



ADRIANA PACHECO MARQUES DOS SANTOS

BEM IMÓVEL EM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

O litígio em fase de leilão sob a Teoria da Análise Econômica do Direito

São Lourenço/MG
2021



ADRIANA PACHECO MARQUES DOS SANTOS

BEM IMÓVEL EM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

O litígio em fase de leilão sob a Teoria da Análise Econômica do Direito

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pela aluna Adriana Pacheco Marques dos Santos como requisito para obtenção do título de Bacharel, do Curso de Direito, da Faculdade de São Lourenço.

Orientador: Prof. Marcos Antonio Pinto Teixeira.

São Lourenço/MG

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	3
1 INTRODUÇÃO	4
2 TEMA.....	4
3 PROBLEMA	4
4 OBJETIVO GERAL	5
4.1 Objetivos específicos.....	6
5 JUSTIFICATIVA	6
5.1 As origens do direito e da economia modernas: abordagens positivas versus normativas.....	7
5.2 Preferências sociais aplicada aos leilões.	9
5.2.1 Leilão e mercados.....	12
5.3 O método analítico da teoria na normatização dos leilões.	14
7 METODOLOGIA	17
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	18
9 REFERÊNCIAL TEÓRICO.....	19

1 INTRODUÇÃO

Compreender as transformações econômicas à alienação para, consolidação da propriedade em fidúcia e, os objetivos e fundamentos presentes em como a ciência econômica (clássica) atua não como fim, mas meio (método) para satisfação do crédito, buscada pelo credor fiduciário. As informações contidas no projeto circundam no estudo bibliográfico e dialético entre o Direito e a Economia, nos institutos dos leilões extrajudiciais em alienação fiduciária de imóveis e os preceitos envolvidos nos leilões judiciais, o Código Civil Lei 10.406 de 2002 e, o Código de Processo Civil Lei 13.105 de 2015.

Palavras-chave: Direito Civil. Leilão de Bem Imóvel em Alienação Fiduciária. Análise Econômica do Direito.

2 TEMA

Compreender a execução dos leilões previstos no ordenamento sobre coisa imóvel em garantia fiduciária, à luz dos objetivos do legislador presentes nas normas que permeiam o instituto da execução fiduciária através da teoria da análise econômica tradicional.

3 PROBLEMA

Na instituição da alienação fiduciária, regulamentada no Brasil pela Lei 9.514/1997, há duas pessoas principais, o alienante fiduciante, que é aquele que busca um crédito e oferece um bem em garantia do pagamento, e o credor fiduciário, sendo aquele que oferece um crédito e obriga-se a devolver a garantia havendo o adimplemento da dívida. É, correto afirmar, então que, na alienação fiduciária em garantia¹ dá-se a transferência do domínio do bem móvel ao credor, porque, mesmo, a posse direta da coisa permanecendo com o devedor, o credor possui o domínio e a posse indireta. Com a inadimplência, o tema subdivide-se não apenas aos

¹ Em geral uma financeira quem fornece numerário para a aquisição como garantia do pagamento da dívida, - "terão por finalidade a aquisição e securitização desses créditos e a emissão e colocação, no mercado financeiro" art3º - e, de uma maneira geral, os bancos, que atuam no Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, art 2º - promovendo o financiamento, por exemplo (Lei 9.514/1997).

contratos e aos litígios, mas, também, à incerteza do excedente ao bem-estar social² quando, em fase de leilão, o preço não garante a satisfação do crédito.

Enfatiza-se até que ponto a norma possibilita a extensão do credor em perseguir a satisfação plena do seu crédito no leilão de bens imóveis alienados em contratos de fidúcia, quando na supracitada lei, em caso de haver o segundo leilão, se o maior lance não alcançar o valor mínimo considerar-se-á dívida extinta, e o credor estará exonerado da obrigação de entregar ao alienante fiduciante a quantia indenizatória - art 27 §5º-. Apresenta-se a possibilidade da ocorrência de perda quando há incerteza do excedente ao bem-estar social da garantia, ou seja, o risco da coisa dada em garantia não alcançar, eventualmente, a valorização comercial de mercado, por exemplo, o leilão do bem alienado não apresentar a exigência de um preço mínimo, sendo esse o preceito que mais difere na normatização quando é por via adjudicatória tradicional, que nessa, deverá ser realizada pelo valor da avaliação, contudo, naquela por iniciativa do particular, o juiz poderá fixar um valor inferior ao da avaliação, mesmo que razoável segundo seus critério cognitivos.

Vê-se, portanto, uma reflexão a ser feita na temática dos aspectos da alienação fiduciária de imóveis em garantia, a possível desvantagem quando o preço do leilão do imóvel não for suficiente à quitação dos débitos totais em aberto pelo alienante fiduciante, devido à incerteza sobre o risco de a garantia não obter valorização comercial de mercado no preço do leilão. O tema questiona quais dos procedimentos auxiliariam a decisão tomada pelo credor, aplicando o conhecimento jurídico tradicional na seara do sistema adjudicatório principal (Judiciário) e no extrajudicial, mitigando, as assimetrias de informação (deficiências sistêmicas), quando desconhecem o risco sobre a propriedade posta em execução, para quitação do crédito quando em garantia real.

4 OBJETIVO GERAL

² Uma escolha eficiente é aquela que maximiza alguma medida de valor. Na Análise econômica a medida de valor usualmente utilizada é o que chamamos de “formula do bem estar social”. (...) A economia presume que todo indivíduo racional possui (...) predileções associadas a um “nível de satisfação”, que aqui chamaremos de nível de utilidade, atribuído a diferentes situações reais. (...) Desta maneira, o conceito de eficiência está associado à maximização da formula do bem-estar social. Será eficiente toda medida que gerar a maior satisfação do maior número de indivíduos de uma sociedade. Esta ideia é base da filosofia utilitarista. Porto, Antônio Maristrello, Garoupa, Nuno, Curso de Análise Econômica do Direito, São Paulo, Editora Gen Atlas, FGV DIREITO RIO, 2020, p. 58-59.

Estudar a execução do leilão de bem imóvel oferecido à concessão de crédito, compreendida seus objetivos no sistema financeiro imobiliário brasileiro, sob o método juseconômico com o objetivo de analisar as transformações trazidas à ação de alienação fiduciária de bens imóveis pelas normas, com o escopo de buscar uma melhor compreensão econômica sobre a operabilidade da exigência do valor mínimo em leilão em detrimento das assimetrias de informação (deficiências sistêmicas) quando frustrado o segundo leilão.

4.1 Objetivos específicos

Objetivando, nestes termos:

A. Compreender o procedimento dos leilões na execução da garantia em alienação fiduciária, pelos deveres e direitos do direito de propriedade, no que tange a prestação da garantia em contratos de fidúcia, através dos fundamentos da teoria da análise econômica clássica, que, quando aplicada como método permite uma aferição, teórica, sobre o comportamento econômico do indivíduo;

B. Apontar os elementos normativos da alienação fiduciária como garantia real no decurso das execuções, porque mantida a segurança jurídica que pauta as relações de acordo, estabelecidas pelo que é juridicamente possível (dever-ser), pretende-se a percepção de como os leilões podem afetar a tomada de decisão dos envolvidos no litígio para que seja satisfeito o crédito;

C. Compreender como o leilão judicial auxilia na resolução de dívidas com instituições financeiras, enquanto o leilão extrajudicial ajuda nas vendas de imóveis que não optaram pela via tradicional processual, e a obrigatoriedade normativa das execuções dos imóveis em garantia fiduciária.

D. Analisar os requisitos dos leilões aplicados na alienação fiduciária de bens imóveis, e quaisquer, outras, considerações, que puderem ser produzidas sobre execuções judiciais e extrajudiciais de bens imóveis, que possuam conexão com o tema principal e, a busca, experimentada, pelo credor fiduciário para garantia do preço que satisfaça o crédito;

5 JUSTIFICATIVA

O direito é um elemento essencial de ordenação de qualquer sociedade moderna. Ao estruturar e limitar a ação dos membros de uma dada sociedade traz previsibilidade e, algum

nível de segurança sobre o futuro das relações. No entanto, a simples presença do direito não é suficiente para que ele cumpra seu papel de coordenação (controle e regulação), nesse sentido, o direito processual (que regula as prestações do serviço adjudicatório no ramo do direito civil e, em analogia, os procedimentos extrajudiciais), no sistema adjudicatório tradicional (Judiciário), pode ser entendido, como o conjunto de regras (instituição) criadas para organizar e limitar a atuação dos agentes integrantes do sistema da atividade pública, além das partes que dele participam.

Todo o sistema jurídico deve estar preparado para lidar com eventuais violações, ou possíveis omissões, de regras impostas, e, ou dúvidas hermenêuticas diante de situações concretas e, em casos ainda não regulados. O momento jurídico é perfeito à análise dos fundamentos e dos instrumentos pertencentes a Análise Econômica do Direito, e consequentemente a interdisciplinaridade entre o Direito e a Economia.

O tema apesar de demonstrar ter complexidade, o estudo que os contratos cíveis possuem exigem o despertar pelo interesse à ciência econômica e seus fundamentos (“*Law and Economics*”). Compreender a tomada de decisão, dos agentes, em como procurarão a satisfação desse crédito no leilão judicial, se, quando limitado é melhor que escasso, se o custo de algo é medido pelo custo de oportunidade (benefício x custo), se, por assimetria de informação, houver falha de mercado as consequências do não adimplemento da dívida levam o credor e os envolvidos no leilão à racionalização das suas escolhas.

5.1 As origens do direito e da economia modernas: abordagens positivas versus normativas.

A economia forneceu o rigor analítico necessário através de periódicos em revistas especializadas³, essas estabeleceram um fórum valioso para o estudo da vasta estrutura econômica do direito e do corpo jurídico presente no sistema moderno. O ferramental analítico surge “quando a academia jurídica buscava por uma ferramenta que permitisse a avaliação crítica da lei, ao invés de apenas fortalecer as consistências dogmáticas do sistema”⁴.

As origens das escolas de Chicago e Yale de direito e economia são atribuíveis ao trabalho inicial de diversos estudiosos, incluindo o trabalho pioneiro de Ronald e Guido

³ Parisi, Francesco, *Positive and Functional Schools in Law and Economics*, 2004, p. 2-3. Tradução da autora.

⁴ Parisi, Francesco, *Positive and Functional Schools in Law and Economics*, 2004, p. 3. Tradução da autora.

Calabresi no início dos anos 1960, com as diferenças metodológicas vieram à tona diversas práticas, mas é com Richard Posner na década de 1970⁵ que a escola de Chicago lançou a maior parte de suas bases, se desenvolvendo de forma rápida após os anos 1970, tornando-se uma disciplina no campo do direito.

Na Escola de Chicago por seu defensor Richard Posner apud Porto e Garoupa (2020 p. 56), que, tendo a base teórica “ligada pelo aumento da eficiência de uma nação para gerar maior quantidade de bens e serviços”⁶, Posner distingue riqueza ou utilidade esperada de preços de mercado, trazendo a pretensão, que, a norma jurídica seja elaborada para que se induza ao comportamento de escolhas eficientes (úteis) aos indivíduos. Ao contrário da riqueza (ou quantidades de recursos físicos), a utilidade não pode ser medida objetivamente. “Seguindo Posner, vários praticantes de análise econômica do direito se afastaram do ideal utilitário do século XIX de maximização da utilidade, em vez disso, eles têm usado cada vez mais um paradigma de maximização de riqueza”⁷.

Em contraste, Calabresi afirma que um aumento da riqueza não pode constituir melhoria, a menos que promova outro objetivo, como utilidade ou igualdade, argumenta que a eficiência e a distribuição são ingredientes da justiça, negando aquele, a troca da eficiência pela justiça. Da mesma forma, como Coase observou:

Os economistas chegaram a perceber que o outro as ciências sociais estão interligadas com o sistema econômico e que fazem parte do sistema em si. Por este motivo, o direito e a economia não podem mais ser avaliados como um ramo da aplicação microeconomia; em vez disso, deve ser visto como uma contribuição para uma melhor compreensão do próprio sistema econômico.⁸

Surgem, portanto, duas proposições conforme filosofia utilitarista liberal. A hipótese primária avançada pela análise econômica positiva do direito é, portanto, (verdade/ o que é/ fato), “a noção que a eficiência é o fator predominante que molda as regras, procedimentos e instituições do direito”⁹, ou seja, a análise positiva parte do pressuposto que o “Direito é um compilado de normas, cujo objetivo de pesquisa é identificar o sentido do conteúdo do que está

⁵ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p.17 apud Porto, Antônio Maristello, Garoupa, Nuno, *Curso de Análise Econômica do Direito*, São Paulo, Editora Gen Atlas, FGV DIREITO RIO, 2020. p. 55.

⁶ Porto, Antônio Maristello, Garoupa, Nuno, *Curso de Análise Econômica do Direito*, São Paulo, Editora Gen Atlas, FGV DIREITO RIO, 2020, p. 21.

⁷ Parisi, Francesco, *Positive and Functional Schools in Law and Economics*, 2004, p. 11. Tradução da autora.

⁸ Parisi, Francesco, *Positive and Functional Schools in Law and Economics*, 2004, p. 4. Tradução da autora.

⁹ Tradução da autora. *Idem*, p. 6.

constituído, o seu alcance e, como os agentes se comportam” (Gico, 2020, p. 12-13), mas, “reconhecem os limites de seu papel em fornecer prescrições normativas para mudança social ou reforma legal”¹⁰. E ao contrário, “a escola de direito e economia de Yale, muitas vezes descrita como a "normativa", acredita que há uma necessidade maior de intervenção legal, a fim de corrigir formas generalizadas de falha de mercado”¹¹. Essa segunda vertente, nos ditames de sua filosofia geral, o Direito é capaz de condicionar o comportamento econômico dos agentes, porque os indivíduos procuram maximizar racionalmente, ou seja, atribuem sentidos de valor ao que pretendem realizar, satisfazer, na tentativa de contornar a escassez, ponderando sobre as vantagens e desvantagens da sua ação, ou seja, a AED normativa (relacionada ao critério de valor/ é o que deve ser), se apresenta como “auxílio na escolha dentre as alternativas possíveis a mais eficiente” (Gico, 2020, p. 13-14) no sentido de como deveria ser a lei, dada a necessidade da busca por justiça (bem-estar social). Temos então que, a análise da racionalidade dos agentes é um dos postulados econômicos de ponderação, “o segundo pressuposto da análise econômica é que os recursos são escassos”¹² e, levam à procura de utilidades (preferências, terceiro pressuposto da AED) e à eficiência, ao encontro da ideia de solidariedade e geração de bem-estar social.

De forma geral, pode-se dizer, para os juristas, que, essa diferenciação “é necessária para uma verdadeira compreensão do mundo fenomenológico e para a aquisição do conhecimento e do ferramental necessário”¹³, com fito de aproximá-los do que a sociedade acredita ser o mundo, a seu ver, ideal, ou seja, a análise econômica do direito atuará como ferramental de auxílio à investigação sobre o comportamento econômico dos envolvidos quando valoram a maximização de suas escolhas, atendendo-se em responder as consequências de um conjunto jurídico, ou determinada regra e, qual deveria ser aplicada.

5.2 Preferências sociais aplicada aos leilões.

A primeira ótica, sob a qual será analisada as preferências de maximização de riqueza, é aquela proposta pelo teorema de Coase: quando existir uma externalidade negativa é mais

¹⁰ Tradução da autora. Idem, p. 6.

¹¹ Tradução da autora. Idem, p. 6.

¹² Gico Junior, Ivo Teixeira, *Análise Econômica do Processo Civil*, Editora Foco, Indaiatuba, São Paulo, 2020, p. 17.

¹³ Gico Junior, Ivo Teixeira, *Análise Econômica do Processo Civil*, Editora Foco, Indaiatuba, São Paulo, 2020, p. XV

fácil encontrar uma alocação mais eficiente de recursos quando as partes envolvidas barganham (negociam), independente da interferência das regras jurídicas do Estado, ou do Governo, porque esta decisão será eficiente aos envolvidos e à economia desde que não haja custos de transação e, que os direitos estejam claramente definidos. O ponto de equilíbrio¹⁴, importante, incorporado como base, para o debate Direito e Economia, na possibilidade, do uso do Teorema de Coase¹⁵, é, quando, uma variante dentro do sistema jurídico cria incentivos para que os agentes da sociedade possam aumentar suas riquezas, permitindo observar se o custo de transação quando o direito define, como quem irá pagar os custos do direito de propriedade, mas o resultado será economicamente racional e, será igual a zero, se não observar a utilidade das instituições, mas quando os custos de transação são positivos, conforme se apresenta na maioria dos mercados, as instituições são consideradas úteis. Um dos colaboradores mais destacados à compreensão das instituições é Douglas North, ganhador do Nobel de economia:

(...) que compara as instituições com as regras de um jogo; estas “regras” reduzem a incerteza ao descrever e restringir as escolhas dos indivíduos(...). Nesse sentido, os indivíduos decidem como se comportar a partir do conhecimento das regras, maximizando seus interesses, sejam eles econômicos ou não”. (North, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University. Press, 1990, p. 3, North apud Porto e Garoupa, 2020, p. 22).

Segundo North¹⁶, os indivíduos influenciam o desempenho da economia através das limitações impostas pelas instituições que instituíram para si mesmos. Ponto relevante, das instituições “formais e informais”¹⁷, que moldam o comportamento dos agentes, é quando o preço pago pelo agente por determinada escolha, é influenciado por meio de rotina padronizada com fito em reduzir os custos de transação fazendo com que o agente aja sem as incertezas decorrentes das relações humanas, também, contudo, essa teoria analítica apesar de escolher como valor principal a ser buscado pelo Direito: a eficiência (pressuposto do método econômico), em obras mais recentes, conforme destaca Porto e Garoupa (2020, p. 61-62), vem

¹⁴ Esse é o sentido de solidariedade e eficiência compreendido pela teoria: “O referido teorema foi publicado por Ronald H Coase, em artigo intitulado *The Problem of Social Cost*, em 1960. Segundo ele, o dano pode não ter sido causado apenas por uma parte, mas uma delas será obrigada a arcar com o prejuízo. Nesse sentido, a externalidade não deve ser internalizada, necessariamente, por quem a causou. Não se confunda a “causalidade jurídica” (A provocou acidente que B sofreu) com a “causalidade econômica” (o acidente decorre de A e B estarem no mesmo local naquele momento). No segundo caso o prejuízo ao ser arcado por B não pode ser considerado injusto porque ele é tão causador como A.” Coase Porto, Antônio Maristello, Garoupa, Nuno, *Curso de Análise Econômica do Direito*, São Paulo, Editora Gen Atlas, FGV DIREITO RIO, 2020, p. 171.

¹⁵ *Idem*, p. 45

¹⁶ North apud Gico Junior, Ivo Teixeira, *Análise Econômica do Processo Civil*, Editora Foco, Indaiatuba, São Paulo, 2020, p. 30.

¹⁷ *Idem*, 2020, p. 29-46.

sofrendo mitigação, adotando posicionamento mais brando e pragmático, elegendo a eficiência como mais um valor a ser perseguido pelo Direito, e não mais como o único ou o mais importante dentre os preceitos econômicos. Vale ressaltar, também que, para North não significa, que essas instituições, “conjunto de regras criadas pelo indivíduo que regulam a interação no meio social”¹⁸, são necessariamente eficientes. Contudo, possuem influência direta e indireta sobre o custo de troca e de produção, aponta, também, porque que as tecnologias empregadas determinam, o que chama de, custos totais (composto pelo custo de transação e de produção). No mesmo sentido Coase, indicou, sob sua abordagem, “a coesão das técnicas econômicas”¹⁹ torna possível uma mudança no estado de direito e, afetará o comportamento humano, alterando a estrutura de preço relativo à efetivação do crédito e, portanto, a restrição do problema de maximização da riqueza, servindo de paradigma para a análise de direito, pode, portanto, ser promovido ou restringido por normas legais.

Conforme, Ivo Teixeira Gico Junior, “tornando o comportamento econômico individual compatível com os objetivos da sociedade, (...) a harmonização de objetivos individuais e sociais cria uma “mão invisível” que promove o desenvolvimento”.²⁰ Ademais, é possível notar que a concepção do desenvolvimento da análise econômica do direito, assim, como as características das vertentes positiva e normativa, demonstram uma propositura adequada como método para novas perspectivas de interpretação e aperfeiçoamento das instituições, nesse sentido, matematicamente, seguindo a filosofia utilitarista, é possível pensar o bem-estar da sociedade como sendo uma função do bem-estar social dos consumidores, fornecedores e produtores. Se medido por meio do conceito excedente econômico (ganhos somados), a relação de riquezas está em quando cresce o bem-estar de um indivíduo, cresce também o bem-estar social, ou seja, se o primeiro é uma função do segundo cada contrato firmado individualmente na sociedade aumenta o seu bem-estar como um todo, “o sentido do termo função, aqui matemático é $(f(x)=ax+b)$ ”²¹.

¹⁸ North, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University. Press, 1990, apud Gico Junior, Ivo Teixeira, *Análise Econômica do Processo Civil*, Editora Foco, Indaiatuba, São Paulo, 2020.

¹⁹ Parisi, Francesco, *Positive and Functional Schools in Law and Economics*, 2004, p. 3. Tradução da autora.

²⁰ Porto, Antônio Maristello, Garoupa, Nuno, *Curso de Análise Econômica do Direito*, São Paulo, Editora Gen Atlas, FGV DIREITO RIO, 2020, p. 45.

²¹ Porto, Antônio Maristello, Garoupa, Nuno, *Curso de Análise Econômica do Direito*, São Paulo, Editora Gen Atlas, FGV DIREITO RIO, 2020, p. 190.

A teoria dos jogos²², ou seja, as regras dos jogos de barganha²³ compreendida no processo de tomada de decisão por parte dos agentes, que estejam interagindo entre si, permite, portanto, pela cooperação de um jogador com o outro, a maximização dos ganhos individuais, ou seja a melhor decisão será a que beneficiará os dois lados. A aplicação da teoria permite tomadas de decisões baseadas na razão, porque através de uma visão macro é possível fazer a análise dos riscos, pensar em escolhas que produzam o melhor resultado possível para cada agente (jogador em determinado jogo). Como efeito, é possível, realizar analogia, quando a análise de um determinado leilão (jogo) em que os players (agentes) produzirão resultados, levando em consideração a possível decisão de cada jogador, com seus lances relativos a alocação de recursos (estratégias) e a formação de preço do objeto (que já possui regras previamente estabelecidas) posto em leilão.

5.2.1 Leilão e mercados

Os campos, nos quais, o diálogo, entre direito e economia, se demonstram fecundos abrangem matérias nas quais é mais evidente a existência de interesses comuns, como o caso em estudo. Nota-se que, os leilões, se basearam em elementos como eficiência, competitividade e assimetria de informação para desenvolver uma teoria codificada que diminuísse as falhas do mercado e permitisse as vendas pelo poder público, isto é, o “*true value*”. O aumento de mercados competitivos e a tentativa de se chegar a um preço não vil (economicamente satisfatório)²⁴ ao ser teorizado pode eliminar consideráveis diferenças de valores entre os

²² (...) engloba um conjunto de teorias filosóficas, matemáticas, estatísticas e políticas sobre (...) situações que envolvem a adoção de estratégias para a tomada de decisão, em razão da interdependência das ações dos agentes envolvidos. Isso significa que as decisões de cada jogador influenciam os resultados para os demais e, por sua vez, as decisões que irão tomar. (...) podem ter três principais aplicações(...) fornecem uma compreensão adequada, envolvendo a descrição e a análise de problemas de decisão interativa entre agentes racionais, isto é, as situações de jogo. Em segundo, ajudam a solucionar situações em que há potencial de conflito e nas quais algum grau de cooperação é desejável por parte dos agentes. Por fim aprofundam o entendimento acerca da interações estratégicas e do papel das regras jurídicas(...) podendo servir para criação de mecanismos normativos de incentivo, com o intuito de produzir determinados comportamentos desejáveis.” Idem, p.115.

²³ “A teoria dos jogos de barganha serviu como base para a elaboração de uma teoria econômica da propriedade e do direito de propriedade. (...) O autor apresenta duas premissas básicas para chegar a uma alocação eficiente de recursos em casos de negócios sobre a propriedade, quais sejam: definição clara sobre o direito de propriedade e ausência de custos de transação entre os agentes.” COASE, Ronald H. The problem of social cost. The Journal of Law and Economics, v3, 1960, apud Porto, Antônio Maristello, Garoupa, Nuno, Curso de Análise Econômica do Direito, São Paulo, Editora Gen Atlas, FGV DIREITO RIO, 2020, p. 170-171.

²⁴ A teoria racional não admite(...) que jogadores estejam participando do jogo com objetivos que vão de encontro aos seus próprios ganhos individuais. Isto é, que eles conscientemente optariam por estratégias que acarretariam em *payoffs*, ou resultados, piores em comparação com outras escolhas possíveis, uma vez que isso violaria os preceitos lógicos e a busca pela maximização de seu próprio bem-estar. Seria, portanto irracional. Ou

agentes (*players*), isto é, a grande competitividade de um certame, aliado à amenização do elemento da assimetria de informação podem conduzir ao chamado *true value*²⁵ (valor verdadeiro). Também merece o destaque o autor Rubens Sardenberg, Economista e diretor de Regulação Prudencial, Riscos e Assuntos Econômicos da Federação de Bancos (FEBRABAM), no qual em 2019, publicou o artigo Crédito e Desenvolvimentos Econômico no livro Direito e Economia Diálogos, promovendo uma análise do sistema financeiro, permitindo, desse modo, em conformidade aos paradigmas dos autores supracitados, o fato do sistema econômico exercer três funções básicas, cruciais, na economia moderna, em especial o papel de provedor de crédito, por acreditar ser um dos principais propulsores do crescimento econômico, em países ricos e desenvolvidos, com sistemas financeiros avançados, sendo:

Primeiro, proteger e remunerar a poupança de empresas e famílias, como ocorre, por exemplo, quando depositamos nosso dinheiro nos bancos e o aplicamos na poupança, em um CDB ou em um fundo de investimento. Segundo, oferecer serviços (...). Terceiro, fornecer crédito para empresas e famílias, sendo essa provavelmente a função mais importante do sistema financeiro (...) por facilitar a alocação eficiente de recursos, em particular canalizando recursos adequados para financiar o investimento.

Dentro desse cenário, a atual garantia utilizada nos contratos de financiamento, no direito imobiliário brasileiro, a alienação fiduciária, surge como forma de securitização, ou seja, como mecanismo de captação de recursos e ao mesmo tempo de antecipação de receitas ao setor produtivo imobiliário para alavancar e estimular a produção imobiliária e, por consequência o sistema financeiro imobiliário.

Com o procedimento extrajudicial imensamente mais célere e eficaz para retomada da garantia pelo agente financiador na hipótese de inadimplemento do devedor (extinção anormal), robustecendo o sistema financeiro imobiliário pátrio com a consequente expansão do crédito para aquisição de mais e mais imóveis, retroalimentando a cadeia produtiva envolvida. (Pascoal, P. E. C.. A alienação fiduciária de imóveis. *Scientiam Juris*, Aquidabã, v.2, n.1, p.6-32, 2014. DOI: <http://doi.org/10.6008/SPC2318-3039.2014.001.0001>. Acesso em 25 de outubro de 2021).

À concessão de crédito se apresenta com, certa, importância para além dos seus requisitos gerais de concessão, mas também dos seus efeitos na aplicabilidade das regras dos leilões quando em contratos de fidúcia, que é uma garantia que, embora existisse, na forma regulamentada sobre bens móveis, não apresentava a mesma lucidez, em matéria, na espécie imóveis, dessa forma,

seja: há uma pressuposição de que os jogadores necessariamente irão optar pela estratégia que lhes proporcionará os melhores resultados, em comparação com a gama de escolhas disponíveis. *Idem*, p. 116.

²⁵ Gico Junior, Ivo Teixeira, *Análise Econômica do Processo Civil*, Editora Foco, Indaiatuba, São Paulo, 2020.

a Lei nº 9.514 de novembro de 1997, representa um novo caminho ao aprofundamento de questões recorrentes nas contratações feitas no mercado de créditos imobiliários. Conforme Pascoal²⁶ a análise, dos dispositivos legais, permitem aferir a repercussão econômica da norma, que, no caso em tela, se mostra extremamente positiva, sobretudo diante do recrudescimento e a expansão do crédito imobiliário.

5.3 O método analítico da teoria na normatização dos leilões.

Conforme, pontua, Porto e Garoupa (2020, p.55), a AED considera as instituições jurídicas como variáveis e observa os efeitos dessas sobre os elementos do sistema. O Contrato do Título de Propriedade Fiduciária é o exercício do Direito de Propriedade, como se observa, esta acaba sendo disposta pelo proprietário, que por sua escolha decide, livremente, expor ao risco que o bem seja retirado de seu patrimônio caso a obrigação avençada não seja cumprida, dentro de uma perspectiva da análise econômica esta decisão é vista como uma decisão racional por parte do agente.

O Código Civil, estabelece:

“Art. 1.362: O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterà: I – o total da dívida, ou sua estimativa” e ainda, a propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do Capítulo I, do Título X, do Livro III, da Parte Especial desse Código e, no que for específico, à legislação especial pertinente, não se equiparando à propriedade plena tratada no art. 1.231.”

A principal diferença entre as duas modalidades de leilão está na forma como os bens estão dispostos. No leilão judicial dispõe que os bens apreendidos ou bloqueados por meio de um processo judicial, por ordem de um juiz, o valor arrecadado é direcionado à quitação de dívidas do credor, impostos e demais custos. Enquanto que no leilão extrajudicial, ao ser uma hipótese de venda que não envolve o sistema adjudicatório tradicional, pode ser motivado desde por inadimplemento ou por escolha do proprietário. Contudo, o leilão de alienação fiduciária extrajudicial é um procedimento determinado pela lei de alienação fiduciária de imóvel (Lei 9.514 de 1997) e, foi regulamentada com o objetivo de trazer mais eficácia aos contratos de financiamento imobiliário, sendo, sua principal relevância a possibilidade de o credor fiduciário reaver o crédito mais rápido em caso de inadimplemento do devedor. Essa interação social está alinhada a necessidade da segurança aos contratos de financiamento imobiliários e,

²⁶ PASCOAL, P. E. C.. A alienação fiduciária de imóveis. Scientiam Juris, Aquidabã, v.2, n.1, p.6-32, 2014. DOI: <http://doi.org/10.6008/SPC2318-3039.2014.001.0001>. Acesso em 25 de outubro de 2021.

posteriormente, a lei 10.931/2004 reforça que ela é um contrato de garantia de quaisquer obrigações a serem prestadas,

Quando esse contrato é pactuado, deve-se atentar sempre ao fato do fiduciante imediatamente transferir ao fiduciário a propriedade resolúvel do bem, claro que, com os pagamentos, o bem retorna ao seu patrimônio, caso contrário será consolidado junto ao credor fiduciário. A consolidação da propriedade, até então não equiparada à propriedade plena tratada no art. 1.231 do CC, se dá em 45 dias, leva-se em conta o prazo para purgar a mora (pagamento da dívida), compreendidos nos 15 dias da notificação²⁷ e 30 dias previstos no art. 26-A, § 1º da Lei, nos casos de financiamento habitacional. Conforme disposto na lei 9.514/1997:

"Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

"Art. 26-A. Os procedimentos de cobrança, purgação de mora e consolidação da propriedade fiduciária relativos às operações de financiamento habitacional, inclusive as operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), sujeitam-se às normas especiais estabelecidas neste artigo.

§ 1º A consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário será averbada no registro de imóveis trinta dias após a expiração do prazo para purgação da mora de que trata o § 1º do art. 26 desta Lei."

Posteriormente, o credor fiduciário deverá no prazo de 30 dias, contados da data do registro, promover público leilão para alienação do imóvel com a devida comunicação das datas, horários e, locais ao devedor. Se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel então será realizado o segundo leilão nos 15 dias seguintes. Nesse segundo leilão será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, Nos 5 dias que se seguirem a venda do imóvel no leilão o credor fiduciário entregará ao alienante fiduciante a importância que sobrar considerando nela o valor da indenização de benfeitorias, se houver, depois de deduzidos os valores das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive, dos tributos e das contribuições condominiais. Esse mesmo sentido, seja na forma judicial ou extrajudicial, é tratado no artigo 1.364 do Código Civil, quando a dívida está vencida e ainda não houver comprovação do pagamento pelo devedor, o

²⁷ Conforme exposto em lei, havendo o atraso no pagamento da prestação deverá ser feita a intimação pessoal do devedor pelo registro de imóveis (ou por oficial de registro de títulos e documentos por aquele designado, ou ainda pelo correio com aviso de recebimento), para que se pague em até 15 dias, com a finalidade de satisfazer a dívida com o bem dado em garantia ao credor fiduciário.

credor fica obrigado a vender a coisa para terceiros e aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobranças, e, somente depois, entregar o saldo ao devedor, se houver.

“Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

§ 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.

§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.” (LEI 9.514/1997).

Todavia, se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida o credor fiduciário considerará extinta a dívida e exonerará o credor da obrigação mediante termo de quitação. Se o valor do imóvel em leilão não for suficiente para cobrir o débito, denota-se que essa quitação não sendo satisfeita, quer dizer que, ainda, não foi encontrado o meio onde, o credor, poderá satisfazer o saldo remanescente.

Na sistemática do CPC/73, quando, atingida a fase de alienação por via judicial, o bem imóvel era submetido às hastas públicas e considerava-se vil, o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação, salvo se o magistrado estipular diferentemente. Na atual execução, conforme nova sistemática trazida pelo CPC/2015, o agora e apenas chamado leilão, na fase de alienação do bem de natureza imóvel, em regra será realizado por meio eletrônico, dito no artigo 882 do CPC/2015, e os lances ofertados num período de tempo fixado no edital (art. 886, IV, do CPC/2015), dentre as providências o texto da lei exige que seja publicado edital: constando o valor avaliado, o preço mínimo, condições do pagamento, além da comissão do leiloeiro designado (artigo 886, II, do CPC/2015). E da mesma maneira que o código antecessor, o atual código processual não admite preço vil, contudo, enquanto no texto anterior, na primeira hasta, o valor da arrematação deveria ser igual ou superior ao da avaliação, na segunda hasta seria cabível falar-se na arrematação por preço inferior, contando que não fosse vil. É neste momento, que o princípio da eficiência e a hermenêutica das escolhas, descrita por Ivo²⁸, atuará na tomada de decisão, de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, o juiz irá investigar, dentro do contexto social, o conflito que se considera preço vil para arrematação,

²⁸ Gico Junior, Ivo Teixeira, *Análise Econômica do Processo Civil*, Editora Foco, Indaiatuba, São Paulo, 2020.

todavia, nesta hipótese específica e nela apenas, o legislador entende que o custo social de um *nom liquet*²⁹ é maior do que o risco alocativo decorrente da decisão judicial.

(...) se o legislador entender que o judiciário está errando na solução do conflito pelos princípios em caso de lacuna, ele próprio poderia promulgar uma lei sobre o assunto e não haveria mais lacuna a permitir a atuação criativa do Judiciário. Sobre essa questão e seu impacto sobre o ciclo da litigância. CF Gico (Jr 2013) e a discussão na seção 35 adiante, apud Gico Jr., 2020, p. 64).

Na resolução de lacuna legal ou ambiguidade do ordenamento jurídico o magistrado está livre para escolher, dentro do campo semântico da lei, a melhor forma de sanar a dúvida hermenêutica, portanto, o texto deve ser interpretado.

No entanto, neste contexto jurídico, interpretar não é apenas atribuir sentido. É também, e principalmente, escolher uma regra jurídica a ser aplicada e, portanto, constitui atividade legislativa em essência. Diante de um texto jurídico (significante) que comporte mais de uma interpretação (significado), por força do artigo 140 do CPC, não pode o juiz se furtar a escolher um dos significados possíveis e se recusar a decidir (*nom liquet*). Ele é obrigado por lei a escolher um dos significados e aplicar ao caso concreto (adjudicação). É justamente porque o magistrado é obrigado a escolher dentre as regras jurídicas possíveis que eu chamo esse exercício interpretativo de hermenêutica das escolhas. (...) No caso de ambiguidade da lei, a interpretação do direito é um exercício político que terá impacto sobre a vida alheia e não o resultado objetivo de um exercício técnico ou científico como se o julgador não estivesse, na realidade, fazendo uma escolha. (Gico Jr., 2020, p. 65).

Embora apresentem certa congruência entre os códigos, o atual se diferencia ao elucidar no artigo 891 do CPC, no parágrafo único, o que considera por preço vil: “considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação”. Na nova sistemática processual será aceito qualquer valor nos lances, desde que não apresente valor vil, se o juiz, por qualquer razão, deixar de estipular o que entende por preço vil, tal omissão não corrompe ou anula o leilão, mas a lacuna trazida pela omissão será preenchida por regra subsidiária constante no próprio parágrafo único do artigo 891, ou seja, “considerar-se-á vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação”.

7 METODOLOGIA

Adotou-se a metodologia da pesquisa bibliográfica, através de conceitos dialéticos e de aplicação multidisciplinar para mediar com a matéria principal (Direito civil: alienação fiduciária) e, com posicionamentos levantados através da “Análise Econômica do Direito”

²⁹ Idem.

(conhecimentos juristas e economistas), com ênfase a compreender como a infraestrutura econômica organiza os leilões judiciais e extrajudiciais. Ora conceitual, mas serão abordados aplicando a hermenêutica jurídica - quando previsíveis possíveis falhas de mercado-, aos conceitos à constituição da fidúcia e ao procedimento de expropriação do bem, para entender a aplicabilidade num plano de eficácia, através dos requisitos exigidos da propriedade dada em garantia.

Na segunda parte, adotou-se o instrumental da AED para análise positiva (e.g. um exercício de prognose), descrevendo como determinadas regras, funcionam no sistema, investigando as prováveis consequências, comparando a eficiência de cada solução possível numa perspectiva de custo-benefício, praticando aqui a ciência econômica aplicada ao direito, e indicando quais regras poderiam ou são adotadas para alinhar incentivos à precaução adequada, ou seja apresentar possíveis alternativas normativas, especialmente pela conjugação dos princípios da efetividade e da menor onerosidade para o cumprimento do pagamento do crédito buscado pelo credor fiduciário.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta etapa final, cumpre sejam designadas as principais observações conclusivas ao presente trabalho. Em primazia, ressalta-se, que, a comparação da eficiência dos leilões a partir dos elementos da análise econômica do direito não é pretensão para se mensurar a exatidão dentre as normas a mais eficiente, todavia, a eficiência, o referido intuito se baseou na solução que trará o maior ganho de bem-estar social, relacionando objetivamente o modo como os instrumentos da análise econômica do direito são aplicados aos leilões, ou seja, para que se aloque à satisfação do crédito buscado pelo credor fiduciário seja socialmente e economicamente eficiente. Espera-se que o debate desperte interesses futuros às frutíferas reflexões no campo de estudo do direito.

Dois elementos que levariam à simetria de informação e, conseqüentemente à eficiência quanto ao preço do imóvel se destacaram: a devida avaliação do bem alienado fiduciariamente em garantia estar constante em edital e, ao ser publicado no edital (art. 886, II, do CPC/2015), o preço deve ser superior ou igual a 50% (cinquenta por cento) da avaliação como mínimo para arrematação. E, a necessidade de uma maior publicidade em suas divulgações, para que os resultados possam vir a ser influenciados, ou seja, o valor verdadeiro seja economicamente satisfatório aos agentes porque estariam mitigadas as diferenças de valores dentro do certame

competitivo. Portanto, o valor estipulado na fixação do preço mínimo na tomada de decisão do livre convencimento e as interferências subjetivas do juiz, estariam pautadas nos princípios da efetividade, da menor onerosidade e da publicidade.

Para a compreensão, foi imperioso o emprego dos conceitos que norteiam o principal elemento dos postulados econômicos de ponderação: a eficiência, no sentido de busca pela utilidade, ou seja, atingir o bem estar-social, para uma exata observação em que fosse possível compreender a estruturação de cada regra sistematizada a esses leilões (AED positiva), E utilizando o elemento eficiência como métrica, bem como, a análise da conveniência e oportunidade dessas normas, (AED normativa). 63A teoria institucional (regras dos jogos), descritos por North, atuam direta ou indiretamente sobre o custo de troca e produção, mas que essas instituições não seriam, necessariamente, eficientes, sendo então apenas mais um valor a ser perseguido. Contudo, através dos jogos de barganha foi possível compreender a propriedade e seu preço para consolidação da garantia. Pode-se observar na normatização a preocupação do legislador em garantir aos investidores de créditos maior segurança na recuperação desses. Ao utilizar o método sobre as consequências do conjunto jurídico dos leilões e, de qual regra aplicar, caso o devedor não efetue o pagamento, podendo o credor fiduciário consolidar a propriedade do imóvel em seu nome em procedimento totalmente extrajudicial, para posteriormente, por não ser equiparada à propriedade, o credor fiduciário deverá promover público leilão.

9 REFERÊNCIAL TEÓRICO

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 15 de julho de 2021.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 25 de outubro de 2021.

Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 25 de outubro de 2021.

Lei Federal nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm> Acesso em:15 de julho de 2021.

Lei Federal nº 13.476, de 28 de agosto de 2017. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13476.htm> Acesso em 15 de julho de 2021.

Lei Federal nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm> Acesso em: 25 de outubro de 2021.

Porto, Antônio Maristrello, Garoupa, Nuno, **Curso de Análise Econômica do Direito**, São Paulo, Editora Gen Atlas, FGV DIREITO RIO, 2020.

Pinheiro, Armando Castelar, Porto, Antônio J. Maristrello, Sampaio, Patrícia Regina Pinheiro, **Direito e Economia Diálogos**, Rio de Janeiro, FGV Editora, 2019.

Gico Junior, Ivo Teixeira, **Análise Econômica do Processo Civil**, Editora Foco, Indaiatuba, São Paulo, 2020.

Parisi, Francesco, Positive and Functional Schools in Law and Economics, European Journal of Law and Economics, Kluwer Academic Publishers. Manufactured in The Netherlands, v.18, 2004, p 259–272.

PASCOAL, P. E. C.. **A alienação fiduciária de imóveis**. Scientiam Juris, Aquidabã, v.2, n.1, p.6-32, 2014. Disponível em:<<http://doi.org/10.6008/SPC2318-3039.2014.001.0001>> Acesso em: 25 de outubro de 2021.

Cavalli, Cássio; Zylbersztajn, Decio e Sztajn, Rachel, **Direito & Economia - Análise Econômica do Direito e das Organizações**, 6º triagem, São Paulo, Editora Campus, 2005.

Olivatti, Marina Ferreira, **Alienação fiduciária de bens imóveis e procedimento de intimação no registro de imóveis**, Presidente Prudente, São Paulo, 2019

Bessa, Mateus Castelo Branco Almeida, **Alienação Fiduciária de Bem Imóvel: questões processuais**, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Alienação fiduciária de imóveis, ABECIP, Disponível

em:<<https://www.abecip.org.br/imprensa/noticias/alienacao-fiduciaria-de-imoveis>> Acesso em: 12 de maio de 2021.

Jabur, Gilberto Haddad, Pacheco, Danilo Sanchez, **A impossibilidade de execução judicial do crédito garantido por alienação fiduciária de imóvel**. Disponível

em:<<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1494>> Acesso em: 12 de maio de 2021.

Financiamento Imobiliário – Operações contratadas com recursos de caderneta, construção, aquisição, reforma e material para construção. Disponível em:<

<https://www.abecip.org.br/credito-imobiliario/indicadores/financiamento> > Acesso em: 15 de julho de 2021.

Ferreira, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, Pagliarini, Iliane Rosa, **Negócio jurídico e crise econômica internacional: contratos imobiliários e a alienação fiduciária de bens imóveis**.

Disponível em:< <http://docplayer.com.br/2306767-Negocio-juridico-e-crise-economica-internacional-contratos-imobiliarios-e-a-alienacao-fiduciaria-de-bens-imoveis.html>> Acesso em: 15 de junho de 2021.

Maroni, Filipe Alvarenga, **A execução da garantia da alienação fiduciária de imóveis**, INSPER, PROGRAMA DE ENSINO, SÃO PAULO, 2018. Disponível em

<http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1918/FILIPE%20ALVARENGA%20MARONI_Trabalho.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 de junho de 2021.