

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA EM UMA PERSPECTIVA DE DIREITO E ECONOMIA

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/8r96775p>

Authors

Timm, Luciano Benetti

Druck, Tatiana

Publication Date

2007-05-02

**WORKING PAPER: A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA EM UMA
PERSPECTIVA DE DIREITO E ECONOMIA**

Luciano Benetti Timm*

Tatiana Druck**

Janeiro

* Doutor em Direito, UFRGS. Professor Adjunto da PUCRS e do PPGD da ULBRA. Professor Titular da FEEVALE.

** Doutoranda em Direito, UFRGS. Professora do UNIRITTER.

ABSTRACT

The retention of title as a collateral for financing real estate property acquisitions was introduced in Brazilian legislation by Federal Law 9514 from 1997. The underpinning idea was that simplifying the recovery of the possession of the property by the financial institution against the party in default would boost the real estate industry. However, there are some indications that retention of title was not used by financial institutions in their contracts as it could. As a result, the development of the real estate industry has not arrived (at least in the proportion once predicted). The idea of this paper is to suggest, based on law and economics approach, a theoretical hypothesis for the underdevelopment of the retention of title in real estate transactions in Brazil. The main argument is that there is a gap between law in action and law on the books since Judicial Power tends to revise bargains of the parties in real state financing contracts. Thus, the market does not have incentives to use this new form of collateral. Therefore, the more important feature of the retention of title that would be the quick recovery of the possession of the property is undermined by courts. The theoretical suggestion shall be complemented with empirical work to evidence the hypothesis presented here.

RESUMO

Apesar da subsistência de problemas econômicos e sociais (como inflação elevada, concentração de renda e de patrimônio, desemprego, inadimplência, déficit habitacional, favelização, entre inúmeros outros), que atingem inevitavelmente qualquer modelo de política imobiliária idealizável para o Brasil, pode-se dizer que o país vive, hoje, um momento exclusivamente promissor de desenvolvimento do mercado de imóveis.

A par da estabilidade monetária e do crescimento econômico, verifica-se a consagração legal de novas fórmulas que garantem maior proteção ao crédito imobiliário e permitem-lhe relações mais dinâmicas: é o caso, por exemplo, da substituição da garantia hipotecária pela *alienação fiduciária de bens imóveis* como ferramenta mais ágil de recuperação de crédito; da *securitização de recebíveis imobiliários* como forma de circulação do crédito e conseqüente geração de um mercado secundário; do regime de *afetação patrimonial* como meio de proteção dos direitos do adquirente; do seguro de performance; entre outros manejos com vistas à garantia e eficiência das atividades e relações imobiliárias.

No entanto, estes novos mecanismos não “pegaram”. Uma das prováveis explicações é que o Brasil convive com problemas institucionais caracterizados pelo alto índice de quebra contratual, insolvência, revisão de contratos, desmandos governamentais, corrupção, excesso

de regulamentação governamental, gerando em ambiente de insegurança jurídica ao mercado imobiliário.

Partindo do pressuposto de que o crédito é o combustível do desenvolvimento e a garantia é a essência que lhe subjaz, o presente artigo pretende sugerir uma interpretação legal que garanta um adequado funcionamento da alienação fiduciária imobiliária sob a lente do Direito e Economia que permita a dinamização do setor.

Para tanto, abordará especialmente o instituto da **garantia**, valendo-se das variadas manifestações legais que esta assumiu nas recentes legislações, em especial a Lei 9514/1997, que institui o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI) e as posteriores normas que perseguiram tal escopo. De outro lado, procurará examinar motivos pelos quais a Lei em questão não teve a utilização que poderia ter no mercado e sugerir uma forma de análise jurídica e econômica do instituto da alienação fiduciária e do contrato imobiliário que possa gerar um ciclo virtuoso no mercado imobiliário.

SUMÁRIO

Introdução	
1 Do Crédito à Garantia.....	06
1.1 Garantias Especiais e Supergarantias.....	08
1.2 Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia	10
1.3 A Alienação Fiduciária de Imóveis como um dos “Instrumentos de Solução” das dificuldades do mercado imobiliário	13
2 Bloqueios ao desenvolvimento do instituto da alienação fiduciária.....	15
2.1 O problema da concepção puramente “atomista” do Direito.....	15
2.2 Tendência à politicização do judiciário.....	18
2.3 A problemática diante do sistema de financiamento imobiliário.....	19
3 Sugestões interpretativas do contrato para desenvolvimento do instituto da alienação fiduciária.....	22
Conclusão.....	29
Referências Bibliográficas.....	35

INTRODUÇÃO

O sistema financeiro imobiliário não funciona sem contratos que operem eficientemente. O contrato não funciona adequadamente sem garantias de seu cumprimento. O presente estudo visa a analisar o instituto da alienação fiduciária em garantia imobiliária (AFI) estabelecida na Lei 9515/97. Concebido em tese, seria o melhor dos mundos como instituto apto a estimular a celebração de contratos no setor imobiliário. Isso porque ela viabilizaria a rápida recuperação do bem alienado pela instituição financeira e isso garantia a estabilidade do sistema como um todo. Com a garantia do cumprimento do contrato, estimular-se-iam investimentos no setor, em um círculo virtuoso.

Nesse ambiente teórico de maior estabilidade supostamente criado pela Lei citada, portanto, os agentes econômicos teriam mais segurança para operarem no mercado imobiliário. No entanto, a AFI, genericamente falando, ainda não “pegou” (com exceção da Caixa Econômica Federal, a qual fica submetida a uma justiça especial que é a Justiça Federal). A razão para isso parece ser institucional¹, ou seja, ainda que o texto da citada Lei tenha previsões específicas e claras, a jurisprudência tende a resistir a uma aplicação direta, preferindo dar ao texto uma interpretação “social”, constitucional, na tentativa de resolver os graves problemas habitacionais e sociais do país.

¹ Para um aprofundamento no tema das instituições, ver a série de artigos em ZYLBERSZTAJN, Décio & SZTAJN, Raquel, org. **Direito e Economia**. São Paulo, Editora Campus, 2005 com extensa citação da bibliografia sobre o tema.

Na linguagem da Filosofia do Direito, buscam as cortes estatais fazer justiça distributiva na seara do Direito Privado. Nesse diapasão, contratos imobiliários são revisados, as suas garantias são relativizadas, tudo em prol da “justiça social”, de um maior “equilíbrio”.

Pode-se especular, como se faz nesse *paper*, que esta postura do Poder Judiciário apenas desestimula novos investimentos e acabem por emitir um sinal ao mercado imobiliário que faz com que os investidores provavelmente não acreditem na eficácia da alienação fiduciária em garantia para bens imóveis.

A idéia deste ensaio é traçar o panorama do instituto da alienação fiduciária em garantia e fazer um diagnóstico das possíveis causas jurídicas do seu momentâneo “ocaso”. Ainda, buscar-se-á sugerir uma interpretação nova dos contratos e das garantias, calcada na análise econômica do Direito, que permita recolocar este instituto no universo das possibilidades dos investidores imobiliários, dadas as vantagens que ele oferece para o sistema como um todo e, portanto, para toda a coletividade.

Esse estudo teórico inicial deverá, *a posteriori*, ser complementado por estudo empírico das decisões das cortes e eventualmente quantitativo do mercado de crédito para demonstrar a correção de suas hipóteses.

1 Do Crédito à Garantia

Não se discute a essencialidade do *crédito* no desenvolvimento de qualquer atividade produtiva². O crédito, como conteúdo de uma obrigação jurídica patrimonial no seu aspecto econômico é elemento constitutivo da “operação monetária pela qual se realiza uma prestação presente contra a promessa de uma prestação futura”³. É o objeto da prestação debitória que percorre o tempo entre a causa e a satisfação de um compromisso jurídico patrimonial.

O contrato, por sua vez, é a fonte mais importante de criação de obrigações jurídicas voluntárias. Neste tipo de causa, “o consentimento das partes é o que produz a obrigação [...]”⁴, donde se o define como “uma convenção pela qual as duas partes reciprocamente, ou apenas uma das duas, prometem e se obrigam uma para com a outra a dar alguma coisa, ou a fazer ou a não fazer tal coisa.”⁵

Do ponto de vista da relação obrigacional, dotada de coercibilidade, “crédito” é a própria obrigação no seu aspecto ativo, que redundando no direito subjetivo do credor de ter judicialmente assegurada a possibilidade de exigir do devedor o cumprimento da prestação a que se obrigou (execução específica da obrigação) ou, na impossibilidade de tal, a satisfação do seu crédito através de outras providências que normalmente atingirão o patrimônio do

² ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN, 2003., p. 51 e ss.

³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.25, RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de Crédito Bancário**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 16.

⁴ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**. Tradução Adriano Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas, Servanda, 2001, p. 112.

⁵ *Ibidem*, p. 31.

devedor.⁶ O crédito engata, portanto, o dever jurídico do devedor ao direito subjetivo do credor⁷.

Na hipótese de não cumprimento exato da obrigação por parte do devedor, o Estado aparelha o credor de meios e providências para realizar seu legítimo interesse: permitir-lhe-á buscar, no patrimônio do devedor⁸ (através do Poder Judiciário) a satisfação do seu crédito e eventual indenização por danos causados pelo inadimplemento (tutela jurídica do crédito).⁹

Nesse sentido, pode-se dizer, como Noronha, que “o patrimônio do devedor é a garantia comum dos credores, ou a garantia geral das obrigações”¹⁰.

E “garantia”, por outro vértice, seria o elemento de proteção do direito subjetivo do credor, o qual lhe proporcionaria segurança quanto à realização do crédito via execução patrimonial do devedor.

Crédito e garantia são, portanto, elementos indissociáveis para que a obrigação possa se considerar completa, possibilitando ao credor a responsabilização patrimonial do devedor na hipótese de descumprimento da prestação devida.

⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 135.

⁷ Para um conceito mais profundo de obrigação em sentido estrito (crédito) e obrigação em sentido amplo, ver a concisa obra do obrigacionista português Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, Almedina, Coimbra, 1998, página 53 e seguintes, na qual esclarece, de início, que “certo é que a palavra ‘obrigação’ adquire predominantemente um significado ‘estrito’ ou ‘técnico’, designando uma das grandes classes de relações jurídicas – as chamadas relações obrigacionais ou creditórias...”, p. 55.

⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v 23, p. 43, sintetiza: “Objeto do crédito é o ato, positivo ou negativo, do devedor, ou seu patrimônio; objeto da prestação é o ato no que há de satisfazer (o dar isso ou aquilo, o fazer isso ou aquilo, ou o não fazer isso ou aquilo). O objeto do crédito é o patrimônio responsável, se falha a atividade satisfativa do devedor.”

⁹ Vide, para uma abordagem mais completa acerca da Tutela Jurídica do Crédito, a exposição didática de NORONHA, op. cit., p. 133 et seq.

¹⁰ Ibidem, p. 189.

O setor imobiliário é movido por agentes econômicos, na maioria dos casos, que atuam dentro da lógica do mercado, ou seja, de maximização da utilidade do agente que atua em um ambiente onde sua conduta é referida pela conduta dos demais (e, portanto, no preço). Desse modo, capital importância assumem os contratos como meio de estímulo ou desestímulo de atuação e investimento nesse mercado. De modo que o que fora dito acima para os contratos e para as garantias tem total aplicação para o mercado imobiliário.

1.1 Garantias Especiais e Supergarantias

Ora, se o patrimônio do devedor é o que responderá pela obrigação descumprida, tanto mais garantido estará o credor quanto maior e mais sólido for o patrimônio daquele. Assim, para que não fique o credor ao alvedrio da sorte e da incerteza, já que os bens patrimoniais são, por regra, disponíveis, podendo o patrimônio do devedor minguar ou não suportar todos os compromissos debitórios assumidos, é que o Direito prevê alguns sistemas de “garantias extras”, ou *especiais*, que podem ser *pessoais* (como a fiança e o aval) ou *reais* (penhor, hipoteca e anticrese).

Além disso, admitindo que certos créditos são mais relevantes que outros, a lei atribui *privilégios*, que consistem na preferência de pagamento de determinados créditos quando em confronto com outros. Chama-se tal prerrogativa de “privilégios creditórios” e a lei é que determina especificamente, a sua ocorrência.

As garantias reais costumam ser mais eficientes do que as pessoais, já que *vinculam* o bem dado em garantia ao cumprimento de determinada obrigação (art. 1.419, do Código Civil).

A par dessas garantias extras existem, ainda, dois institutos jurídicos que assumem função de garantia de obrigações assumidas: a *propriedade fiduciária* (prevista recentemente no Código Civil no art. 1.361 e seguintes) e o *leasing financeiro* (definido no art. 1º da Lei 6.099/1974), que se materializam através de operações contratuais, (respectivamente a *alienação fiduciária em garantia* e o *arrendamento mercantil*) e que representam maior poder ao credor na recuperação do seu crédito porquanto atribui a este a *propriedade* do bem dado em garantia pelo devedor, ainda que por ficção jurídica (*propriedade fiduciária*). Do ponto de vista da segurança e celeridade na recuperação do crédito, tais fórmulas, em tese, são tidas como mais eficientes e por isso denominadas “supergarantias”, conforme terminologia proposta por Noronha¹¹.

Por se tratar de garantia especial, a alienação fiduciária constitui-se, portanto, em um estímulo à celebração de negócios, ficando os agentes econômicos mais seguros contra inadimplementos. Por isso ela seria importante fator de estímulo ao mercado, cujo funcionamento se dá naturalmente por meio de trocas voluntárias que são os contratos.

¹¹ Op. Cit., p. 198 e ss.

1.2 A Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia

Genericamente falando¹², a alienação fiduciária em garantia consiste, basicamente, na constituição - com escopo de garantia - de uma propriedade fiduciária sobre uma coisa (móvel ou imóvel) adquirida pelo devedor (denominado “fiduciante”) e financiada por instituição financeira (denominada “fiduciário”) através da qual esta passa a ser considerada pela lei como *proprietária* (a “propriedade fiduciária”), temporária e condicionalmente (enquanto perdurar o débito), ficando o devedor fiduciante na posse direta e na fruição do bem, cujo domínio lhe será automaticamente consolidado na hipótese de quitação do débito, através da resolução da propriedade que encontrava-se atribuída ao credor fiduciário.

No Brasil, a figura da alienação fiduciária em garantia foi legalmente instituída pela Lei 7428/65 (art. 66), posteriormente regulamentada pelo Decreto-Lei 911/69. Após, foi objeto de disposição da Lei 9515/97 que previu sua aplicação aos *bens imóveis*, no âmbito do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) e, mais recentemente, restou positivada no Código Civil Brasileiro de 2002. Desde então a figura tem-se feito presente em legislações dirigidas ao setor imobiliário, como a Lei nº 10.931/2004, que recentemente instituiu o Patrimônio de Afetação e trouxe novas medidas de incremento a esse mercado.

Pela disciplina da citada Lei 9515, a Alienação Fiduciária por regra constitui-se mediante registro público no competente RI (art. 23); deve conter o conteúdo do contrato,

¹² Para uma abordagem mais detalhada sobre o instituto da alienação fiduciária em garantia, ver em especial, os artigos que a examinam na Lei 9514/1997, como:”, de AZEVEDO, Álvaro Villaça. Alienação Fiduciária de Bem Imóvel **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 1, n. 1, p. 41-49, jul./ago. /2004.); FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A Alienação Fiduciária de Imóveis segundo a Lei nº 9514/97. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 26, n. 80, p. 354-376, dez. 2000, SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A Regulamentação da Alienação Fiduciária de Imóveis em Garantia. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 2, n. 4, p. 28-36, jan./abr. 1999, entre outras.

indicando o valor principal da dívida, o prazo e as condições de reposição do empréstimo, as taxas de juros e encargos, entre outras condições (art. 24); possibilita cláusula de reajuste (art. 36); a cessão dos créditos objetos da alienação (art. 28); disciplina a hipótese de quitação pelo devedor e conseqüente resolução da propriedade (art.25); traz regras para a mora, para sua purga e para o inadimplemento absoluto do devedor (art. 26) e o conseqüente leilão (art. 27), e, entre outros detalhes, prevê possibilidade de adoção da arbitragem como solução de litígios e controvérsias.

Vê-se, assim, que a Alienação Fiduciária de Bem Imóvel (AFI) oferece-se naturalmente como o meio mais vantajoso de garantia nos financiamentos imobiliários, seja porque agiliza a recuperação do crédito, seja porque permite mais tranqüilamente a sua circulação. Comparando-a então à hipoteca, opção então adotada como garantia dos créditos imobiliários, assemelha-se a trocar a carroça pelo veículo motorizado, porquanto a execução hipotecária judicial é processo longuíssimo e de inúmeras desvantagens entre elas a dinâmica e o custo, sendo que, a execução extrajudicial do Decreto Lei 70/1966, por sua vez, tampouco reserva melhores resultados, já que a possibilidade de discutir o procedimento e sua constitucionalidade no judiciário acaba por estabelecer um duplo caminho.

A AFI, que contempla uma fórmula de transferência “virtual” e condicional da propriedade ao credor, que apenas só será válida na hipótese de inadimplemento absoluto do devedor, evitaria os expedientes (pouco dinâmicos e de pesados encargos financeiros – custos administrativos, processuais e tributários) de transferência de propriedade do vendedor para o comprador e deste de volta ao vendedor na hipótese de descumprimento do pacto.

Daí porque Melhim Chalhub refere a alienação fiduciária de bens imóveis como:

instrumento que poderá propiciar rápida recomposição de situações de inadimplemento, em prazos compatíveis com os compromissos perante os investidores. À medida que se mostre eficaz, essa garantia poderá contribuir para a regularidade dos fluxos financeiros necessários ao atendimento da demanda por novos financiamentos, a partir do desenvolvimento de um mercado secundário capaz de funcionar como permanente fonte geradora de recursos para o financiamento imobiliário.¹³

1.3. A Alienação Fiduciária de Imóveis como um dos “Instrumentos de Solução” das dificuldades do mercado imobiliário

Em artigo publicado em outubro de 1971, nos primórdios da implantação da política nacional de habitação, assim considerada a partir da criação do BNH, em 1964¹⁴, Arnaldo Wald refletia a crise do mercado imobiliário e propunha “**novas técnicas** que poderiam permitir um maior desenvolvimento do mercado imobiliário, recorrendo-se às lições da legislação comparada e experiência de outros povos que criaram ou incentivaram **fórmulas adequadas**, seja para a captação da poupança, seja para a realização das operações imobiliárias” (grifos nossos)¹⁵, examinando, em teoria, a possibilidade de aplicação, aos financiamentos imobiliários, da **alienação fiduciária em garantia “mediante nova regulamentação da matéria”**¹⁶, que até então vinha genericamente prevista na Lei do Mercado de Capitais (Lei nº 4728, de 14.7.1965), que não estendia seu escopo aos bens imóveis, orientação também respeitada pelo Decreto-Lei nº 911, de 1º.10.1969.

¹³ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. Adequação da Cláusula Penal aos Princípios do Código de Defesa do Consumidor**. In Revista de Direito Imobiliário. n.45. São Paulo: IRIB, 1998, p. 8.

¹⁴ Neste ponto, procedendo a uma análise sócio-jurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema, ver a obra de ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro da Habitação**. 2. ed. Curitiba: Juruá, Curitiba, 2002.

¹⁵ WALD, Arnaldo. **Novos Instrumentos para o Direito Imobiliário: Fundos, Alienação Fiduciária e “Leasing”**. In **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 60, n. 432, out. 1971, p.250.

Hoje, passados mais de trinta anos, vê-se que o discurso e a preocupação permanecem atuais.

Tão atuais que a nota que inaugura a publicação, em 2005, dos debates sobre “O Crédito Imobiliário em face do Novo Código Civil”, assinada pelo presidente da Abecip, Sr. Décio Tenerello, traz, acerca da “modernização do crédito imobiliário”, um especial destaque à **“introdução do mecanismo da alienação fiduciária de bem imóvel, instrumento mais apropriado do que a velha hipoteca, pois é mais condizente com as modernas estruturas negociais;”**¹⁷.

Curioso constatar que a AFI somente foi regulamentada no Brasil para os objetivos específicos do mercado imobiliário em 1997, quando da criação do SFI. Contudo, passados mais de sete anos, parece ainda não haver “decolado”.

Ora, se dinamismo e segurança eram preocupações da época muito bem apanhadas por Wald quando observara que *os aspectos tradicionais da promessa de compra e venda não atendiam às novas necessidades* e que pediam caminho a “inovações jurídicas” que permitissem *a circulação do crédito imobiliário e a rápida solução dos litígios, que não poderiam suportar as demoras das ações ordinárias ou executivas previstas na legislação processual*¹⁸, seria de se questionar por que razão, transcorridos mais de trinta anos de um diagnóstico tão consciente e unânime, e mais de sete anos após a previsão do instituto pelo

¹⁶ O texto aborda, também, como técnicas viáveis ao mercado nacional, os Fundos Imobiliários e o Leasing Imobiliário.

¹⁷ TENERELLO, Décio. **O Crédito Imobiliário em Face do Novo Código Civil**. São Paulo: IRIB: ABECIP, 2005.

¹⁸ WALD, Arnoldo, op. cit., p. 250 e 251.

SFI, a alienação fiduciária de bens imóveis não é adotada como meio ordinário de garantia do crédito imobiliário.

Busquemos, então, alguns entraves que impedem a crença das instituições financeiras e do mercado imobiliário como um todo nesta figura jurídica e encontraremos, como se verá mais adiante, entre outros aspectos, a questão da insegurança e desalento quanto à interpretação do instituto da AFI pelo Judiciário, que, como não poderia deixar de ser, está imbuído da cultura jurídica nacional tipicamente paternalista (Estado deve prover aos indivíduos sem necessária contraprestação) e atomista (enxergando a lide das partes em discussão - ou seja, quem supostamente tem razão no caso concreto -, mas não a estrutura social do problema.

Isso é agravado ainda mais pela incerteza quanto à hermenêutica após o advento do Novo Código Civil Brasileiro e suas diretrizes socializantes, que estendem função às instituições financeiras além do que a operação econômica do contrato tecnicamente comporta, sob o argumento da função social deste, o que vai bem ilustrado no seguinte acórdão sulino já reeditado em seqüência em casos análogos:

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. PLANO DE COMPROMETIMENTO DE RENDA. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. SEGURO.

Possibilidade de revisão e adequação do contrato, estabelecendo o equilíbrio nas relações negociais existentes entre as partes, dentro daqueles parâmetros que confere o Estado de Direito e a função precípua do Poder Judiciário.

SEGUNDO APELO.

1. O percentual de comprometimento da renda incide sobre a renda bruta, desde o início da relação negocial.
2. Não cabe afastar ajustes da URV, quando a parte não declina em que pontos incidiram os excessos praticados, apresentando-se completamente genérica a irrisignação. Preceitua o art. 282, inc. IV e art. 286, *caput*, 1ª parte, do CPC, consubstanciado em pedido certo e determinado, sendo inadmitido o genérico.

3. Mês de ABRIL DE 1990. O índice de atualização monetária do saldo devedor incidente no mês de abril de 1990 é de 41,28%, porquanto este foi o percentual aplicado para correção das contas das cadernetas de poupança livre. Precedente da Corte Especial do STJ.
4. Se demonstrada a incidência do acréscimo de 15%, na composição da prestação, a título de coeficiente de atualização salarial, esse pedido então deverá ser procedente, pois tal plus não se encontra convencionado, o que conduz a procedência da inconformidade aduzida pelo autor.
6. Afasta-se a incidência iníqua da TABELA *PRICE*, adotando-se o método de cálculo de juros simples, com o intuito de evitar o anatocismo e a progressão geométrica e exponencial dos juros.
7. Quando o contrato estipula correção do saldo devedor pela poupança, são embutidos juros mês a mês no valor remanescente da dívida, incidindo sobre os anteriores, incorporados ao saldo, o que significa computação de juros sobre juros. Estes não de ser excluídos, mantendo-se somente a TR, a qual, admite-se como índice de correção.
- 8) Mantêm-se os juros remuneratórios quando estipulados em patamar igual ou inferior a 12% ao ano.
9. Abatimento do saldo devedor. A modalidade de amortização posterior à correção não se constitui em abusividade.
10. A repetição de indébito independe da prova do erro, aplicando-se o art. 965 do CC quando o *solvens* paga o que sabe não dever. Valores pagos a maior devem ser compensados com o saldo devedor.
11. A procedência parcial da demanda revisional implica em procedência da ação de consignação em pagamento, pois os valores pretendidos pelo demandado não eram exigíveis, impondo ao devedor a consignação das quantias que entendia devida. Descaracterizada a mora por exigências abusivas e excessivas, é de ser mantida a liminar para vedar a inscrição do nome da devedora nos chamados órgãos de proteção ao crédito. (Apelação Cível nº 70010372027, 9ª Câmara Cível, 10/8/2005)

2 Bloqueios ao desenvolvimento do instituto da alienação fiduciária

2.1 O problema da concepção puramente “atomista” do Direito

Não é comum a análise, entre os juristas brasileiros, dos impactos econômicos de uma decisão judicial. Ao contrário, costuma-se pensar no país, talvez pela tradição de não vinculatividade dos precedentes próprio da tradição da família romano-germânica, cada caso como um caso isolado, sem qualquer conexão com o sistema social ou mesmo na coerência

do próprio sistema jurídico. Nesse sentido, afirma Lopes que a característica mais marcante da cultura jurídica nacional é o individualismo (que se transborda em atomismo). Dessa forma, imagina-se que a parte precede o todo e que o direito do indivíduo precede o da comunidade. Assim, ainda seguindo o pensamento do autor em comentário:

O individualismo transborda em atomismo: são percebidas as ações e não as atividades. [...] O jurista em geral não é treinado a compreender o que é uma estrutura: assim, **está mais apto a perceber uma árvore do que uma floresta.**¹⁹ – grifos nossos.

2.2 Tendência à politicização do judiciário

Mais grave do que o atomismo antes comentado é, como constata Armando Castelar Pinheiro²⁰, que a grande maioria dos juízes nacionais não se consideram absolutamente neutros, entendida neutralidade como aplicação lógico-formal da lei. Efetivamente, “73,7% dos juízes entrevistados concordam inteiramente ou concordam muito com a opinião de que o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem de ser sensível aos problemas sociais”.

Esse diagnóstico é bem exemplificado no julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul abaixo transcrito, pelo qual se entendeu que, por razões sociais, o mutuário não deve perder o imóvel dado em garantia hipotecária à instituição financeira quando da obtenção do financiamento habitacional:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. INADIMPLÊNCIA DO MUTUÁRIO. PENHORA DO IMÓVEL OBJETO DO FINANCIAMENTO. IMPOSSIBILIDADE NO

¹⁹ LOPES, *Crise da norma jurídica*... p. 82-83

²⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. TIMM, Luciano (Org.) *Direito e economia*. São Paulo, Thomson/IOB, 2005, p. 248.

CASO CONCRETO. SITUAÇÃO QUE ATENTA CONTRA O DIREITO. MÁ-FÉ DA DEVEDORA NÃO-COMPROVADA. DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA DETERMINADA.

Os direitos de propriedade e de moradia são constitucionalmente assegurados aos brasileiros em geral, conforme art. 5º, inciso XXII, e art. 6º, “caput”, ambos da Carta Magna. O juiz, na aplicação da lei, deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (LICC, art. 5º), situação que certamente não é atendida se se privilegiar o perdimento da moradia de uma família em prol da segurança de um crédito de financiamento hipotecário. A particular situação fática que envolve o caso concreto, em face da doença que acomete a agravante, não permite que venha a perder o único teto que tem para morar, situação com a qual não compactua o Direito e a Lei Maior, ao erigir a moradia à categoria de Direito Fundamental (art. 6º, caput). Determinada a desconstituição da penhora frente à casuística em apreço.²¹

A par disso, têm-se difundido um pensamento entre os juristas e juízes acerca da necessidade de “politicização” do poder judiciário, em função do que caberia aos juízes implementar direitos sociais previstos abstratamente na Constituição Federal em “normas programáticas” (diretamente aplicáveis). Segundo este entendimento, estaria ultrapassada a fase da “fria aplicação da lei” pelo juiz, a quem caberia um papel de transformar a realidade social, aplicando os dispositivos constitucionais independentemente de leis ordinárias reguladoras, algo também chamado de “ativismo judicial”.²²

É aqui também que se tem acompanhado as decisões dos tribunais que, por exemplo, obrigam o poder executivo a dar remédios aos cidadãos que dele necessitarem, ou mesmo que obrigam as operadoras de planos de saúde ou seguradoras a dar tratamento à enfermidade não coberta pelo respectivo plano de saúde ou seguro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE REMÉDIOS A NECESSITADO. TUTELA ANTECIPADA. ESTADO DO

²¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70007413925. Relator: Des. Adão Cassiano

²² Para tanto, ver, entre outros, FACHIN, Luiz Edson. “Teoria Crítica do Direito Civil.”. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. MULTA LIMINARMENTE FIXADA. AFASTAMENTO NESTE MOMENTO PROCESSUAL.

É possível a fixação de multa diária caso descumprida a decisão judicial, forte no que dispõe o art. 461, § 5º, do CPC, observada a redação da Lei n.º 10.444/02, que autoriza o Magistrado a estipular multa nos casos de antecipação de tutela.

Precedentes do TJRS e STJ.

Todavia, somente se autoriza sua fixação em caso de descumprimento da decisão judicial, possibilitando-se ao ente público que cumpra com a decisão judicial, com a fixação das *astreintes* em momento posterior, em caso de descumprimento.²³

É também nessa linha interpretativa que têm surgido decisões judiciais que proíbem o corte de luz e o corte de água pelas concessionárias de energia elétrica ou de água, ainda que autorizadas por lei federal, regulamentos de agências reguladoras (ANEEL e ANA respectivamente), diante do princípio maior da Constituição da “dignidade da pessoa humana”, como se exemplificativamente no extrato de julgamento abaixo:

MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NÃO SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA AINDA QUE PENDENTE DÉBITO COM A CONCESSIONÁRIA. PEDIDO PARA QUE SE ABSTIVESSE A PRESTADORA DE EFETUAR O CORTE DE LUZ.

O CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA DIANTE DE DÉBITO INADIMPLIDO PELO CONSUMIDOR AFIGURA-SE PROVIDÊNCIA INADMISSÍVEL DE COBRANÇA DAQUELE MONTANTE À LUZ DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 22 E DO ART. 42 DO CPC, UMA VEZ QUE DISPÕE A CONCESSIONÁRIA DE OUTROS REMÉDIOS JURÍDICOS NO ORDENAMENTO PARA HAVER O SEU CRÉDITO, SEM SACRIFICAR O USO DE SERVIÇO DE NATUREZA ESSENCIAL.²⁴

²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 70012540621. Relator: Des. Calos Duro.

2.3 A problemática diante do sistema de financiamento imobiliário

O tratamento jurisprudencial²⁵ dado à alienação fiduciária de bens imóveis corre semelhantes riscos interpretativos, a exemplo do que foi recentemente decidido pela Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

COMPRA E VENDA - Pacto adjeto de alienação fiduciária - Rescisão pretendida pelos compradores fiduciantes - Possibilidade jurídica - Procedimento do artigo 26, da Lei n. 9.514/97, para os casos de inadimplemento e mora subsequente do devedor, que não se aplica à hipótese - Prevalência da Lei n. 8.078/90 - Sentença que determinou a devolução das importâncias pagas, descontados, unicamente, os valores dos locativos pelo tempo da ocupação - Afastamento de outras despesas, como corretagem, administração, publicidade e impostos, por já inseridas no preço do imóvel - Improvimento. **A aplicação da Lei n. 9.514/97 está sujeita aos princípios e preceitos do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, de ordem pública e de interesse social, que visa a tutela do consumidor por sua evidente vulnerabilidade nas relações de consumo, como o é o negócio jurídico da alienação fiduciária de imóvel. Essa tutela, ademais, tem substrato constitucional, artigo 5º, inciso XXXII, a obstar que o Estado, de qualquer modo, deixe de promover a defesa do consumidor.** A incidência da Lei n. 9.514 aos casos concretos, destarte, **está restrita a essa interpretação única forma de harmonizá-la ao sistema do ordenamento jurídico, voltado sempre à proteção do consumidor.** (Apelação Cível 233.365-4 - São Paulo - 5ª Câmara de Direito Privado - Relator: Marcus Andrade - 22.08.02 - V.U.)

Em outro tribunal de referência nacional, o TJ/RS, decidiu-se que o imóvel em propriedade fiduciária à instituição financeira não poderia ser por ela penhorado em caso de inadimplência do financiamento:

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPENHORABILIDADE. LEI 8009/90. IMÓVEL LOCADO.

Os métodos de interpretação teleológico e sistemático, em detrimento do filológico ou gramatical, *in casu*, possibilitam ao intérprete alcançar o

²⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70005790837. Relator: Des. Antonio Palmeiro.

²⁵ Como se disse na Introdução, esta pesquisa deverá ser complementada com um levantamento completo de todas as decisões do TJ/RS e TJ/SP utilizados como referência.

resultado seguro de que a não-utilização do imóvel como moradia não é elemento idôneo e suficiente para afastar a proteção ao único bem de família dos devedores (artigos 1º e 5º da Lei 8.009/90), mormente quando resta incontroverso que a renda proveniente do aluguel é utilizada para subsistência da entidade familiar, que reside em casa de parentes. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.”²⁶

Em outro acórdão, o TJ/RS não reconheceu liminar ao alienante fiduciário para recuperar rapidamente a posse do bem, preferindo o Tribunal aguardar o desfecho da instrução (ou seja produção da prova como audiências, depoimentos, etc) – em outras palavras, o TJ/RS condenou o credor a pelo menos dois anos de litígio antes de recuperar a posse do bem, colocando por terra a vantagem do instituição da alienação fiduciária. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPENHORABILIDADE. LEI 8009/90. IMÓVEL LOCADO.

Os métodos de interpretação teleológico e sistemático, em detrimento do filológico ou gramatical, *in casu*, possibilitam ao intérprete alcançar o resultado seguro de que a não-utilização do imóvel como moradia não é elemento idôneo e suficiente para afastar a proteção ao único bem de família dos devedores (artigos 1º e 5º da Lei 8.009/90), mormente quando resta incontroverso que a renda proveniente do aluguel é utilizada para subsistência da entidade familiar, que reside em casa de parentes. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.²⁷

Portanto, o que se percebe é que a despeito da literalidade e clareza da lei, os tribunais flexibilizam o rigor da lei para fazer o que acreditam ser “justiça social”, enfraquecendo a garantia imobiliária da alienação fiduciária.

Veja-se, ainda no sentido paternalista e que dificulta o investimento privado no mercado imobiliário, as recomendações tomadas no 5º Congresso Brasileiro de Direito do

²⁶ Apelação Cível nº 70016756611, 14ª Câmara Cível, TJ/RS, 26/10/2006.

Consumidor, que ocupou-se de abordar o “Crédito Habitacional como Instrumento de Acesso à Moradia”²⁸:

[...] O crédito imobiliário deve adotar regras que permitam a cada pessoa adquirir a sua casa própria, sendo vedadas por inconstitucionalidade manifesta, regras que:

- a) permitam lucro às instituições que atuam nessa área, decorrentes de ganhos financeiros pela comprovada prática diferenciada de taxas de juros na remuneração dos recursos captados e na remuneração dos recursos emprestados;
- b) estabeleçam critérios de reajuste do saldo devedor diverso do critério de reajuste da prestação (encargo mensal), que, em todos os casos deverá corresponder ao critério da equivalência salarial, por ser o que mais se conforma com o princípio da democracia econômica e social;
- c) adotem critérios de execução extrajudicial e permitam a alienação forçada do imóvel dado em garantia do empréstimo nos casos em que o inadimplemento do mutuário é involuntário e perfeitamente justificável;

Por outro lado, o princípio constitucional da proteção do consumidor assegura ao mutuário:

- a) o direito a ser completamente informado das cláusulas do contrato e de ser aconselhado com relação à opção que melhor corresponda aos seus interesses;
- b) o direito de ser protegido contra as cláusulas abusivas;
- c) o direito de ter devolvidas todas as somas pagas ao vendedor, caso não consiga obter o financiamento necessário à complementação do preço do imóvel;
- d) o direito de obter a rescisão do contrato de compra e venda e do contrato de financiamento de imóvel novo, caso comprove que houve lesão substanciada na circunstância de apresentar o imóvel financiado valor superior ao real, em decorrência da transferência para o consumidor dos custos da ineficiência do construtor.”

Ora, por todas as razões antes expostas encontramos-nos em um ambiente de insegurança jurídica e também de “protetismo”, que fomenta a revisão generalizada dos contratos e coloca em estado de alerta as instituições jurídicas e econômicas.

No jargão econômico, estas decisões paternalistas tendem a aumentar os custos de transação no mercado de crédito imobiliário gerando incentivos, de um lado, a que os

²⁷ Agravo de Instrumento nº 70015107162, TJ/RS, 19ª Câmara Cível.

investidores distribuam o risco entre todos os mutuários (acarretando aumento de juros, dentre outras coisas) e, de outro lado, um desincentivo a novos negócios já que a fluidez do mercado depende fundamentalmente do mecanismo do contrato e este das suas garantias. Mais, a postura dos tribunais encoraja os mutuários em dificuldades a ingressarem em juízo, aumentando ainda mais os custos dos investidores com a manutenção de processos (sem falar do aumento do número de processos) e mesmo os custos sociais com os impostos, taxas judiciárias, honorários de advogados.²⁹

Portanto, o custo social tende a aumentar com estas decisões sem a contrapartida melhora coletiva. Isso porque a melhora do autor que ingressou com uma ação na justiça é diretamente proporcional à perda do réu (investidor no mercado imobiliário) não havendo um ganho (eficiência) da sociedade.

3 Sugestões interpretativas do contrato para desenvolvimento do instituto da alienação fiduciária

Percebe-se que apesar das boas intenções, evidentemente encontráveis nos seus defensores e aplicadores, toda essa linha de raciocínio antes exposta, que poderia ser reconduzida a um “modelo social” e mais “humanizador” de pensar o Direito, tende a trazer um impacto coletivo negativo, por mais paradoxal aos olhos de um jurista (talvez não de um economista).

²⁸ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Crédito Habitacional como Instrumento de Acesso à Moradia. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 36, out./dez. 2000.

²⁹ Sobre incentivos e a natureza do agente econômico ver BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. In KATZ, Avery W. *The economic approach to law*, já citado, p. 4 e ss.

Isso porque o financiamento imobiliário é organizado sob a forma de um sistema de recursos administrados por uma instituição financeira, que capta tais recursos no mercado dos investidores e os repassa a quem deles necessitar, retroalimentando o sistema com os pagamentos dos mutuários e redirecionando-os a novos interessados.

O financiamento imobiliário pode ser estruturado, como é o caso do Brasil, por meio de diferentes sistemas. Subsiste ainda hoje o sistema financeiro habitacional (SFH) que sobrevive da captação de recursos fundamentalmente da poupança e de depósitos do FGTS e o sistema financeiro imobiliário (SFI), cujos recursos são provenientes da captação no mercado. É natural que, pelo custo da captação, os juros do SFH sejam mais baixos do que no SFI.

Em todos os casos, o que é essencial para a manutenção e integridade de qualquer sistema financeiro é a garantia da retroalimentação com recursos provenientes dos mutuários. Vale dizer, os interesses da coletividade estarão sendo respeitados à medida que se garantir o adimplemento dos contratos dos mutuários.

Deve-se perceber uma verdadeira cadeia de contratos (ou “redes de contratos”), em função do que todos os contratos dos mutuários encontram-se interligados finalisticamente, dado o seu propósito maior de garantir a viabilidade econômica do sistema, e, portanto, dos interesses coletivos de acesso de todos à moradia (e não apenas daquele indivíduo que ingressar com uma ação no Poder Judiciário). Daí, inclusive, a importância de um sistema de garantias ágeis, que assegure a rápida recuperação do bem hipotecado ou alienado, para que um novo mutuário possa financiar a sua casa própria.

De modo que se o que saiu para o mutuário for superior ao dele entrou por conta de uma decisão judicial, ou bem este prejuízo será distribuído aos demais integrantes deste mercado (ou seja, demais mutuários) ou a instituição financeira se absterá de novos negócios para evitar a falência.

Este entendimento ficou assente, em importante julgamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região³⁰, em cuja ementa se lê:

Admitir-se a legalidade do procedimento pretendido pelos requerentes (revisão contratual de contrato de financiamento imobiliário) implicaria o surgimento de perigoso precedente com sérias conseqüências para todo o complexo e rígido sistema de financiamento da habitação, cuja estrutura e mecanismo de funcionamento foi bem exposta por Caio Tácito [...]: ‘ademais, os contratos imobiliários são, no caso, parte integrante de um todo interligado, de um sistema global de financiamento que tem, como outra face, a manutenção da estabilidade de suas fontes de alimentação financeira [...].

Infelizmente, essa não é a posição em diversos tribunais estaduais do país, que, freqüentemente, como visto, dificultam o cumprimento do contrato e uma rápida recuperação da garantia do financiamento habitacional. Pela idéia atomista que vinga ainda no país, vê-se apenas o processo do mutuário contra a instituição financeira (o “arbusto”, na metáfora de Lopes antes citada). Enxerga-se, na maioria das vezes, apenas o problema social de acesso à moradia de um lado do processo, e o banco, instituição maximizadora de lucros, de outra. Vê-se, na balança, o mero direito de crédito da instituição financeira, e os direitos constitucionais do mutuário de acesso à moradia.

³⁰ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 4ª região. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 17.224, Relator: Desembargador Federal Luiz Carlos Lugon.

Não se percebe todo o sistema do mercado imobiliário no qual agentes econômicos interagem dentro de um quadro normativo (dado inclusive pelas decisões judiciais) e tendo como referência a conduta dos demais (refletida no preço) para o qual a garantia contratual como a alienação fiduciária é essencial.

Assim, o que não se percebe, porque está escondido, é a formação de um precedente para futuros casos. Não se enxerga a corrosão do sistema financeiro imobiliário como um todo, ante a não entrada de recursos ou da garantia daquele mutuário que recorreu ao judiciário em busca de “justiça social”. E, o que é mais grave, não se diagnostica que quem perdeu foi a coletividade com aquela decisão favorável ao indivíduo. É a fábula de Mandelson às avessas: benefícios privados, vícios públicos.

Nesse ambiente, O estímulo à inadimplência é grande. Segundo dados no BNDES (Ensaio nº 9, disponíveis no sítio oficial do Banco), a taxa de inadimplência do setor privado chegou no Brasil a uma taxa de 18,8% com tendência a crescimento em alguns setores. A inadimplência reflete diretamente na taxa de juros, o que explica, em parte, a alta taxa de juros no país, em um verdadeiro ciclo vicioso alimentado pelo próprio Poder Judiciário. Além disso, as evidências empíricas³¹ são de que as partes no Brasil recorrem ao Poder Judiciário, para ganhar tempo e não para cumprir o contrato.

Assim, a decisão judicial em um caso concreto servirá como guia de leitura dos agentes econômicos para outros casos semelhantes (por criar, nas palavras de Zylbersztajn já citado, efeitos de segunda ordem). Ela poderá tanto estimular um ambiente seguro para a prática de negócios, garantindo o cumprimento dos contratos e a eficiência econômica, como

poderá desestimular determinados segmentos do financiamento habitacional, como já aconteceu no passado recente do país.

A lei fundamental da oferta e da procura, ainda que imperfeita em alguns mercados, existe. Quanto maior a oferta de crédito, menor tende a ser o preço do dinheiro (juros). A oferta de crédito habitacional tende a aumentar, com os necessários e típicos incentivos dentro de um sistema de mercado que significam sobre ótica jurídica se aumentarem os mecanismos de cumprimento e eficácia dos contratos, especialmente das garantias. Realisticamente, o que o Poder Judiciário pode oferecer aos agentes econômicos (e à sociedade, portanto) são decisões previsíveis, ágeis, que garantam aos investidores o respeito à lei e ao contrato e um rápido acesso às garantias, em caso de inadimplemento.

Com efeito, a análise dos problemas jurídicos e dos casos trazidos ao judiciário (especialmente aqueles atinentes aos contratos, e mais precisamente do mercado de crédito), não pode desconhecer esta realidade nem acontecer no vácuo social. O contrato, como demonstrado por Luhmann e Teubner, promove o “acoplamento estrutural” (interconexão ou comunicação na linguagem vulgar) do sistema econômico com o sistema jurídico.³² O que equivale a dizer, nas palavras de Roppo, que o direito contratual é *a veste jurídica de uma operação econômica*³³. E toda vez que se quiser, por meio de normas jurídicas, transformar a

³¹ Como constata PINHEIRO, 2005.

³² Conforme TIMM, Luciano. “Função social do contrato: a hipercomplexidade do sistema contratual em uma economia de mercado”. In Direito e Economia. São Paulo, THOMSON-IOB, 2005, p. 107.

³³ Assim registrado na notória lição: “o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autónoma, dotada de autónoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental.” ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução Ana Coimbra, M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

realidade econômica e social, podem ser criados grandes custos de transação³⁴ e significativos índices de ineficácia social (no sentido sociológico) e ineficiência econômica e social (no sentido dado pela Ciência Econômica).

Este aumento de custos econômicos e sociais, trazidos por uma maior intervenção legal e judicial nos contratos e nas suas garantias, somente se justificaria coletivamente se houvesse um aumento do bem estar social, ou seja, se a melhora de um mutuário não prejudicasse outra pessoa (eficiência de Pareto) ou se este mutuário pudesse compensar a parte prejudicada (Kaldor-Hicks).³⁵

Mas não é isso que acontece quando se protege o mutuário inadimplente paternalisticamente. Só ele sai ganhando ao não retornar ao sistema exatamente o que dele tomou. A perda social é na mesma proporção de seu ganho. De modo que se se aumenta a sua dignidade, o que se faz coletivamente é colocar o próprio sistema habitacional em crise, trazendo maior prejuízo ao bem estar social, aumentando a taxa de juros, diminuindo os financiamentos para novos mutuários, como a própria história do BNH e do seu ocaso demonstrou.

Na linguagem dos economistas, o que tende a acontecer nestes casos de revisão contratual e das suas garantias (quando isso implica perda de ingressos para o sistema financeiro) é a externalização de um custo, já que parte do financiamento será repassado para

³⁴ Custos de transação são aqueles custos gerados numa economia de mercado para negociar e para fazer cumprir contratos. Ver entre outros COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. The University of Chicago Press, Chicago, 1988.

³⁵ Sobre eficiência consultar COLEMAN, Jules. **Efficiency, Utility and Wealth Maximization**. In KATZ, Avery W. (org.). *The economic approach to law* já citado, p. 10 e ss.

a coletividade, o que é nova fonte de ineficiência pois ela faz com que o agente econômico não reflita integralmente sobre o preço de suas preferências de consumo.

É neste contexto que deve ser analisado o instituto da alienação fiduciária em garantia de imóveis, prevista especialmente na Lei 9514/97, e que ensejaria, se literalmente aplicada, um mais rápido acesso das instituições financeiras às garantias bancárias. Esse mecanismo daria segurança às operações de financiamento habitacional, dinamizando o mercado desse setor. Contudo, o enfraquecimento do contrato de mútuo causado por precedentes judiciais acaba por enfraquecer a sua garantia, que lhe é acessória. Dificultando o acesso da instituição financeira à recuperação da posse do bem alienado (seja negando liminares de reintegração de posse, seja revisando cláusulas contratuais e garantido o devedor na posse do bem durante a discussão do processo), acaba-se criando um desincentivo para a propagação da alienação fiduciária em garantia no mercado imobiliário.

Evidentemente que não se está a dizer aqui que a Ciência Econômica deva tomar o lugar do Direito e que o juiz deva ser não um aplicador de normas, mas de teorias econômicas. O que se está defendendo é que a lei deva ser aplicada o mais próximo de sua literalidade e de sua finalidade, que é o de viabilizar a rápida recuperação do bem alienado em caso de inadimplemento. Se se quer levar em conta as conseqüências das normas para a sociedade, deve-se valer da Economia, que é a ciência por excelência da maximização do bem-estar. É esta Ciência, que por seus meios quantitativos e de observação empírica, é aquela dentre as ciências sociais que está mais próxima do ideal das ciências de conseguir estabelecer hipóteses positivamente e prever resultados.³⁶

Nesse cenário, portanto, parece-nos que a via mais adequada de se atingir os valores constitucionais de maior acesso possível à moradia, de dignidade da pessoa humana é justamente a aplicação do método de análise da *interpretação econômica do direito*, movimento que deve ser amplamente refletido e divulgado no circuito acadêmico norte-americano há pelo menos vinte anos. Isso sob pena de vermos, como anuncia tão lucidamente o ex-presidente do banco Central, Gustavo Loyola,³⁷ “um risco pairando crescentemente sobre o crédito imobiliário”, risco este que se traduz, economicamente, em *custo*, sobre o que explica: “Aumentar o custo de contratar significa, em última análise, reduzir o volume de transações, o volume de contratos e/ou encarecer os contratos. Vale dizer, nesse caso específico, reduzir o montante de crédito imobiliário e/ou encarecer o crédito imobiliário.”³⁸.

Em resumo, se se quiser um desenvolvimento do mercado imobiliário com base na alienação fiduciária em garantia, o Poder Judiciário deve aplicar a Lei 9.514/1997 o mais próximo de sua letra, reconhecendo os remédios nela previstos como algo socialmente desejável e eficiente e tendo em conta os reflexos de uma decisão tomada em um caso concreto – aproximando-se o *law in action* do *law on the books*³⁹. Além disso, os juízes de primeira instância devem estar atentos para aplicar os precedentes criados pelas cortes superiores para dar previsibilidade aos agentes econômicos que atuam no setor imobiliário.

³⁶ Para este debate, ver todo o Capítulo Primeiro da obra organizada por Avery Wiener Katz, intitulada “Foundations of The Economic Approach to Law”. New York, Foundation Press, 1998.

³⁷ LOYOLA, Gustavo. Aspectos Econômicos do Código Civil. In: O CRÉDITO Imobiliário em face do Novo Código Civil, op. cit, p. 172.

³⁸ Ibidem, p. 174.

³⁹ Conforme sugestão de Cooter em *Inovation, Information and the Poverty of Nations*, em 33 Fla. St. U.L. Rev. 373.

CONCLUSÃO

A Lei 9.514/1997 reconheceu a figura da alienação fiduciária em garantia para o sistema financeiro imobiliário. Em teoria, trata-se de uma garantia muito mais eficaz do que a hipotecária, pois viabiliza uma recuperação mais rápida do credor do bem oferecido em garantia ao financiamento. Contudo, o instituto não “pegou” no mercado. As razões disso, sob o *prima do Direito*, não está na legislação (que é boa e contém os mecanismos necessários para seu eficaz funcionamento), mas na cultura jurídica brasileira paternalista e atomista, que vê a lide, o problema social posto no processo, mas não enxerga o impacto da decisão no ambiente econômico e social.

Não se pode desconhecer que a Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil Brasileiro inauguraram uma nova fase aos contratos em que a função social do contrato e de suas garantias devem ser ponderadas diante da própria literalidade do texto legal. Contudo, favorecer o mais fraco na lide, como princípio, não garante uma melhora coletiva.

Aquelas regras que permitem a revisão judicial do contrato e das garantias enquanto paralisada toda a cadeia sucessiva de pagamentos e de medidas executivas, de que a inadimplência contratual e o estancamento do exercício do direito de crédito pelo seu titular não importa apenas numa relação bilateral individualizada (em exame pelo Juiz), mas afeta o contexto econômico e social do próprio país, visto que o desenvolvimento de cada nação depende da credibilidade, seriedade e efetividade das suas *instituições*, entre as quais, com muito impacto, os sistemas legal e judicial.

Nas operações de crédito imobiliário (como aquelas garantidas por alienação fiduciária) é necessário gerar um grande número de contratos análogos a ponto de formar o fundo coletivo que suportará o interesse de todos, cuja satisfação e segurança dependerão, em larga medida, da preservação e cumprimento desta rede de contratos nos exatos termos previstos pelo legislador.

Acredita-se que esta interpretação econômica dos contratos e de suas garantias possibilitará o desenvolvimento do setor imobiliário baseado na alienação fiduciária em benefício de toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro da Habitação**. 2. ed. Curitiba: Juruá, Curitiba, 2002.

BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. In KATZ, Avery W. **Foundations of The Economic Approach to Law**. New York, Foundation Press, 1998, p. 04 e ss.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. Adequação da Cláusula Penal aos Princípios do Código de Defesa do Consumidor**. In Revista de Direito Imobiliário. n.45. São Paulo: IRIB, 1998.p.07-103.

COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chigago: The University of Chicago Press, 1988.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. Boston: Addison Wesley, 2003.

DRUCK, Tatiana Oliveira. O Novo Direito Obrigacional e os Contratos. In DIREITO de Empresa e Contratos: Estudos dos Impactos do novo Código Civil. Porto Alegre, IOB, 2004. p.33-55.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Principais Inovações nos Contratos. In O Credito imobiliário em face do Novo Código Civil. São Paulo:IRIB:ABECIP, 2005. p. 219-254.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOYOLA, Gustavo. Aspectos Econômicos do Código Civil. In: O Crédito Imobiliário em face do Novo Código Civil. São Paulo:IRIB:ABECIP, 2005. p.157-184.

KATZ, Avery Wiener. **Foundations of The Economic Approach to Law**. New York, Foundation Press, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: parte especial**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v 23.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: novos paradigmas. Renovar, RJ/SP, 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge University Press, 1990.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: TIMM, Luciano (Org.) **Direito e economia**". São Paulo, Thomson/IOB, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. São Paulo: Campus, 2005.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**. Tradução Adriano Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas, Servanda, 2001.

REALE, Miguel. Prefácio. In: MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de Crédito Bancário**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN, 2003.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Crédito Habitacional como Instrumento de Acesso à Moradia. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 36, out./dez. 2000.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução Ana Coimbra, M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 127-150.

TIMM, Luciano, org. **Direito e Economia**. São Paulo, Thomson-IOB, 2005

TENERELLO, Décio. **O Crédito Imobiliário em Face do Novo Código Civil**. São Paulo: IRIB: ABECIP, 2005.

TREBILCOCK, Michael J. **The limits of Freedom of Contract**. Cambridge, Harvard University , 1993.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna: contribuição à crítica da teoria social**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1979.

WALD, Arnaldo. **Novos Instrumentos para o Direito Imobiliário: Fundos, Alienação Fiduciária e "Leasing"**. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 60, n. 432, out. 1971. p.249-253.

ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Raquel, org. **Direito e Economia**. São Paulo, Editora Campus, 2005.