**A EXCUSSÃO EXTRAJUDICIAL DECORRENTE DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: DUAS IMPORTANTES QUESTÕES**

**Marcos Pitanga Ferreira[[1]](#footnote-1)**

**Thaís Ghelfi Dall’ Acqua[[2]](#footnote-2)**

1. **Introdução**

A alienação fiduciária em garantia constitui espécie de negócio jurídico fiduciário, por meio do qual uma das partes (o fiduciante) transfere a propriedade de uma coisa móvel ou imóvel à outra (o fiduciário), em garantia do pagamento de determinado débito. É transferido ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta do bem, sendo mantida a posse direta com o devedor.

Acaso adimplida a obrigação, o credor perde a propriedade resolúvel, que retorna ao fiduciante. Diz-se propriedade resolúvel, pois ela se extingue com o pagamento do débito pelo fiduciante/alienante. Em outras palavras, o pagamento é a condição resolutiva da propriedade do credor fiduciário.

Por outro lado, em caso de inadimplemento, a propriedade é consolidada em nome do credor, que, por força da vedação do pacto comissório, deve realizar a venda do bem para que o seu crédito possa ser pago com o produto da venda.

Não é dado ao credor, com efeito, ficar com o bem dado em garantia. A função da garantia fiduciária é, como o nome diz, garantir[[3]](#footnote-3) uma obrigação. A proibição do pacto comissório é norma de ordem pública[[4]](#footnote-4), que não pode ser afastada sequer pela disposição de vontade das partes.

Afinal, tal como o penhor, a anticrese ou mesmo a hipoteca, a alienação fiduciária é garantia real, conforme leciona José Carlos Moreira Alves:

“os direitos reais – seja o mais amplo deles, a propriedade; seja qualquer dos direitos reais limitados de gozo, como, por exemplo, o usufruto – podem servir, desde a criação no direito moderno dos negócios fiduciários do tipo romano ou do tipo germânico, de garantia a um crédito, enquadrando-se na categoria que Pontes de Miranda, inspirando-se em autores alemães, denominou *direitos reais em garantia*, para distingui-la da dos tradicionais *direitos reais de garantia*, que são o penhor, a anticrese e a hipoteca, isto é, direitos reais limitados ou direitos reais sobre coisa alheia”[[5]](#footnote-5).

O instituto, no Brasil, foi introduzido pela Lei nº 4.728/65. Quatro anos depois, foi editado o Decreto nº 911/69, que alterou a redação do art. 66 e previu mecanismos processuais para a célere obtenção do bem garantido. As leis em apreço tratavam da alienação fiduciária de bens móveis. Apenas em 1997, com a Lei nº 9.514, foi que o país passou a contar com a regulação da alienação fiduciária de bem imóvel.

O Código Civil de 2002 também trata da propriedade fiduciária em capítulo próprio, traçando os contornos do instituto nos arts. 1.361 a 1.368. O regramento civil é bastante claro ao informar que *“vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor”* (art. 1.364).

Estando o credor obrigado a alienar a garantia, algumas perguntas passam a surgir. No silêncio do contrato, estaria o fiduciário livre para alienar o bem da forma que melhor entendesse? Tal alienação poderia ser comparada a uma simples compra e venda negocial, onde prevalece a autonomia da vontade? Existe vedação para que pessoas ligadas ao devedor possam adquirir o bem alienado?

1. **Leilão extrajudicial x compra e venda privada**

Com todo o respeito às opiniões contrárias, não há como se confundir a alienação de um bem onerado fiduciariamente com uma compra e venda privada, em que prevalece a autonomia da vontade.

Afinal, na segunda hipótese, o titular do bem negociado tem total liberdade de decidir o seu destino. Cabe a ele escolher, por exemplo, se vende ou não o ativo em questão. Da mesma forma, pode decidir, livremente, para quem irá transferir a propriedade do bem. Fica, ainda, a seu inteiro talante a definição do preço, assim como a concordância quanto a eventuais descontos ofertados por terceiros interessados. Na compra e venda privada, o proprietário do bem pode (quase) tudo.

Ao revés, no processo de venda tirado de procedimento de excussão extrajudicial, as liberdades do vendedor são mitigadas. O credor não pode, por exemplo, permanecer com o bem onerado em seu patrimônio[[6]](#footnote-6). Também não tem ele o direito de escolher os potenciais compradores do ativo à venda. Além disso, não pode vender o bem a qualquer preço, pois, afinal, a maximização do valor do ativo é de fundamental importância.

Essas restrições são simples de serem explicadas.

Em primeiro lugar, vale lembrar que a lei veda a prática do pacto comissório. Trata-se de regra clara extraída do art. 1.364 do Código Civil[[7]](#footnote-7). A adjudicação do bem garantido, com efeito, só é cabível em procedimentos judiciais, quando existe a figura do Poder Judiciário fiscalizando todo o processo de alienação.

Como a excussão representa o meio de recebimento do crédito inadimplido, é preciso que o processo de venda seja aproveitado ao máximo, para o fim de saldar, o tanto quanto possível, o débito em aberto. É por isso que o processo de venda deve representar, ao mesmo tempo, a satisfação dos interesses do credor com a menor onerosidade ao devedor. Ao restringir a eventual participação de interessados – e, desta forma, estreitando a competição para a aquisição do bem –, o credor fiduciário está atentando contra esses interesses primordiais do processo de venda.

A venda a terceiros do bem objeto da alienação fiduciária em garantia implica verdadeira excussão.

O credor fiduciário também deve atentar para as diretrizes do contrato ao qual está vinculado. Via de regra, o instrumento de alienação fiduciária regula prazos, a forma do processo de venda, a modalidade de avaliação do bem e, inclusive, as faixas de preços. Raros são os contratos do gênero que deixam ao critério do credor a decisão quanto a esses aspectos do processo de excussão.

Fica claro, portanto, que, na excussão extrajudicial proveniente de alienação fiduciária, todo o processo de alienação deve sujeitar-se a limites pré-determinados, de modo a assegurar a necessária transparência e publicidade, para o fim de alcançar a valorização do ativo a ser vendido, atendendo, assim, aos interesses tanto do credor quanto do devedor.

1. **Participantes do processo de venda**

Outro ponto a ser analisado diz respeito à participação, no leilão extrajudicial, de terceiros vinculados ao devedor.

Não há na legislação previsão expressa sobre aqueles que estariam aptos, ou impedidos, de participar do leilão extrajudicial proveniente da alienação fiduciária.

Por outro lado, o novo Código de Processo Civil quando disciplina o procedimento do leilão judicial prevê no art. 890, todos aqueles que se encontram impedidos de oferecer lances.[[8]](#footnote-8)

Não obstante a alienação extrajudicial esteja sujeita às condições e regras previamente estabelecidas no contrato firmado entres partes, fato é que, não havendo expressa vedação, não há óbice para que seja aplicada a normativa prevista em lei para as expropriações extrajudiciais.

É por essa razão que as exceções previstas no art. 890 do CPC devem ser levadas em consideração também na venda extrajudicial tirada de processo de alienação fiduciária. Nelas não se encontram vedações ao devedor ou pessoa ligada a ele. Os poucos casos previstos na lei processual apenas existem para garantir a probidade de agentes públicos e a ética das alienações judiciais, como bem destacam Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

“As restrições justificam-se basicamente em razões de ética profissional e de probidade administrativa. A disciplina serve, ainda, para preservar o patrimônio do executado, que poderia ser alienado por valor inferior ao devido.”[[9]](#footnote-9)

Em outras palavras, a regra na alienação judicial é a de que qualquer um pode apresentar lances. Para isso, basta que o interessado esteja na livre administração dos seus bens.

Nesse sentido esclarecem Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira:

“Como a finalidade do sistema de alienação em leilão público é a de que o maior número possível de pessoas participe do certame, a regra geral constante do art. 890, *caput*, do CPC, permite que qualquer pessoa, desde que na livre administração de seus bens, possa concorrer na hasta pública.”[[10]](#footnote-10)

Os mesmos autores ressaltam a posição de Vicente Greco Filho (na vigência do CPC de 1973) sobre a possibilidade de participação do próprio executado no leilão de seus bens:

“O texto legal não é expresso, mas também não proíbe que o devedor participe como licitante. Pode parecer incongruente que isto possa ocorrer. Em tendo dinheiro para lançar, poderia o devedor pagar a dívida. Todavia, apesar de não ser a situação muito comum, pode ocorrer que o devedor tenha recursos obtidos posteriormente à penhora ou resultante de vencimentos ou salários impenhoráveis, mas que não sejam suficientes para a remição da execução (art. 651). A remição de bens individualizados do devedor, pelo sistema do Código, não pode mais fazer (art. 787). Daí conclui-se que pode lançar. Essa possibilidade é do interesse do credor e também do interesse público, que recomenda a maior amplitude possível da arrematação, na qual a concorrência e emulação facilitam a obtenção da melhor proposta possível. É certo, contudo, que o bem arrematado pelo devedor, se este vencer a praça ou leilão, retorna a seu patrimônio e poderá ser novamente penhorado se houver credor ou credores com saldos não liquidados. Pode acontecer, porém, que haja licitação para outros bens e que o débito seja todo pago com a colaboração do devedor.”[[11]](#footnote-11)

A interpretação sistemática de outras tantas regras sobre alienação judicial dá ainda mais força ao argumento. Nesse sentido, pode ser mencionado o art. 843, §1º, do CPC, que prevê a preferência do coproprietário ou do cônjuge na arrematação, em igualdade de condições, de bem indivisível penhorado em função da quota-parte do proprietário.

Ainda conforme dispõe o art. 876, §5º, do CPC, o direito à adjudicação também poderá ser exercido pelo cônjuge, pelo companheiro, pelo descendente e pelo ascendente. Prevê, outrossim, o §6º, do mesmo artigo, que, em igualdade de ofertas, a preferência na adjudicação do bem será dada ao cônjuge, ao companheiro, ao descendente ou ao ascendente, nessa ordem.

Assim, claro está que o legislador reconhece e prestigia a possibilidade de o bem alienado permanecer na esfera de influência do devedor.

Some-se a isso o fato de que o regramento processual também assegura a permanência do bem com o próprio devedor em determinadas hipóteses, o que sugere a possibilidade de este participar ativamente do processo de venda. A lei, com efeito, abre a possibilidade de o executado remir o próprio patrimônio, sendo certo existir previsão de que isso ocorra quando o patrimônio foi afetado para garantir a dívida:

“A remição de bem, no direito atual, é excepcional, tendo sido substituído pela ampliação da legitimidade para a adjudicação. Todavia, remanesce a figura para o executado, na hipótese de bem hipotecado, caso em que a remição pode ocorrer se for oferecido preço igual ao da avaliação ou o valor do maior lance, se tiver havido licitante (art. 877, § 3.º, CPC)”[[12]](#footnote-12).

Ressalte-se, ademais, que em recente alteração da Lei nº 9.514/97 pela Lei nº 13.465/2017 fora incluído o artigo 27-B, o qual expressamente prevê 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, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2o deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos*.”

Dessa forma, admite o legislador (e mesmo incentiva) a manutenção do bem na pessoa do devedor ou de pessoas a ele ligadas.

Fica claro, assim, que o legislador entendeu que a participação do devedor nestas hipóteses não é capaz de prejudicar a satisfação do crédito pelo credor. Portanto, também a partir desses exemplos, cabe concluir que é admitida a participação do devedor ou de seus familiares (ou mesmo pessoas jurídicas a ele relacionadas) no leilão extrajudicial, até mesmo para impedir a excussão do bem a terceiros.

Por fim, um aspecto de ordem lógica se coloca. Se a maximização do preço de um bem, no leilão, advém da participação de um maior número de interessados, por qual razão deveriam ser obstados de participar licitantes ligados ao próprio devedor se, com eles, a competição entre os pretensos adquirentes tende a aumentar? Não há, com efeito, razões de ordem legal, prática ou lógica que justifiquem a exclusão do devedor ou de pessoas ligadas a ele nos processos concorrenciais do gênero.

1. **Conclusão**

Em suma e em síntese, fica claro, que a venda extrajudicial prevista no processo de alienação fiduciária não se assemelha a uma compra e venda negocial, razão pela qual aplicam-se a esse tipo de excussão os princípios comumente vistos na execução civil, equiparando-se as obrigações do credor fiduciário às dos exequentes em processo judicial.

Esses princípios também buscam assegurar o melhor resultado do processo de venda, circunstância que interessa a todos os sujeitos do processo, pois, de um lado, o credor verá o seu direito satisfeito (total ou parcialmente, a depender do resultado da venda) e, de outro, o devedor será liberado (total ou parcialmente também) da obrigação.

A competição entre licitantes é fundamental para que isso ocorra. Desse modo, não há que se impor restrições à participação dos interessados, salvo aquelas decorrentes de lei. O art. 890 do CPC, como visto, não veda que, dentre as pessoas proibidas de oferecer lance, estejam aqueles vinculados ao devedor (ou ele próprio). Ademais, outros diversos dispositivos da lei processual sugerem que essas pessoas podem participar do processo de venda.

1. **Referências Bibliográficas**

- ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

- BUSSADA, Wilson. *Alienação fiduciária: interpretada pelos tribunais*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

- DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de direito processual civil: execução*. v. 5. 7ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2017.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. v. 4. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao código civil. Parte especial – do direito das coisas*. v. 15. coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

- OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Curso de direito processual civil: tutela executiva e tutela recursal. V. III. São Paulo: Verbatim, 2018,

- WALD, Arnoldo. Direito civil: contratos em espécie. vol. 3. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

1. Advogado e mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Mestranda e especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procuradora do Município de Guarulhos. [↑](#footnote-ref-2)
3. Luiz Edson Fachin explica que *“A alienação da coisa é imperativa, inadmissível o resgate para incorporação do próprio bem à esfera jurídica do credor. Por isso, inválida de modo absoluto, cominada de nulidade plena, será a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento”* (FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Código Civil. Parte especial – do direito das coisas. v. 15. coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.365). Nesse mesmo sentido, Arnoldo Wald leciona: “*Do ponto de vista econômico e jurídico, este instrumento tem como função a garantia de uma obrigação”* (Direito civil: contratos em espécie. vol. 3. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26) [↑](#footnote-ref-3)
4. “*Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento”.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Da alienação fiduciária em garantia. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 154. [↑](#footnote-ref-5)
6. “A própria lei impede que o credor, não paga a dívida, fique com o bem, integrando-se plenamente o domínio do mesmo no seu patrimônio (já que ele tem esse domínio, mas apenas para a garantia da dívida), vendendo-o, em caso do não-cumprimento da obrigação por parte do devedor, para, com o produto, pagar-se, sendo devolvida ao alienante (devedor) o que sobrar da venda” (Fran Martins. Contratos e obrigações comerciais. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 184). [↑](#footnote-ref-6)
7. “Art. 1.364. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, e aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.” [↑](#footnote-ref-7)
8. “Art. 890. Pode oferecer lance quem estiver na livre administração de seus bens, com exceção:

   I - dos tutores, dos curadores, dos testamenteiros, dos administradores ou dos liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda e à sua responsabilidade;

   II - dos mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados;

   III - do juiz, do membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, do escrivão, do chefe de secretaria e dos demais servidores e auxiliares da justiça, em relação aos bens e direitos objeto de alienação na localidade onde servirem ou a que se estender a sua autoridade;

   IV - dos servidores públicos em geral, quanto aos bens ou aos direitos da pessoa jurídica a que servirem ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;

   V - dos leiloeiros e seus prepostos, quanto aos bens de cuja venda estejam encarregados;

   VI - dos advogados de qualquer das partes.” [↑](#footnote-ref-8)
9. DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de direito processual civil: execução. v. 5. 7ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2017, p. 921. [↑](#footnote-ref-9)
10. OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Curso de direito processual civil: tutela executiva e tutela recursal. V. III. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 380. [↑](#footnote-ref-10)
11. GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil. 16ª ed. São Paulo: saraiva, 2003. V. III, p. 86 *apud* OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Curso de direito processual civil: tutela executiva e tutela recursal. V. III. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 381/382. [↑](#footnote-ref-11)
12. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. No mesmo sentido, o art. 902 do CPC trata do direito do executado de remir o bem objeto da hipoteca até a assinatura do auto de arrematação. [↑](#footnote-ref-12)