressiva ampliação, e passou a servir de garantia para contratos em geral. Houve, por consequência, uma sofisticação dos negócios que passaram a contar com a propriedade fiduciária, que escapam das hipóteses legais. Certos contratos passaram a contar com diversos imóveis em garantia fiduciária simultânea. Em outros casos, determinado imóvel passou a servir de garantia a diversos contratos. [...] O que se extrai da causa do contrato, da complexa operação econômica que entabularam as partes, do volume de crédito concedido, do conjunto de garantias recebidas e das próprias cláusulas contratuais é que a excussão de um dos imóveis não provocaria a extinção da totalidade da dívida e nem a liberação das demais garantias.” (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2034093-33.2015.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 08.04.2015).

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

conterá a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão. Ou seja, a avaliação do bem e a forma de sua atualização são também convencionadas contratualmente.

Contudo, ao se conferir ao credor fiduciário a opção pela via judicial, despreza-se, em última análise, a livre fixação do valor do imóvel convencionada no instrumento de alienação fiduciária para a hipótese de venda em leilão extrajudicial, bem como os critérios igualmente eleitos para sua correção até a data das hastas. No leito do processo judicial, o valor eleito pelas partes para a venda forçada do bem será substituído por aquele resultante da discussão em torno da perícia ali determinada, e, para empiorar, possivelmente atualizado por índice diverso daquele igualmente convencionado pelas partes em contrato.

Este ponto ganha especial relevância na hipótese de depreciação do imóvel, situação em que a opção pela via judicial implicará evidente e grave vantagem ao credor e, por isso, enorme e indevido prejuízo ao devedor.

Ademais, caso seja permitido o ajuizamento de ação de execução de título extrajudicial pelo credor fiduciário, restará suprimido o direito do fiduciante à purgação da mora no prazo de quinze dias da notificação realizada pelo Oficial de Registro de Imóveis, conforme previsto no art. 26, § 1º, da Lei nº 9.514/97.

E, não o bastante, caso o credor opte pela via judicial, o fiduciante ainda suportará o pagamento de imprevista verba a título de honorários advocatícios, porque, ao contrário do que prevê a Lei nº 9.514/97 para a execução extrajudicial, o Código de Processo Civil impõe ao executado o pagamento de honorários advocatícios de, no mínimo, dez por cento sobre o débito exequendo, podendo chegar a vinte por cento deste valor (CPC, art. 827, *caput* e § 2º).¹⁵ Ou seja, a opção do credor pelo processo judicial cria verba honorária imprevista pela Lei especial e, naturalmente, imprevista pelo devedor no momento da contratação da garantia fiduciária.

É extenso, portanto, o rol de prejuízos suportados pelo devedor, porquanto a opção pela via judicial: (i) suprime do fiduciante o direito à purgação da mora no prazo legal mediante notificação específica (art. 26, § 1º); (ii) suprime do fiduciante o direito de ver o imóvel alienado em hasta pelo valor e forma de correção que as partes convencionaram no instrumento, caso não possa purgar a mora (art. 24, VI) e o consequente direito ao

¹⁵ Ao final, este valor poderá significar altíssima monta em termos absolutos, especialmente em operações empresariais garantidas por alienação fiduciária. Em recente julgado do TJSP, divergiu-se sobre a majoração dos honorários em razão do trabalho adicional realizado em grau recursal, decidindo a maioria dos julgadores pela manutenção da fixação realizada em primeiro grau, justamente “em razão de ser bastante elevado o valor [dos honorários] (R\$ 839.892,64)”. (TJSP, Apelação nº 1115913-48.2016.8.26.0100, 37ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro Kodama, j. em 29.08.2017).

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

recebimento do valor que eventualmente sobejar (art. 27, § 4º); (iii) suprime do fiduciante o direito a receber a quitação da dívida, com a consequente extinção da obrigação, caso não haja licitantes no segundo leilão (art. 27, §§ 5º e 6º), sem previsão para continuidade da execução para satisfação do eventual remanescente; além de (iv) impor ao fiduciante imprevista verba a título de honorários advocatícios (CPC, art. 827, *caput*).¹⁶

Mas não é só. Contra a possibilidade de execução judicial do crédito garantido por alienação fiduciária de imóvel constata-se que, diversamente de outros diplomas legais relacionados ao tema, a Lei nº 9.514/97 não previu a via judicial, senão, e às claras, apenas a execução extrajudicial.

Diversamente, o Decreto-Lei nº 70/66 estabelece *expressamente* em seu art. 29 que o credor hipotecário pode optar pela execução judicial ou extrajudicial do crédito. Na mesma senda a Lei nº 5.741/71, que trata da execução do crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, permite *expressamente* ao credor (art. 1º) a opção pela execução pela via judicial ou pelo rito extrajudicial estabelecido pelo Decreto-Lei nº 70/66.¹⁷

Mesma solução já se colhia do Decreto-Lei nº 911/69, que trata da alienação fiduciária em garantia de bem móvel. Concede-se *expressamente* ao credor fiduciário (art. 5º) a opção pela ação executiva direta em detrimento da ação de busca e apreensão do bem móvel.

¹⁶ Não convence, portanto, mantida a mais alta vênua, o argumento segundo o qual “a opção pela via judicial afigura-se, até mesmo, mais vantajoso [sic] ao devedor, por permitir-lhe a apresentação de defesa por meio de embargos, podendo exercer amplamente seu direito de defesa em juízo, inclusive com a produção de provas, se necessário, o que não é possível no âmbito do procedimento extrajudicial. Não há, portanto, nenhum prejuízo ao devedor (...)”. (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2208468-42.2017.8.26.0000, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Thiago de Siqueira, j. em 11.04.2018). O argumento não convence porque ao devedor, ao qual a lei especial já concede largo prazo para purgação da mora (Lei n. 9.514/97, art. 26, § 1º), caberá, como a qualquer contratante, o recurso ao Judiciário na hipótese de defeito ou nulidade do negócio (CC, arts. 138 a 184). Fora daí as partes devem se submeter aos regramentos da lei especial pela qual optaram ao fixarem o valor da dívida (e do imóvel, inclusive para a hipótese de venda forçada em caso de inadimplemento, bem como aquiesceram com o quinquídio para a purgação da mora (prazo que pode ser inclusive alargado mediante consenso). Enfim, anuíram as partes com um conjunto de soluções e sanções ali cuidadosamente construídas pelo legislador em franco obséquio não só à segurança do credor (que contará com a consolidação da propriedade uma vez consumado o prazo legal sem purgação da mora *debendi*) e do próprio devedor (que desde então conhece o valor do bem para a venda forçada à vista de inadimplemento), que se somam à evidente celeridade de rito, dispensando-se, de mais a mais, entre tantos benefícios criados por essa *lex specialis*, o custoso e demorado caminho judicial onde o devedor, de largada, é ainda mais onerado com o despacho judicial que lhe determina o pagamento da dívida. Deveras, “[a]o despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado” (CPC, art. 827, *caput*), percentual que pode ser reduzido à metade, caso o devedor satisfaça a dívida no prazo de três dias (CPC, art. 827, § 1º), solução que não suprime, senão ameniza, a enorme carga onerosa que a via judicial implica ao devedor conforme se desenvolveu até aqui.

¹⁷ Ressalve-se que a execução extrajudicial hipotecária é cabível apenas em negócios celebrados com instituições financeiras e companhias de seguro (art. 10, II, Dec.-Lei nº 70/66) e em negócios para aquisição de imóvel residencial celebrados no Sistema Financeiro da Habitação (SFH) (art. 10, I, Dec.-Lei nº 70/66 e art. 1º, Lei nº 5.741/71) e no Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) (art. 39, II, Lei n 9.514/97). Assim, as hipotecas que garantem as demais obrigações devem ter sua excussão obrigatoriamente através da via judicial. (SILVA, 2014, p. 114).

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

Na Lei nº 9.514/97, porém, o legislador nada disse a respeito da (possibilidade) da via judicial para cobrança do crédito fiduciário.

Ora, tendo o legislador concedido expressamente ao credor a possibilidade de satisfação de seu crédito quer pelo rito *judicial* quer pelo *extrajudicial* em três ocasiões anteriores nas quais tratou de temas correlatos (Decreto-Lei nº 70/66, Decreto-Lei n. 911/69 e Lei nº 5.741/71), mas tendo negado a mesma opção ao credor fiduciário tratado na Lei nº 9.514/97, não cabe ao intérprete inovar em homenagem à garantia constitucional de petição ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXIV, *a*, e XXXV), assim como não se permite esse mesmo e judicial pleito às partes que optaram pela arbitragem (Lei n. 9.307/96, art. 2º), senão, excepcionalmente, à vista de nulidade (*Idem*, art. 33).

Deveras, e não é demais reescrever, quando quis, o legislador dispôs a respeito; quando não quis, guardou silêncio: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Ou seja, o legislador *intencionalmente* não franqueou opção ao credor na hipótese de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, deixando-lhe claro, ao revés, que a propriedade as eu favor deverá ser consolidada, mediante pagamento de ITBI, em caso de inadimplemento.

Enfim, o último argumento oponível à possibilidade de opção do credor fiduciário pela via judicial diz respeito à fraude ao Fisco municipal em razão da falta de recolhimento do ITBI para a consolidação da propriedade do imóvel nas mãos do credor fiduciário (art. 26, § 8º, Lei nº 9.514/97).

Poder-se-ia alegar que a opção do credor se aproximaria à elisão tributária, forma lícita do contribuinte reduzir a dívida tributária aproveitando-se de lacunas ou imperfeições da lei tributária. Segundo a doutrina especializada no tema, “quando o fato econômico puder ser representado juridicamente de mais de uma forma, sem disfarce ou camuflagem, não é vedado ao contribuinte escolher a alternativa que resulte em menor pagamento de tributo” (SEIXAS FILHO, 2006, p, 16) – e nesta escolha consiste a elisão tributária.

Na hipótese analisada, porém, não sendo possível o “fato econômico” (= consolidação da propriedade nas mãos do credor fiduciário, com a conseqüente transferência da propriedade imobiliária e incidência do fato gerador do ITBI) “ser representado juridicamente de mais de uma forma”, porque o sistema jurídico impõe ao credor fiduciante a obrigatoriedade pela via executiva extrajudicial, conclui-se que o credor que opta pela via judicial, inadmissível juridicamente, está fraudando o Fisco municipal, e não realizando ato de elisão tributária.

3.3. OUTROS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS (MAS INADMISSÍVEIS) À POSSIBILIDADE DE OPÇÃO DA VIA JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL PELO CREDOR

Outras duas objeções ainda podem ser opostas à tese favorável à opção pela via judicial ou extrajudicial para satisfação do crédito: a execução judicial (i) viola a vedação do pacto comissório e (ii) pressupõe penhora sobre bem do próprio fiduciário.

Estes dois argumentos, contudo, parecem-nos inadmissíveis.

O primeiro diz respeito à violação da proibição do pacto comissório (CC, art. 1.428) à vista da ordinária possibilidade de adjudicação do bem pelo exequente por valor igual ao da avaliação (CPC, art. 876).

A objeção, porém, é frágil, pois tal como se faz na excussão judicial das garantias reais em geral, como a hipoteca, não se franqueia ao credor adjudicar o bem para si, limitando-se o ato executivo à arrematação em hasta pública do bem dado em garantia. A limitação de direito material, nesta hipótese, confina a expropriação à arrematação do bem, vedada a adjudicação. Assim, seria plenamente possível, não fossem as restrições até aqui vistas, a excussão judicial da alienação fiduciária em garantia de imóvel sem violação à proibição do pacto comissório.

O segundo argumento considera que a penhora do imóvel alienado fiduciariamente em favor do credor configuraria penhora sobre bem próprio, por isso impossível juridicamente.

Para que se possa analisar esta objeção, porém, deve-se proceder previamente a um esboço da natureza jurídica dos direitos surgidos no bojo da alienação fiduciária em garantia.

O credor é proprietário fiduciário, titular de um direito de propriedade resolúvel cujos poderes (de proprietário) são restritos à função de garantia. É, pois, o credor fiduciário titular de direito de propriedade sob condição resolutiva com função de garantia¹⁸.

Duas são as posições doutrinárias sobre a natureza jurídica do direito do devedor fiduciante. Há quem entenda ser o fiduciante titular de propriedade sob condição suspensiva (CHALHUB, 2019, p. 165-166). Há, de outro lado, quem sustente ser o devedor titular de um direito expectativo de natureza real. (ALVES, 1973, p. 140).

Não obstante, seja o fiduciante titular de propriedade sob condição suspensiva, seja titular de um direito expectativo de natureza real, “parece lógico que esse direito possa ser

¹⁸ O proprietário resolúvel tradicional, não fiduciário, tem o direito de administrar e perceber os frutos da coisa (MAZEAUD; MAZEAUD; MAZEAUD, 1978, p. 113), podendo comportar-se como proprietário pleno, porque a limitação é apenas na duração do seu direito (GOMES, 1980), diversamente do proprietário fiduciário, que tem seus poderes restritos à função de garantia.

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

objeto de penhora, sequestro, arresto etc.”¹⁹ Este é o entendimento pacífico da jurisprudência brasileira.²⁰

A partir deste breve e preliminar arcabouço teórico, retorna-se à objeção inicialmente colocada: é impossível, em tese, penhorar o imóvel, que é de propriedade (fiduciária) do credor, em favor do próprio credor.

De fato, o imóvel, em si, é objeto de propriedade do credor fiduciário, não podendo a penhora recair sobre bem próprio logicamente.²¹

Porém, a penhora, embora não possa recair sobre a coisa em si – que, no momento do inadimplemento da obrigação garantida, pertence ao credor -, pode perfeitamente recair sobre o direito do fiduciante, que é, como visto, penhorável.

Com efeito, a penhorabilidade é pacificamente aceita pela jurisprudência brasileira quando o exequente é um credor-terceiro, que não o credor fiduciário. Permite-se, pacificamente e sem margem à dúvida, a penhora do direito do fiduciante em favor de crédito de terceiro.²²

Na situação ora analisada, a única diferença reside na figura do exequente: ao invés de ser um credor-terceiro, o exequente é o próprio credor fiduciário. Parece-nos que é possível, sem maiores dificuldades dogmáticas, a penhora do direito do fiduciante em favor do fiduciário para posterior alienação em hasta pública.²³

¹⁹ Sobre o tema, veja-se, amplamente: JACOMINO, 2005. Quanto à possibilidade de constrição de direito do fiduciante, entendido como propriedade em condição suspensiva, veja-se: CHALHUB, 2019, p. 169-173. Já sobre a possibilidade de constrição de direito do fiduciante, entendido como propriedade em condição suspensiva, veja-se: ALVES, 1973, p. 145; RESTIFFE NETO, 1975, p. 123; MIRANDA, 1983, v. XIV, p. 120.

²⁰ AgInt no REsp. Nº 1.840.635/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. em 16.03.2020; AgInt no REsp. Nº 1.819.448/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. em 03.03.2020; AgInt no AREsp nº 1.654.813/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. em 29.06.2020; AgInt no REsp. Nº 1.782.806/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. em 20.02.2020; REsp. Nº 1.821.115/PI, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª T., j. em 20.02.2020.

²¹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de Título Extrajudicial. Cédulas de crédito bancário. Decisão que indeferiu o pedido do exequente de penhora dos imóveis dados em garantia. Dívida garantida com cláusula de alienação fiduciária. Penhora sobre os bens alienados. Descabimento. Imóveis que já são de propriedade do banco credor. Decisão mantida. Recurso não provido.” (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2217058-71.2018.8.26.0000, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Walter Barone, j. em 30.04.2019).

²² “3. Não se admite a penhora do bem alienado fiduciariamente em execução promovida por terceiros contra o devedor fiduciante, visto que o patrimônio pertence ao credor fiduciário, permitindo-se, contudo, a constrição dos direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária. Precedentes.” (AgInt no AREsp nº 1.654.813/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. em 29.06.2020).

²³ Este foi, inclusive, o entendimento do STJ em recente julgado: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. PEDIDO DE PENHORA DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE EM FAVOR DO PRÓPRIO CREDOR.

1. Controvérsia em torno da possibilidade de penhora do bem alienado fiduciariamente em favor do próprio exequente.

2. Ação de execução de título extrajudicial ajuizada em decorrência do inadimplemento da cédula de crédito bancário, sendo formulado pedido de penhora do próprio bem alienado fiduciariamente.

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

Entretanto, deve-se frisar que, nesta hipótese, recaindo a penhora sobre o direito do fiduciante, será este o objeto de arrematação em hasta pública, não a propriedade do imóvel. É impossível a consolidação da propriedade em âmbito judicial, com a consequente arrematação do bem, em si, em hasta pública, por ausência de disposição legal neste sentido e, mais, por incompatibilidade entre “a dogmática da condição resolutiva à estrutura do processo de execução” (CHALUB, 2004, p. 144). Assim, não há que se falar em arrematação judicial do bem alienado fiduciariamente em hasta pública, mas, sim, precisamente, em arrematação judicial do direito do fiduciante.²⁴

Com a penhora e a arrematação, portanto, a garantia fiduciária não se extinguirá. O arrematante não se tornará, desde logo, proprietário do imóvel, mas, diversamente, titular de

3. Indeferimento pelo juízo singular do pedido de penhora sob o fundamento de que o bem alienado fiduciariamente em favor da parte exequente impossibilita a concessão da medida, pois o bem não integraria o patrimônio do devedor.

4. O acórdão recorrido negou provimento ao agravo de instrumento interposto, ensejando o presente recurso especial da parte exequente.

5. Consoante a jurisprudência do STJ, a intenção do devedor fiduciante, ao afetar o imóvel ao contrato de alienação fiduciária, não é, ao fim e ao cabo, transferir para o credor fiduciário a propriedade plena do bem, como sucede na compra e venda tradicional, mas simplesmente garantir o adimplemento do contrato de financiamento a que se vincula.

6. O presente posicionamento apenas reafirma o entendimento da Terceira e da Quarta Turma desta Corte de que a penhora pode recair sobre o bem dado em garantia no contrato de alienação fiduciária se o credor optar pelo processo executivo (pretensão de cumprimento), ao invés da ação de busca e apreensão (pretensão resolutória).

7. Possibilidade, também na linha de precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, de que, nas hipóteses de pedido de penhora formulado por terceiro de bem objeto de alienação fiduciária, sendo a sua propriedade do credor fiduciário, não se admite a constrição, sendo permitida apenas a penhora dos direitos do devedor fiduciário decorrentes do contrato de alienação fiduciária.

8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.”

(REsp. Nº 1.766.182/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. em 09.06.2020).

Do TJSP: “Cédula de Crédito Bancário. Alienação fiduciária de bem imóvel. Prerrogativa do credor optar pela utilização do procedimento da Lei 9.514/97, ou ainda, valer-se do ajuizamento da ação de execução do débito. Correção de ofício da decisão que deferiu a penhora do imóvel, observado que a constrição deve recair sobre os direitos decorrentes do bem dado em garantia de alienação fiduciária.” (Agravo de Instrumento nº 2049856-98.2020.8.26.0000, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Walter Barone, j. em 19.11.2020). No mesmo sentido: TJSP, Agravo de Instrumento nº 2270981-75.2019.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marino Neto, j. em 30.06.2020.

²⁴ Em interessante julgado sobre o tema, o TJSP anulou decisão que determinava o levantamento de valores oriundos da arrematação de *imóvel* objeto de alienação fiduciária, sob o fundamento de que o objeto da penhora são os *direitos do fiduciante ao imóvel*, e não o imóvel em si: “AGRAVO DE INSTRUMENTO CÉDULA DE CRÉDITO COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. [...]”

3. Verificou-se a opção do credor fiduciário pela execução judicial da dívida, com prejuízo do rito extrajudicial de consolidação da propriedade em seu nome, nos termos da Lei nº 9.514/97.

4. Aparente contradição, ao se permitir a execução, com a penhora e venda do bem imóvel em hasta pública, a despeito de se anotar na matrícula que a constrição alcançava os direitos pessoais da fiduciante; além disso, ao se deferir a preferência do credor trabalhista, aparentemente desconsiderou-se que o credor era o proprietário fiduciário do bem imóvel. [...].

DE OFÍCIO, ANULARAM A DECISÃO AGRAVADA, COM PREJUÍZO DO RECURSO.” (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2168849-03.2020.8.26.0000, 22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Edgard Rosa, j. em 08.10.2020).

direito expectativo sobre a referida coisa. O credor fiduciário continuará, após a arrematação, sendo proprietário fiduciário do bem.

Conclui-se, então, que a eventual opção do credor fiduciário pela execução judicial do imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia consiste, a rigor, na opção pela execução do direito expectativo, e não do imóvel propriamente.

4. NOSSA OPINIÃO

De toda a discussão exposta, extrai-se que o único argumento admissível (e favorável) à possibilidade de o credor fiduciário optar pela execução de seu crédito pela via judicial consiste na garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Sustenta-se que não se pode negar ao fiduciário o acesso ao Judiciário para a satisfação de seu crédito, instrumentalizado em título executivo extrajudicial (CPC, art. 784, V), pois, embora inexista previsão expressa na Lei nº 9.514/97 que o autorize a buscar a satisfação de seu crédito por meio de ação judicial, tampouco se lhe veda essa via.

Em termos estritamente teóricos, cogitados a partir da essência do instituto da alienação fiduciária em garantia de imóvel e *sem* consideração ao regime jurídico estabelecido pela Lei nº 9.514/97, mostrar-se-ia até possível, dogmaticamente, a execução judicial da garantia fiduciária, como assinalado. Nesta hipótese, a penhora recairia sobre o direito do fiduciante, sendo este o objeto de arrematação em hasta pública - incogitada, por outro lado, a consolidação da propriedade no bojo do processo executivo judicial.

Esta possibilidade teórica, porém, encontra obstáculo insuperável na sistemática especial estabelecida pela Lei nº 9.514/97 para a execução do crédito garantido por alienação fiduciária de imóvel.

De fato, são diversos os argumentos contrários à possibilidade de o fiduciário optar pela execução judicial de seu crédito à luz deste regime jurídico-legal especial: (i) a exaustividade da Lei nº 9.514/97, que tratou por completo da matéria, e, portanto, o vinculante critério da especialidade; (ii) a vedação ao comportamento contraditório do fiduciário; (iii) a supressão de diversos direitos do devedor fiduciante (derivada do *venire contra factum proprium*); (iv) a ausência de previsão legal expressa para a execução judicial para satisfação desse tipo de crédito, ao revés da permissão *expressa* (e ao nuto do credor, que poderá eleger a via judicial ou extrajudicial) notada noutros diplomas legais correlatos à matéria, consoante atrás se apontou igualmente; e (v) a fraude ao Fisco municipal em razão da

falta de recolhimento do ITBI para a consolidação da propriedade do imóvel nas mãos do credor fiduciário (art. 26, § 8º, Lei nº 9.514/97).

Assim, diversamente do raciocínio que vem sendo realizado pela doutrina e pela jurisprudência, que se apegam à inafastabilidade da jurisdição e a uma falsa ideia de ausência de ônus para o fiduciante-executado na execução judicial da garantia fiduciária, todos estes argumentos devem ser levados em consideração e sopesados para que se possa chegar a uma adequada conclusão tomando-se em conta, especialmente, o grave prejuízo à segurança das partes, à ruptura da boa-fé e à própria celeridade de rito.

Nesse sentido, parece-nos que, conceder ao credor fiduciário uma prerrogativa capaz de submeter o fiduciante a inúmeros prejuízos, em arrepio ao regime jurídico especial e exaustivo estabelecido pela Lei nº 9.514/97 e em manifesta quebra das legítimas expectativas do fiduciante geradas pelo comportamento inicial do fiduciário, colide frontalmente com o sistema jurídico.

A exaustividade da Lei nº 9.514/97 e o critério da especialidade, somados à ausência de previsão legal expressa de execução judicial, tal como feita em outros diplomas legais correlatos, quando analisados à luz dos direitos específicos que a Lei especial confere ao devedor fiduciante (como o direito à purgação da mora, o direito à quitação recíproca etc.), geram a conclusão de que o legislador estabeleceu - porque assim o quis - um regime jurídico especial e, justamente por isso, inafastável e insubstituível, para a execução extrajudicial da garantia fiduciária imobiliária.

Em outras palavras, tal como redigida a Lei nº 9.514/97 e estabelecido o regime jurídico da alienação fiduciária em garantia de imóvel atualmente, a única conclusão a que se pode chegar é a de que o legislador não conferiu o direito ao credor fiduciário de optar pela via judicial para satisfação de seu crédito. Foi esta a opção legislativa, tomada através de omissão, prevista e intencional, para não permitir ao fiduciário a execução judicial de seu crédito.

5. CONCLUSÕES

A análise da (im) possibilidade de o credor fiduciário, *sponte propria*, optar pelo rito judicial estatuído pelo Código de Processo Civil, em detrimento do rito extrajudicial estabelecido pela Lei nº 9.514/97, envolve questões que vão muito além da garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) à qual não se pode confinar a discussão em apreço, sob pena de se tratar o tema de modo superficial, sem a

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

devida atenção aos diversos e graves prejuízos ao devedor fiduciante que emergem da execução judicial do crédito garantido, conforme se apontou ao longo deste artigo, que tomou em conta os principais argumentos favoráveis e contrários à tese de possibilidade de o credor fiduciário optar pela ação de execução de título extrajudicial.

Ao final da discussão, a conclusão alcançada é a de que o sistema jurídico brasileiro não concede ao credor fiduciário a prerrogativa de se valer da execução judicial para satisfação de seu crédito garantido por alienação fiduciária de imóvel, a despeito das incontáveis demandas para essa finalidade que pupulam o Judiciário. São graves e extensos os prejuízos ao devedor fiduciante acionado em execução aparelhada com o contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel no qual se previram valores (da dívida e do bem) desde logo e com critérios de alteração próprios, diversos daqueles observados no Judiciário (onde a avaliação pericial do imóvel derruba, de pronto, a consensual fixação do valor do bem para a hipótese de venda forçada), sem contar, além do pagamento da perícia ao fim e ao cabo, a inicial determinação para pagamento de honorários advocatícios (inexistentes no rito extrajudicial). E, por fim e para empiorar, além de outras diferenças de rito, a gravíssima continuidade da execução judicial para recebimento (se houver) do saldo do crédito remanescente, porque não satisfeito com o produto da venda forçada, ao revés do previsão contida na lei especial segundo a qual, em franco benefício do devedor (ao qual o credor naturalmente anuiu quando com ele contratou), “[n]o 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” (Lei n. 9.514/97, art. 26-A, § 2º). Todavia, e aqui se nota a parcimônia do legislador a que acedeu o credor ao contratar com ele a garantia fiduciária de bem imóvel, “[s]e, 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” (Idem, art. 26-A, § 5º). Mais até, coroando a proteção e a segurança do devedor: “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” (Idem, art. 26-A, § 6º).

Suficientemente por isso, não obstante a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, que pende favoravelmente à possibilidade de escolha pelo credor entre o rito judicial e o rito extrajudicial, a exaustividade da Lei nº 9.514/97 e o critério da especialidade, a vedação ao comportamento contraditório do fiduciário (e a supressão de diversos direitos do devedor fiduciante que essa contradição provoca), além da ausência de previsão legal expressa à opção pela execução judicial, tal como feita em outros diplomas legais correlatos à

matéria, fazem-nos concluir, com segurança, pela inadmissibilidade jurídica da execução judicial do crédito garantido por alienação fiduciária de imóvel.

6. BIBLIOGRAFIA

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Alienação fiduciária de bem imóvel. O contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica. Características. *Revista de Direito Privado*, v. 2, p. 147-176, abr.-jun., 2000.

ÁVILA, Henrique. *Aspectos processuais da alienação fiduciária de bens móveis e imóveis*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Alienação fiduciária de bem imóvel. *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*, v. 1, jul. -ago., 2004.

BETTI, Emilio. *Teoria Generale delle Obligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953, v. 1.

BRESOLIN, Umberto Bara. *Execução extrajudicial imobiliária: aspectos práticos*. São Paulo: Atlas, 2013.

CASTRO, João Mendes de Oliveira; PIMENTA, Rafael Barud Casqueira; CORBO, Wallace; GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto. Temas polêmicos de alienação fiduciária em garantia: o alcance da quitação recíproca dos §§ 5.º e 6.º do art. 27 da Lei 9.514/97. *Revista de Direito Privado*, v. 71, p. 159-176, nov., 2016.

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis: aspectos da formação, execução e extinção do contrato. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 63, p. 82-111, jul.-dez., 2007.

CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 233. No mesmo sentido: MARIN, João Paulo. Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JACOMINO, Sérgio. Penhora - alienação fiduciária de coisa imóvel: algumas considerações sobre o registro. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 59, p. 194-202, jul.-dez., 2005.

A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO GARANTIDO POR
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL

LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. München: C. H. Beck, 1987, v. 1.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coord. Cezar Peluso. 14. Ed. Barueri: Manole, 2020.

MARIN, João Paulo. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, Léon. *Lecciones de Derecho Civil: derechos reales principales: el derecho de propiedad y sus desmembraciones*. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, v. XIV.

ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973.

RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária: direito e ações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.

SILVA, Fábio Rocha Pinto. *Garantias imobiliárias em contratos empresariais: hipoteca e alienação fiduciária*. São Paulo: Almedina, 2014.

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

SANTANA, Carlos Alberto de. *Algumas considerações sobre os vinte anos da Lei 9.514/97 e as alterações promovidas pela Lei n. 13.465/2017*. In: CAMBLER, Everaldo Augusto et al. (Coord.). *Estatuto fundiário brasileiro: comentários à Lei n. 13.465/17*. São Paulo: Editora IASP, 2018.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A elisão tributária e a interpretação econômica. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 67, p. 7-17, mar.-abr., 2006.