

LEANDRO MARMO
ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA DE
BENS IMÓVEIS

Nulidades e Aspectos Polêmicos
DE ACORDO COM A LEI 14.711/2023

Prefácio

Fernando Gonçalves, ex-Ministro do STJ

Apresentação

Nelson Wilians

2ª edição, revista,
atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Ana Carolina Francisco

Estagiários: Aline Pavanelli e João Victor Sales

Produção Editorial e Equipe de Conteúdo Digital

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Jéssica Viana Bezerra

Analistas de Operações Editoriais: Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade e Patricia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial e ProView: Ana Paula Cavalcanti, Gabriel George Martins, Gabriela Cavalcante Lino, Maria Carolina Ferreira, Maria Cristina Lopes Araujo, Rodrigo Araujo e Victória Menezes Pereira

Estagiária: Rebeca Crespo Rangel

Revisor: Carlos José Martins de Oliveira

Capa: Linotec

Adaptação capa: Ariel Villalba e Cinthia Riveros

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILIA FUREGATO DA SILVA

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Marmo, Leandro

Alienação fiduciária de bens imóveis : nulidades e aspectos polêmicos / Leandro Marmo. -- 2. ed. rev. atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2023.

Bibliografia.

ISBN 978-65-260-1926-9

1. Ação de reintegração de posse 2. Alienação fiduciária 3. Bens imóveis
4. Execução (Direito) 5. Processo civil 6. Processo de execução I. Título.

23-175192

CDU-347.922.6

Índices para catálogo sistemático:

1. Alienação fiduciária de bens imóveis : Direito processual 347.922.6
Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	7
PREFÁCIO	9
APRESENTAÇÃO.....	11
INTRODUÇÃO.....	19
CAPÍTULO I DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL EM GARANTIA.....	25
1. Direito romano	25
2. A <i>common law</i> anglo-americana	26
3. Negócio fiduciário do tipo germânico	30
4. Negócio fiduciário e natureza jurídica	31
5. Conceito e elementos da alienação fiduciária imobiliária em garantia	34
5.1. Da propriedade fiduciária.....	37
5.2. Sujeitos	41
5.2.1. Agente de garantia	41
5.3. Da possibilidade de instituição da garantia fiduciária sucessiva ...	42
6. Da extinção da alienação fiduciária de imóvel em garantia	44
7. Da execução extrajudicial imobiliária fiduciária prevista na Lei 9.514/97 – Aspectos gerais.....	44
8. Análise crítica sobre o direito à informação, publicidade e transparência ao fiduciante na execução extrajudicial imobiliária. A incidência de cláusulas gerais. Da boa-fé e seus deveres	50
CAPÍTULO II – DAS NULIDADES NA CONSTITUIÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA EM GARANTIA	57
1. Da (ausência de) nulidade da constituição de alienação fiduciária de bens imóveis para garantia de empréstimo pessoal, por violação da finalidade social do instituto	57
2. Da união estável e a constituição da alienação fiduciária de imóveis.....	62
2.1. Da exigência da outorga convivencial para constituição válida da garantia	62

2.2.	Da necessidade de intimação do(da) companheiro(a) para purgação da mora e ciência do leilão.....	65
3.	Considerações iniciais sobre a possibilidade de se aplicar analogicamente o entendimento quanto à nulidade da garantia hipotecária, quando o imóvel for considerado bem de família, às hipóteses de constituição de garantia fiduciária sobre bem imóvel.....	66
3.1.	Da nulidade da garantia fiduciária, quando o terceiro garantidor não se beneficiou da obrigação principal.....	69
3.2.	Da nulidade da garantia fiduciária de dívida de pessoa jurídica, sobre bem de família do sócio, que não se beneficiou da obrigação principal.....	72
3.3.	Da impossibilidade de penhorar os direitos aquisitivos do devedor fiduciante sobre o imóvel alienado, quando este for bem de família.....	74
4.	Nulidade absoluta da constituição de uma garantia pessoal – Fiança ou aval, conjuntamente com a alienação fiduciária.....	76
4.1.	Da inutilidade da garantia pessoal.....	76
4.2.	Da suficiência da garantia imobiliária fiduciária nos casos em que há quitação recíproca.....	77
4.3.	Da função social da garantia pessoal.....	79
4.3.1.	Da onerosidade excessiva da constituição da garantia pessoal.....	80
4.4.	Da anulabilidade da garantia pessoal.....	81

CAPÍTULO III – DAS NULIDADES NA EXECUÇÃO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA..... 85

1.	Da necessidade de a intimação ser pessoal e gerar o conhecimento de fato do intimado.....	85
2.	Da necessidade de efetiva ocorrência da mora <i>debetoris</i>	88
2.1.	Nulidade da intimação se houver a cobrança de encargos ilegais (juros remuneratórios e/ou capitalização acima do limite legal) no período de normalidade.....	90
3.	Da nulidade do procedimento por ausência de intimação para purgação da mora e o esgotamento de todos os endereços.....	91
3.1.	A nulidade do procedimento por ausência de intimação para purgação da mora do terceiro garantidor fiduciante.....	94
4.	Da nulidade da intimação quando efetivada somente em parte dos devedores e a questão do mandato recíproco.....	95
4.1.	Da (não) necessidade de intimação do companheiro.....	98
5.	Da ineficácia da notificação para purgação da mora se houver posterior renegociação da dívida.....	99

6.	Da nulidade da intimação para constituição em mora se houver deficiência na planilha e nas informações constantes da notificação	101
6.1.	Nulidade da intimação para constituição em mora em decorrência de erro no nome do credor fiduciário	104
7.	A nulidade da intimação para constituição em mora, nos contratos de compra e venda de imóvel, com alienação fiduciária de imóvel em garantia nos casos do Programa Minha Casa, Minha Vida	105
8.	Das nulidades por intimação postal	106
8.1.	Da intimação recebida por terceira pessoa	107
8.2.	Da nulidade da intimação postal enviada para endereço diverso do fiduciante e recebida por terceiro	109
8.3.	Da nulidade da intimação postal da pessoa jurídica enviada para seu endereço e recebida por quem não seja seu representante legal	110
9.	Da nulidade da intimação por hora certa	112
9.1.	Quando o oficial não certificar a existência de suspeita motivada de ocultação	112
9.2.	Sem o prévio esgotamento das tentativas pessoais	113
9.3.	Ausência de envio de carta	114
10.	Da nulidade da intimação feita no porteiro para que o executado compareça ao cartório	115
11.	Da nulidade da intimação por oficial do cartório se não constar a assinatura do fiduciante nem a certificação de que teria se negado a assinar	116
12.	Nulidades na intimação por edital	117
12.1.	Ausência de esgotamento de todas as tentativas de intimação pessoal	117
12.2.	Nulidades na publicação do edital	121
CAPÍTULO IV – DAS NULIDADES DO LEILÃO EXTRAJUDICIAL		123
1.	Da ausência de intimação do fiduciante do dia, hora e local do leilão	125
1.1.	Antes de 11 de julho de 2017	125
1.2.	Após 11 de julho de 2017	127
1.2.1.	Da presunção de validade da intimação enviada para o endereço eletrônico e físico informado pelo fiduciante na celebração do contrato	128
2.	Da nulidade do leilão extrajudicial pela ausência de intimação do fiduciante, para dele tomar conhecimento com pelo menos 5 dias de antecedência	130
3.	Ausência de intimação do terceiro garantidor	132

3.1.	Ausência de intimação do condômino para ter conhecimento do leilão e poder exercer seu direito de preferência, em condomínio indiviso	133
4.	Da nulidade da publicação do edital de leilão extrajudicial.....	134
4.1.	Ausência de publicação do edital por 3 dias, pelo menos, em jornal de ampla circulação local, obrigação decorrente do contrato	135
4.2.	Vícios na realização e publicação eletrônica do edital de leilão... ..	136
5.	Publicação do edital com tamanho ilegível da letra – ausência de alcance da finalidade da lei.....	137
6.	Da existência de mais de um imóvel alienado fiduciariamente para garantia da mesma obrigação	138
6.1.	Da anulabilidade da venda simultânea de todos os bens quando a venda de parte dos imóveis for suficiente para a satisfação integral da dívida.....	138
6.2.	Anúncio conjunto de vários imóveis, com ausência de informação no site do leiloeiro da identificação individualizada, imagens, valor e viabilização de oferta individual de lance para cada imóvel	142
7.	Ausência de divulgação da imagem e/ou ausência de descrição das características do imóvel que está sendo leiloados.....	143
8.	Arrematação por preço vil.....	147
8.1.	Considerações iniciais.....	147
8.1.1.	Da regra geral estabelecida no art. 27 da Lei nº 9.514/97.....	148
8.1.2.	Da exceção estabelecida no art. 26-A da Lei nº 9.514/97.....	149
8.2.	Da vedação da venda do imóvel no leilão extrajudicial de garantia fiduciária imobiliária, de qualquer tipo de operação, por preço vil.....	150
8.2.1.	Qual o conceito de preço vil e o parâmetro para identificá-lo.....	155
8.2.2.	Da aplicação do art. 891 do CPC em sobreposição à regra prevista no art. 26-A, § 3º, da Lei 9.514/97 quanto ao valor mínimo de venda do imóvel em leilão.....	156
8.3.	Análise crítica dos argumentos apresentados para não se admitir a anulabilidade do leilão extrajudicial de imóvel por preço vil... ..	158
8.4.	Da venda do imóvel por preço vil de forma direta ou por meio de terceiro leilão – se o primeiro e segundo leilões exigidos pela lei forem infrutíferos e já houver ocorrido a consolidação definitiva do imóvel quando o crédito era superior a 50% do valor do imóvel	161
8.5.	Aspectos da “adjudicação compulsória”. Art. 27, § 5º, da Lei 9.514/97.....	162

CAPÍTULO V – QUESTÕES POLÊMICAS ENVOLVENDO A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS.....	169
1. Da (im)possibilidade de purgação da mora no contrato de financiamento imobiliário após a consolidação da propriedade fiduciária até o dia da realização do leilão extrajudicial.....	169
1.1. Considerações iniciais.....	169
1.2. O caso brasileiro. O estado de coisas antes de 2017.....	173
1.3. As alterações da Lei 13.465/2017 e o STJ.....	179
1.4. O marco final para purgação da mora hoje.....	182
2. O adimplemento substancial e a alienação fiduciária de bens imóveis....	185
2.1. Análise da posição do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial.....	192
2.1.1. Alienação fiduciária de bem móvel.....	192
2.1.2. Julgados dos Tribunais de Justiça estaduais sobre alienação fiduciária e a teoria do adimplemento substancial.....	195
3. Da possibilidade de execução judicial do crédito garantido por alienação fiduciária.....	197
3.1. Da impossibilidade de cobrança de eventual saldo remanescente, antes da vigência do art. 27, § 5º-A, da Lei 9.514/97.....	197
4. Da indenização e retenção por benfeitorias.....	200
5. Da validade da cláusula contratual que estabelece, como critério para atualização do valor do imóvel para leilão, apenas o índice de correção monetária definido no contrato.....	203
5.1. Da análise comparativa com o art. 1.484 do Código Civil.....	204
5.2. Dadesnecessidade de se proceder a uma nova avaliação do imóvel no momento do leilão extrajudicial.....	207
6. Análise do duelo entre a aplicabilidade da lei especial e do art. 53 do CDC nos contratos de alienação fiduciária de imóveis. O devedor fiduciante que não consegue pagar todas as parcelas do financiamento tem direito de receber parte das parcelas de volta?.....	210
6.1. Do entendimento de que o art. 53 do CDC é um dispositivo absolutamente inaplicável aos contratos que tenham alienação fiduciária em garantia, devendo prevalecer integralmente o regramento da Lei 9.514/97, sendo irrelevante se o credor fiduciário é o próprio vendedor do imóvel e se a relação é de consumo.....	211
6.2. Do entendimento de que em qualquer tipo de contrato de mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária de bem imóvel que houver relação de consumo deve-se aplicar o art. 53 do CDC, em detrimento do regramento da Lei 9.514/97.....	214
6.3. Do entendimento pacificado pelo STJ no julgamento do recurso repetitivo, Tema 1095.....	216

6.4.	Do direito à restituição de parte das parcelas pagas pelo fiduciante, seja ele consumidor ou não, quando o credor fiduciário for o próprio vendedor do imóvel, ou for cessionário desse	217
6.4.1.	Do negócio jurídico principal (compra e venda) e prevalência das normas que o regulam sobre o contrato de alienação fiduciária em garantia acessório	220
6.4.2.	Da diferença entre o contrato de compra e venda parcelada e o contrato de financiamento/mútuo com garantia imobiliária	221
6.4.3.	Aplicabilidade do art. 53 do CDC nos casos em que, depois de celebrado o contrato de compra e venda de imóvel pronto ou em construção com pacto adjeto de alienação fiduciária, ocorrer a cessão do crédito para alguma instituição financeira	226
7.	Da inconstitucionalidade da execução extrajudicial da Lei 9.514/97	228
7.1	Apontamentos sobre as discussões quanto à inconstitucionalidade da execução extrajudicial da garantia hipotecária do Decreto-Lei 70/66 e da execução extrajudicial imobiliária da Lei 9.514/97 ...	228
7.2.	Da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 30 da Lei 9.514/97, por violação ao art. 5º, XXXV, da CF	232
7.2.1.	Da impossibilidade de se conferir menor possibilidade de defesa ao executado extrajudicialmente	240
8.	Prescrição e a execução extrajudicial de bem imóvel	243
8.1.	Da via adequada para declarar a prescrição e suspender ou anular a execução extrajudicial	246
9.	Dever de reparação por dano imaterial pela violação de direitos do fiduciante em procedimento de excussão da garantia que seja anulado	247
9.1.	Do desvio produtivo do fiduciante que perde tempo útil substancial, na via administrativa e judicial, para suspensão ou anulação de execução extrajudicial eivada de nulidade	247
9.2.	Do dano moral pela excussão extrajudicial da garantia de bem imóvel eivada de vícios	250
	REFERÊNCIAS	255