

Alienação fiduciária de bem imóvel: o direito adquirido à extinção da dívida após o 2º leilão inexitoso, nos contratos pactuados antes da entrada em vigor da Lei nº 14.711/23 (Marco Legal das Garantias).

1 – BREVE INTRODUÇÃO.

Em 31/10/2023 foi publicada e entrou em vigor a Lei 14.711/23, que estabelece o “Marco Legal das Garantias”. Entre as diversas modificações e inovações trazidas pela referida lei no âmbito das garantias reais, este artigo se ocupará especificamente sobre o novo § 5-A do art. 27 da Lei 9.514/97.

Antes da Lei 14.711/23, com exceção das operações pactuadas no Sistema de Consórcio (Lei 11.795/08) e das operações de abertura de limite de crédito reguladas pela Lei 13.476/17 (garantia “guarda-chuva”), o procedimento da execução extrajudicial da garantia de alienação fiduciária de bem imóvel determinava que, se restassem inexitosos os 2 leilões previstos no art. 27 da Lei 9.514/97, a dívida objeto da garantia considerava-se extinta.

Era o que previa¹ o § 5º do art. 27 da Lei 9.514/97: *“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.”*

Com o advento da Lei 14.711/23, além de uma modificação textual no § 5º, que retirou do dispositivo a alusão à extinção da dívida, foi inserido o § 5º-A, com a seguinte redação: *“Se no segundo leilão não houver lance que atenda ao referencial mínimo para arrematação estabelecido no § 2º, o fiduciário ficará investido na livre disponibilidade do imóvel e exonerado da obrigação de que trata o § 4º deste artigo.”*

Diante disso, espera-se que, assim como ocorreu com as modificações realizadas na Lei 9.514/97 pela Lei 13.465/17, o intérprete da lei se deparará com problemas decorrentes da doutrina da irretroatividade das leis, em especial, sobre a incidência (ou não) do § 5º-A do art. 27 da Lei 9.514/97

¹ E ainda prevê o atual art. 26-A, §§ 4º e 5º da Lei 9.514/97 (também incluído pela Lei 14.711/23) para os casos decorrentes de financiamentos para aquisição ou construção de imóvel residencial do devedor, exceto as operações do sistema de consórcio de que trata a Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008.

aos contratos pactuados antes da entrada em vigor da Lei 14.711/23, que inseriu o referido dispositivo no sistema.

Um olhar apressado sobre a questão poderia levar à conclusão precipitada de que a solução para a problemática posta é muito simples, qual seja: a de que os direitos fundamentais representados pelos institutos do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (art. 5º, XXXVI da CF) impõem que o § 5º-A do art. 27 da Lei 9.514/97 só seja aplicado aos contratos pactuados a partir de 31/10/2023, data da entrada em vigor da Lei 14.711/23.

Essa é, de fato, a solução que nos parece correta, à luz dos institutos do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (art. 5º, XXXVI da CF e art. 6º da LINDB), porém, não tão simples como parece.

Diz-se isso porque, ao analisar questão semelhante, envolvendo a doutrina da irretroatividade da lei, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, ao reformar acórdão proferido em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, decidiu que as modificações realizadas na Lei 9.514/97 pela Lei 13.465/17, relativas à purgação da mora, se aplicam aos contratos já vigentes quando da entrada em vigor da nova lei, com algumas ressalvas. É o que se demonstrará no tópico seguinte.

2 – EXPERIÊNCIA PRÉVIA: A INCIDÊNCIA DA LEI 13.465/17 AOS CONTRATOS PACTUADOS ANTES DE SUA ENTRADA EM VIGOR, DE ACORDO COM O STJ.

De acordo com o procedimento previsto no art. 26, §§ 1º e 7º da Lei 9.514/97, tem-se que, vencida e não paga a dívida, a pedido do credor fiduciário, o devedor, ou terceiro fiduciante, será intimado para purgar a mora no prazo de 15 dias, findo o qual a propriedade do bem será consolidada em nome do fiduciário. Embora referidos dispositivos tenham sofrido alterações pontuais de texto ao longo dos anos, o procedimento neles previsto sempre foi o mesmo.

Ocorre que, ainda que ultrapassado o mencionado prazo de 15 dias e consolidada a propriedade do bem em nome do fiduciário, o art. 39, II da Lei 9.514/97², com a redação vigente até antes da entrada em vigor da Lei

² 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.

13.465/17, previa que ao contrato de alienação fiduciária de bem imóvel aplicavam-se as disposições dos artigos 29 a 41 do Decreto-lei nº 70/66.

Por sua vez, o artigo 34 do Decreto-lei nº 70/66 dispõe que é facultado ao devedor, a qualquer momento até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, com os acréscimos legais.

Em razão disso, o entendimento pacífico nas 3ª e 4ª Turmas do STJ era no sentido de ser facultado ao devedor a purgação da mora até o momento da assinatura da carta de arrematação, senão veja-se:

4ª TURMA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL E CONTRATO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. PURGAÇÃO DA MORA EFETUADA POR DEPÓSITO JUDICIAL. POSSIBILIDADE DE REMISSÃO DA DÍVIDA ATÉ LAVRATURA DO AUTO DE ARREMATAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O entendimento da Corte de origem encontra-se em harmonia com a jurisprudência sedimentada neste Sodalício no sentido de ser cabível a purgação da mora pelo devedor, mesmo após a consolidação da propriedade do imóvel em nome do credor fiduciário. 2. **A jurisprudência do STJ, entende "que a purgação pressupõe o pagamento integral do débito, inclusive dos encargos legais e contratuais, nos termos do art. 26, § 1º, da Lei nº 9.514/97, sua concretização antes da assinatura do auto de arrematação não induz nenhum prejuízo ao credor. Em contrapartida, assegura ao mutuário, enquanto não perfectibilizada a arrematação, o direito de recuperar o imóvel financiado, cumprindo, assim, com os desígnios e anseios não apenas da Lei nº 9.514/97, mas do nosso ordenamento jurídico como um todo, em especial da Constituição Federal."** (REsp 1433031/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014) 3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp n. 1.132.567/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe de 6/11/2017.)

3ª TURMA

AGRAVO INTERNO NO 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. PRECEDENTE ESPECÍFICO DESTA TERCEIRA TURMA.

1. **"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). Aplicação subsidiária do Decreto-Lei nº 70/1966 às operações de financiamento imobiliário a que se refere a Lei nº 9.514/1997."** (REsp 1462210/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 25/11/2014)
2. Alegada diversidade de argumentos que, todavia, não se faz presente.
3. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (AgInt no REsp n. 1.567.195/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 13/6/2017, DJe de 30/6/2017.)

Vale ressaltar que, tal entendimento vinha sendo aplicado pelo STJ, inclusive, em julgados realizados anos depois da entrada em vigor da Lei 13.465/17, ainda que sem enfrentamento da questão de direito intertemporal. Nesse sentido: AgInt no AREsp n. 1.366.880/PR, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26/2/2019, DJe de 1/3/2019; AgInt no AREsp n. 1.286.812/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/12/2018, DJe de 14/12/2018.

Pois bem. A Lei 13.465/17 alterou o inciso II do art. 39 da Lei 9.514/97, para retirar a aplicação das normas dos arts. 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70/66 aos contratos de alienação fiduciária de imóveis, mantendo-se tal aplicação *"exclusivamente aos procedimentos de execução de créditos garantidos por hipoteca"*.

Além disso, a Lei 13.465/17 também incluiu o § 2º-B ao art. 27 da Lei 9.514/97, prevendo que *"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 [...]"* e demais encargos incidentes sobre o imóvel.

Portanto, como se pode perceber, a Lei 13.465/17 de fato excluiu a possibilidade de o devedor purgar a mora até a assinatura da carta de arrematação, porém, conferindo-lhe o direito de preferência para adquirir o imóvel até a data da realização do segundo leilão, pelo valor integral da dívida, mais os encargos incidentes sobre o imóvel, direito este que se manteve assegurado pela redação dada ao referido § 2º-B pela Lei 14.711/23.

Ocorre que, a partir de então, deu-se início a controvérsias e divergências jurisprudenciais no tocante à incidência da lei nova, ou seja, do novo inciso II do art. 39 da Lei 9.514/97, sobre os contratos pactuados sob a égide da lei anterior, o que implicaria na possibilidade ou não, de purgação da mora até a data da arrematação.

Em razão disso, em 10/12/2018, o TJSP admitiu a instauração de Incidente de Resolução de Demandas (IRDR) sobre o tema. O referido IRDR foi julgado em 25/11/2019, porém, o respectivo acórdão foi publicado apenas em 21/01/2022.

Naquela oportunidade, o TJSP definiu a seguinte tese: *"A alteração introduzida pela Lei nº 13.465/2017 ao art. 39, II, da Lei nº 9.514/97 tem aplicação restrita aos contratos celebrados sob a sua vigência, não incidindo sobre os contratos firmados antes da sua entrada em vigor, ainda que constituída a mora ou consolidada a propriedade, em momento posterior ao seu início de vigência".*³

A instituição financeira sucumbente (Banco Santander) e diversas entidades que atuam em defesa dos interesses de credores fiduciários (ABECIP⁴, ABRAINCS⁵, FEBRABAN⁶ e SECOVI-SP⁷) interpuseram Recurso Especial contra o referido acórdão do IRDR, que foi autuado no STJ sob o nº 1.942.898/SP⁸. Em 09/06/2021, o então Presidente da Comissão Gestora de Precedente, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, qualificou os Recursos Especiais como representativos da controvérsia e, em 11/10/2021, determinou a distribuição do

³ TJSP, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2166423-86.2018.8.26.0000; Relator (a): Bonilha Filho; Órgão Julgador: Turma Especial - Privado 3; Foro Regional I - Santana - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/11/2019; Data de Registro: 21/01/2022.

⁴ Associação das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança.

⁵ Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias.

⁶ Federação Brasileira de Bancos.

⁷ Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo.

⁸ STJ, REsp n. 1.942.898/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 23/8/2023, DJe de 13/9/2023.

processo "com fundamento no art. 256-D, inciso II, e 256-H do RISTJ, c/c o inciso I do art. 2º da Portaria STJ/GP n. 98, de 22 de março de 2021 (república no DJe de 24 de março de 2021)".

O processo foi distribuído ao Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva que, considerando não estar devidamente madura a discussão sobre matéria no âmbito do STJ, "sobretudo porque carece de pronunciamento colegiado no âmbito da Quarta Turma sobre o mérito da questão repetitiva", nos termos do art. 256-E, I, do RISTJ, rejeitou a indicação dos recursos especiais para julgamento pelo rito dos recursos repetitivos e determinou a conclusão dos autos para julgamento no âmbito da 3ª Turma.

Posteriormente, vislumbrando o caráter impositivo do efeito vinculante do julgamento do recurso especial interposto contra acórdão que julga o mérito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, a 3ª Turma afetou o caso à 2ª Seção do STJ para julgamento.

Tendo em vista que, naquele caso concreto, a consolidação da propriedade havia ocorrido em 14/05/2018 – portanto, após a entrada em vigor da Lei 13.465/17 -, o STJ definiu que "O propósito recursal cinge-se a definir a possibilidade de purgação da mora, nos contratos de mútuo imobiliário com pacto adjecto de alienação fiduciária, submetidos à Lei nº 9.514/1997 com a redação dada pela Lei nº 13.465/2017, nas hipóteses em que a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário ocorreu na vigência da nova lei".

Na fundamentação do referido v. acórdão, reconheceu-se a ausência de precedentes específicos sobre a questão no âmbito da 4ª Turma. Entretanto, tomou-se como ponto de partida para a conclusão a ser adotada, o fato de que a 3ª Turma já possuía entendimento consolidado sobre a matéria, que foi inaugurado por ocasião do julgamento do REsp nº 1.649.595/RS⁹, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, ocorrido em 13/10/2020, em que restaram fixadas as seguintes teses: "i) antes da entrada em vigor da Lei n. 13.465/2017, nas situações em que já consolidada a propriedade e purgada a mora nos termos do art. 34 do Decreto-Lei n. 70/1966 (ato jurídico perfeito), impõe-se o desfazimento do ato de consolidação, com a conseqüente retomada do contrato de financiamento imobiliário; ii) a partir da entrada em vigor da lei

⁹ STJ, REsp n. 1.649.595/RS, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/10/2020, DJe de 16/10/2020.

nova, nas situações em que consolidada a propriedade, mas não purgada a mora, é assegurado ao devedor fiduciante tão somente o exercício do direito de preferência previsto no § 2º-B do art. 27 da Lei n. 9.514/1997.”

Desse modo, ao dar provimento aos Recursos Especiais do Banco Santander, da ABECIP, da ABRAINC, da FEBRABAN e do SECOVI-SP, o v. acórdão proferido pela 2ª Seção do STJ embasou-se, em suma, nos seguintes fundamentos:

Com efeito, a Lei nº 13.465, de 11/7/2017, introduziu o § 2º-B no art. 27 da Lei nº 9.514/1997, positivando o direito de preferência ao devedor fiduciante na aquisição do imóvel objeto de garantia fiduciária, a ser exercido após a consolidação da propriedade e até a data em que realizado o segundo leilão.

Assim, na esteira dos julgados supracitados, com a entrada em vigor da nova lei, não mais se admite a purgação da mora após a consolidação da propriedade em favor do fiduciário.

Na hipótese vertente, tendo sido proposta apenas em 13/6/2018 a demanda objetivando a suspensão do leilão (designado para o dia 28/6/2018), após, portanto, a consolidação da propriedade do bem em nome do credor fiduciário, ocorrida em 14/5/2018, não mais se afiguram aplicáveis as disposições do Decreto-Lei nº 70/1966, descabendo ao devedor fiduciante a purgação da mora, mas apenas o exercício do direito de preferência na aquisição do bem objeto da propriedade fiduciária.

Como visto, o STJ entendeu que o marco temporal divisório, em que passam a incidir as alterações promovidas pela Lei nº 13.465/17, seria a data da consolidação da propriedade. No entanto, tal conclusão não pode ser transportada para a análise da incidência do § 5º-A, do art. 27 da Lei 9.514/97 (que é o objeto de estudo deste artigo) aos contratos pactuados antes da sua entrada em vigor (que se deu com a Lei 14.711/23), nem mesmo se se considerar como marco temporal divisório o término do 2º leilão previsto no referido art. 27. É o que se passa a demonstrar, fundamentadamente.

3 – DA ANÁLISE DA QUESTÃO À LUZ DA DOCTRINA DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS, DO ATO JURÍDICO PERFEITO E DO DIREITO ADQUIRIDO: A NORMA DO §

5º-A DA LEI 9.514/97 DEVE INCIDIR SOMENTE NOS CONTRATOS PACTUADOS APÓS 31/10/2023.

Como visto no tópico anterior, ao julgar o REsp nº 1.942.898/SP, que reformou o acórdão do TJSP proferido em sede de IRDR, a 2ª Seção do STJ acabou seguindo o entendimento que havia se consolidado na 3ª Turma e cuja tese fora firmada no acórdão do REsp nº 1.649.595/RS, nos seguintes termos:

i) antes da entrada em vigor da Lei n. 13.465/2017, nas situações em que já consolidada a propriedade e purgada a mora nos termos do art. 34 do Decreto-Lei n. 70/1966 (ato jurídico perfeito), impõe-se o desfazimento do ato de consolidação, com a consequente retomada do contrato de financiamento imobiliário; ii) a partir da entrada em vigor da lei nova, nas situações em que consolidada a propriedade, mas não purgada a mora, é assegurado ao devedor fiduciante tão somente o exercício do direito de preferência previsto no § 2º-B do art. 27 da Lei n. 9.514/1997.

Primeiramente, cumpre ressaltar que, no caso concreto objeto do REsp nº 1.649.595/RS, a consolidação da propriedade e a purga da mora haviam ocorrido no ano de 2015, portanto, ainda antes da entrada em vigor da Lei 13.465/17. No que diz respeito à purga da mora, o que de fato estava em jogo naquele recurso era se, após a consolidação da propriedade, o devedor deveria quitar a integralidade da dívida – tal como decidido no acórdão recorrido – ou se bastaria o pagamento das verbas em atraso, tal como previsto no art. 34 do Decreto-lei nº 70/66.

Frise-se que o acórdão recorrido, do TRF da 4ª Região (Apelação Cível nº 5011240-55.2015.4.04.7200/SC), foi proferido em 03/05/2016, portanto, antes da entrada em vigor da Lei 13.465/17. Logo, naquele caso não poderia sequer haver controvérsia sobre a incidência da Lei 13.465/17 aos contratos pactuados antes da sua entrada em vigor.

Desse modo, afigura-se inadequada, naquele caso, a definição de tese jurídica (que acabou ganhando contornos prospectivos, como visto) sobre questão que não fora objeto de controvérsia naquele processo, tal como a prevista na tese do item “ii” da ementa do acórdão do REsp nº 1.649.595/RS, que trata de situações ocorridas após a entrada em vigor da Lei 13.465/97 e da sua incidência em contratos pretéritos, isto é, pactuados antes da sua entrada

em vigor. Mais acertadamente teria agido a Corte Superior se a tese a ser firmada naquele acórdão ficasse limitada àquela prevista no item "i" da ementa, que de fato englobava a questão objeto da controvérsia no caso concreto.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas asseveram que *"O conceito de tese jurídica também deve ser analisado e compreendido, até porque, do estudo desse fenômeno podem decorrer diretrizes relevantes sobre quando essas teses devem ser redigidas. **A nosso ver, no direito brasileiro atual, posterior ao Código de 2015, tem havido certo abuso na identificação das hipóteses em que deve haver a redação dessas teses,** somado à crença de que a obediência aos precedentes pode se dar, e ser controlada, de maneira quase automática.*

As teses, na verdade, devem ser o resumo da decisão do caso concreto. [...] são elementos facilitadores do funcionamento do sistema de precedentes, mas, realmente, só podem ser levadas a sério, funcionando como um elemento quase autônomo, nos casos em que o sistema de precedentes desempenha o papel de resolver o problema da litigância de massa".¹⁰

O fato de o caso concreto não dizer respeito a eventual incidência da Lei 13.465/17 aos contratos pactuados antes de sua entrada em vigor, além de tornar inapropriada a redação de tese jurídica abstrata em sede de Recurso Especial, certamente foi o motivo pelo qual não se tem uma *ratio decidendi* referente à tese de que *"ii) a partir da entrada em vigor da lei nova, nas situações em que consolidada a propriedade, mas não purgada a mora, é assegurado ao devedor fiduciante tão somente o exercício do direito de preferência previsto no § 2º-B do art. 27 da Lei n. 9.514/1997."*

A fixação de tese nesse sentido, s.m.j., deveria ser precedida de ampla fundamentação fulcrada na doutrina da irretroatividade das leis, bem como com o enfrentamento da matéria relativa aos princípios e garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, tudo com os olhos voltados aos direitos fundamentais da moradia, da propriedade e ao princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, 5º, XXXVI, XXII e 6º, da CF), especialmente pelo grande impacto social causado pela tese.

¹⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial e recurso extraordinário*. 7 ed. São Paulo: RT, 2023, p. 332-333.

Não obstante, observa-se que, sobre a matéria, o acórdão limitou-se a consignar que:

Infere-se, assim, que, com a entrada em vigor da nova lei, não mais se admite a purgação da mora após a consolidação da propriedade em favor do fiduciário.

Não se olvide, ademais, que a lei nova é dotada, em regra, de efeito prospectivo, não alcançando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 6º, caput, da LINDB), considerando-se "ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou" (art. 6º, § 1º).

Resta claro, portanto, que não há *ratio decidendi* que justifique a redação da tese do item "ii" da ementa daquele acórdão que, além de não prestigiar a segurança jurídica, dá ensejo a situações de indesejável desigualdade entre mutuários que, antes de 2017, firmaram contratos de alienação fiduciária; ficaram inadimplentes e viram a propriedade do imóvel objeto da garantia ser consolidada em nome do credor fiduciário; porém, apenas por terem buscado purgar a mora em datas distintas (antes e depois do dia 12/07/2017), um terá o contrato restabelecido e o outro perderá definitivamente o imóvel.

Não bastasse isso, observa-se que todos os acórdãos posteriores da 3ª Turma, que foram mencionados no acórdão proferido pela 2ª Seção no REsp 1.942.898/SP (que reformou o acórdão do IRDR do TJSP), simplesmente adotaram aquela tese firmada no acórdão do REsp nº 1.649.595/RS, sem qualquer fundamentação sobre a doutrina da irretroatividade das leis, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. E foram esses acórdãos, frise-se, que embasaram a conclusão adotada pela 2ª Seção no julgamento do REsp 1.942.898/SP. Ou seja, a tese de que a Lei 13.465/17 se aplica aos contratos pactuados antes de sua entrada em vigor, ainda carece de *ratio decidendi*.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, atentos a essa problemática, alertam: "*O fato é, entretanto, que teses são redigidas, em muitos casos em que a complexidade da questão fática subjacente ao processo, bem como a da questão jurídica não podem ser adsorvidos integralmente por um curto enunciado normativo. [...]*"

Ademais, não podemos nos esquecer de que o tribunal estará julgando um recurso, e não pode, por isso, apontar a ratio de uma forma quase abstrata, sugerindo que o precedente deva aplicar-se a outros casos análogos,

porque essa função é do juiz que vai aplicar o precedente: cabe a ele encontrar a razão determinante do precedente aplicado. [...]

Todas essas observações são importantes para que se perceba que o sistema de precedentes não subtraiu, nem ao juiz, nem ao tribunal de 2º grau, o poder-dever de interpretar o acórdão que gerou o precedente que talvez deva ser seguido, para saber se é à luz da ratio decidendi desse acórdão que o juiz ou o Tribunal devem mesmo decidir a causa que estão apreciando. Ou se, na verdade, o precedente não deve ser obedecido, porque sua ratio não se aplica ao caso...

*Normalmente, o juiz ou o Tribunal terão, diante de si, uma tese. Mas, se não se tratar de uma tese que diga respeito a casos repetitivos ou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ou seja, daquelas hipóteses em que a aplicação da tese seria quase 'automática', ao caso que eles estão julgando (porque se está diante de casos que são resolvidos com um sim ou com um não), apesar de existir uma tese, **devem os julgadores ler o acórdão que lhes deu origem, identificar a ratio e, com base nela, decidir e, eventualmente, não aplicar a tese!***

Isso significa que, na verdade, os juízes e os desembargadores não aplicam, propriamente, a tese para decidir seus casos [...] Eles decidem, isto sim, à luz da ratio e cabe a eles identificá-la".¹¹

Outrossim, ressalta-se que, o acórdão proferido pelo TJSP no IRDR, por sua vez, trouxe fundamentação específica sobre a justificar a conclusão de que a Lei 13.465/17 só seria aplicável aos contratos pactuados após a sua entrada em vigor. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho da fundamentação do voto vencedor do relator sorteado, Desembargador Bonilha Filho:

Respeitadas as opiniões em contrário, entendo, 'data venia' que a alteração na Lei nº 9.514/97, que veda a aplicação das normas relativas ao Decreto-lei nº 70/66, aos casos de execução da garantia fiduciária de imóvel, não tem aplicação aos contratos celebrados na vigência da lei antiga, valendo a regra sobre a purgação da mora, vigente à época da celebração do contrato.

A propósito, impende mencionar lição do mestre Agostinho Alvim:

“Qual a lei reguladora da mora, no caso de direito intertemporal?
Celebrado o contrato, deve entender-se que as partes sujeitaram

¹¹ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial e recurso extraordinário*. 7 ed. São Paulo: RT, 2023, p. 333-335.

os casos omissos à norma vigente, a qual deve ser tomada como cláusula contratual, porque ela foi tacitamente aceita, como poderia ter sido rejeitada (cf. René Capitant, L'Illicite, vol. I, pág. 71). Ora, se as partes, ao contratar, adotaram a norma como cláusula do contrato, a lei nova não a poderá revogar como tal, mas tão-somente como norma. Não poderá revogá-la como cláusula supletiva, porque seria prejudicar o ato jurídico perfeito. E a Constituição de 1946 proibiu o efeito retroativo da lei (art. 414, § 3º), mudando, em boa hora, a orientação impolítica da Carta de 1937 e do art. 6º, 2ª parte, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. A constituição de 1969, art. 153, § 3º, seguiu esta mesma orientação. Nessa conformidade, a lei reguladora da obrigação é a vigente ao tempo em que se celebrou o contrato (cf. Serpa Lopes, Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil, Vol. II, nº 124). (In: Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, p. 35-36).”

Assim, em que pesem as considerações tecidas no voto do eminente Relator sorteado, Des. Andrade Neto, minha posição é pela manutenção do entendimento que vinha sendo adotado, unanimemente, pela C. 26ª Câmara de Direito Privado, a qual integro, no sentido da inaplicabilidade das alterações promovidas pela Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, relativas à purgação da mora, aos contratos celebrados antes da sua entrada em vigor, não se admitindo a sua retroação, para prejudicar o devedor que prestou a garantia, ainda sob o regime jurídico anterior.

Dessas lições, conclui-se que a tese firmada pela 2ª Seção do STJ no julgamento do REsp nº 1.942.898/SP: a) poderá deixar de ser aplicada por juízes e desembargadores (porque não há *ratio decidendi*) em casos envolvendo a incidência da Lei 13.465/17 aos contratos pactuados antes da sua entrada em vigor; b) não poderá servir como fundamento para se aplicar a Lei 14.711/23 (em especial, o § 5º-A que foi inserido ao art. 27 da Lei 9.514/97) aos contratos anteriores à sua vigência.

Com efeito, outros fundamentos para a inaplicabilidade da Lei 13.465/17 aos contratos pactuados antes da sua entrada em vigor, bem como para a superação e inaplicabilidade da tese firmada pela 2ª Seção do STJ no julgamento do REsp nº 1.942.898/SP serão objeto de estudo em outra oportunidade.

Adiante, tratar-se-á especificamente sobre a inaplicabilidade do § 5º-A, do art. 27 da Lei 9.514/97 aos contratos pactuados antes da sua entrada em vigor (que se deu com a Lei 14.711/23).

Pois bem. Segundo a lição de Caio Mário da Silva Pereira, "A alienação fiduciária é um contrato: a) bilateral, porque gera obrigações para o alienante e o adquirente; b) oneroso, porque beneficia a ambos - proporcionando instrumento creditício ao alienante, e, assecuratório ao adquirente; c) acessório, uma vez que sua existência jurídica subordina-se à da obrigação garantida, cuja sorte segue; d) formal, porque há de constar sempre de instrumento escrito (público ou particular)".¹²

Embora acessório, o contrato de alienação fiduciária em garantia, assim que devidamente formalizado e assinado pelas partes, trata-se de contrato perfeito e acabado (ato jurídico perfeito) no que diz respeito ao seu objeto (propriedade fiduciária), com todos os direitos e obrigações, previstos em lei e no contrato, incorporados no patrimônio do contratante (direito adquirido).

Dito isso, nos parece muito claro que, o devedor fiduciante que assinou contrato de alienação fiduciária em garantia antes da entrada em vigor do § 5º-A, do art. 27 da Lei 9.514/97 (inserido pela Lei 14.711/23), incorporou em seu patrimônio, independentemente de previsão contratual, o direito de ver quitada a dívida após a realização do 2º leilão extrajudicial, mesmo que inexitoso, tal como previa o § 5º do referido dispositivo legal, *in verbis*: "§ 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."

O 2º leilão inexitoso, portanto, tratava-se de uma condição resolutiva de extinção da dívida garantida pelo imóvel alienado fiduciariamente. O § 5º do art. 26-A da Lei 9.514/97 (também incluído pela Lei 14.711/23) corrobora essa afirmação ao dispor que "A extinção da dívida no excedente ao referencial mínimo para arrematação **configura condição resolutiva inerente à dívida [...]**".

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, vol. IV, direitos reais. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 374

Portanto, nos termos do art. 6º, § 2º da LINDB¹³, o devedor fiduciante que contratou antes da entrada em vigor da Lei 14.711/23, possui direito adquirido de ter sua dívida quitada, caso não haja arrematante nos 2 leilões extrajudiciais, previstos no art. 27 da Lei 9.514/97.

Nesse sentido são os ensinamentos de Caio Mário da Silva, para quem o direito adquirido, "*São direitos que o seu titular ou alguém que por ele possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixado ou condição preestabelecida; inalterável ao arbítrio de outrem. São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio de seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para seu exercício, **sejam ainda os subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem***".¹⁴

Para Zeno Veloso, "*a lei é irretroativa no sentido de que não pode voltar-se para o tempo anterior e reger casos pretéritos que já estejam acobertados pelo direito adquirido. Fora disso, a lei em vigor tem efeito imediato e geral, regula o que encontra, o que vai ocorrer futuramente, inclusive o que vem do passado, se o que vem da época antecedente não é direito adquirido (utilizada, aqui, a expressão, em sentido lato, abrangendo as duas outras figuras, de ato jurídico perfeito e de coisa julgada)*".¹⁵

Tendo em vista que, desde a entrada em vigor da Lei 9.514/97, o devedor fiduciante tem direito à extinção da dívida, após o 2º leilão restar inexitoso, não é muito difícil concluir que tal direito, ao menos em grande parte dos casos, foi fundamental para que o devedor aceitasse alienar fiduciariamente o imóvel em garantia da dívida, pois, como ressaltam Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, "*[...] trata-se do ponto mais virtuoso do novo sistema legal, que funciona como atrativo tranquilizador ao financiado e aos coobrigados, pela segurança de que ao menos não serão estrangulados pelo 'fantasma' do saldo*

¹³ Art. 6º, § 2º, do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB). A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, vol. I, introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 105.

¹⁵ VELOSO, Zeno. Comentários à lei de introdução ao código civil. 2 ed. Belém: Umuama, 2006, p. 133.

*devedor, exonerados que estão ex lege desse temível resíduo exacerbado, que passa a integrar o risco da atividade do credor fiduciário, o que, noutros sistemas, completava a infelicidade dos inadimplentes e seus garantes”.*¹⁶

Sendo assim, em reforço à tese de que, após o 2º leilão inexitoso, a extinção da dívida configura direito adquirido do fiduciante que contratou antes da entrada em vigor da Lei 14.711/23, pode-se recorrer até mesmo à teoria da base do negócio jurídico, sob os aspectos subjetivo e objetivo, que tem sua origem e fundamento no princípio da boa-fé objetiva.

*Sobre o tema, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que "Por base objetiva do negócio deve-se entender todas as circunstâncias fáticas e jurídicas que os contratantes levaram em conta ao celebrar o contrato, que podem ser vistas nos seus aspectos subjetivo e objetivo. **A base subjetiva do negócio compreendes representações (Vorstellungen) nas quais as partes assentaram seu acordo. A base objetiva do negócio compreende 'os condicionalismos naturalmente pressupostos pelas partes, sem disso terem consciência, como a manutenção da legislação** ou do sistema econômico'.*

*Por isso, por causa desses elementos objetivamente considerados, quando doutrina alemã construiu e delineou a teoria da base objetiva do negócio, como evolução das teorias da pressuposição e da imprevisão (fundada na cláusula rebus sic stantibus), esta última legada pelo direito romano, fez com que os negócios jurídicos pudessem ser vistos como celebrados com maior precisão, quanto aos aspectos objetivos da proporcionalidade das prestações e, nesse sentido, deles se pudesse extrair maior carga de eficácia e, conseqüentemente, **de segurança para as partes, principalmente.***

Ao se referir a doutrina à teoria da base do negócio jurídico, se quer apontar para um fundamento extrínseco ao contrato que lhe serve de suporte existencial e fenomenológico, a sustentar a sua juridicidade. Ou seja, contratos se celebram tendo em vista determinadas circunstâncias, externas ao acordo, que são de certo modo pressupostas - daí se falar, sob ângulo subjetivo, da presença de uma pressuposição, como condição não plenamente desenvolvida. Mas, aqui, essas circunstâncias são objetivas, ou seja, não dependem nem da vontade das partes, nem da percepção que as partes porventura tenham ou

¹⁶ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 169.

possam ter dessas mesmas circunstâncias. **São um apoio da declaração de vontade, isto é, a declaração repousa sobre elas sem que necessariamente a elas tenha de fazer referência expressa**".¹⁷

Não parece restar dúvidas, portanto, de que o direito de extinção da dívida, após a realização do 2º leilão inexitoso, tal como previsto na redação original do § 5º do art. 27 da Lei 9.514/97, trata-se de direito adquirido, definitivamente incorporado ao patrimônio do fiduciante. Assim, ainda que a consolidação da propriedade ou o 2º leilão inexitoso tenha ocorrido sob a égide da Lei 14.711/23, não poderá o credor cobrar eventual saldo remanescente do devedor, com base no § 5-A do referido dispositivo legal, sob pena de ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI da CF e art. 6º, §§ 1º e 2º da LINDB).

3 – CONCLUSÃO.

De acordo com os fundamentos expostos ao longo deste artigo¹⁸, pode-se concluir que, o direito de extinção da dívida garantida por alienação fiduciária de bem imóvel, após a realização do 2º leilão inexitoso, deverá ser assegurado a todos os fiduciantes que firmaram o contrato sob a égide da redação original do § 5º do art. 27 da Lei 9.514/97, independentemente de ter a consolidação da propriedade ou mesmo a realização do 2º leilão ocorrido sob a égide da Lei 14.711/23.

Trata-se de solução que prestigia a segurança jurídica, o princípio da igualdade e presta deferência à doutrina da irretroatividade das leis que, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., "*serve ao valor da segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos. Essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de*

¹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil, vol. II*. 3 ed. São Paulo: RT, 2022, p. 591-592.

¹⁸ Boa parte desses fundamentos também serve para embasar a superação da tese firmada no REsp nº 1.942.898/SP e corroborar a conclusão adotada pelo TJSP no IRDR nº 2166423-86.2018.8.26.0000, no sentido de que ao devedor fiduciante, que firmou o contrato de alienação fiduciária em garantia antes da entrada em vigor da Lei 13.465/17, fica assegurado o direito de purgar a mora até a assinatura da carta de arrematação, tal como previa o art. 39, II da Lei 9.514/97, independentemente de a consolidação da propriedade ter ocorrido após a entrada em vigor da Lei 13.465/17. Tais questões, no entanto, serão objeto de estudo futuro.

*perturbação social. Seu fundamento é ideológico e reporta-se à concepção liberal do direito e do Estado.”*¹⁹

Sobre o Autor: Hélio Ricardo Diniz Krebs é advogado, fundador do Diniz Krebs Advocacia e Consultoria, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Presidente da Comissão de Direito Bancário do Instituto dos Advogados de Santa Catarina – IASC e Secretário da Comissão de Processo Civil da OAB/SC.

Como citar este artigo: DINIZ KREBS, Hélio Ricardo. *Alienação fiduciária de bem imóvel: o direito adquirido à extinção da dívida após o 2º leilão inexitoso, nos contratos pactuados antes da entrada em vigor da Lei nº 14.711/23 (Marco Legal das Garantias)*. Instituto dos Advogados de Santa Catarina: artigos e publicações periódicas. Comissão de direito bancário. JAN-2025.

Disponível em: https://iasc.org.br/2025/01/alienacao-fiduciaria-de-bem-imovel-o-direito-adquirido-a-extincao-da-divida-apos-o-2o-leilao-inexitoso-nos-contratos-pactuados-antes-da-entrada-em-vigor-da-lei-no-14-711-23-marco-legal-das-garantia?fbclid=PAZXh0bgNhZW0CMTEAAaYOTod81FnSU-BqRVmWVdx8m5LhfJe3U57CtZo7wxPLXmfoyzblBG2svOs_aem_cZM-uGICLKqNuUZxS9QPaA

¹⁹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 248.