



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

ANDRÉ VIANA DO NASCIMENTO

**CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE BENS
IMÓVEIS GRAVADOS COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PREVISTA NOS
ARTIGOS 26 E 27 DA LEI N. 9.514/1997**

Tubarão

2019

ANDRÉ VIANA DO NASCIMENTO

**CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE BENS
IMÓVEIS GRAVADOS COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PREVISTA NOS
ARTIGOS 26 E 27 DA LEI N. 9.514/1997**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade do Sul de Santa Catarina como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade

Orientador: Prof. Ricardo Willemann, Esp.

Tubarão

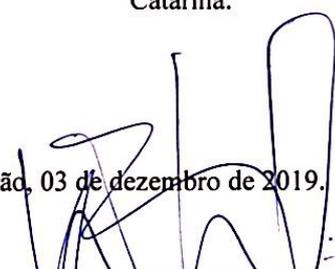
2019

ANDRÉ VIANA DO NASCIMENTO

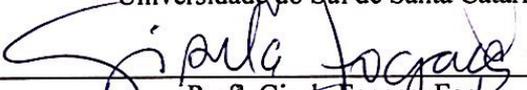
**CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE BENS
IMÓVEIS GRAVADOS COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PREVISTA NOS
ARTIGOS 26 E 27 DA LEI N. 9.514/1997**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

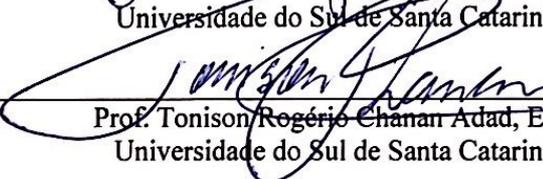
Tubarão, 03 de dezembro de 2019.



Professor e orientador Ricardo Willemann, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Gisela Fogaca, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Tonison Rogério Chanan Adad, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, minha mãe **Andrea**, meu pai **Wilson**, minhas irmãs **Ana Luiza e Julia** e meus avós **Amália, Maria Vanilda e Manoel**, meus verdadeiros combustíveis e minhas bússolas durante toda essa jornada. Nada disso teria sido possível sem vocês.

A minha namorada e melhor amiga **Larissa**, que percorreu este caminho ao meu lado sem medir esforços. Obrigada por me fazer crescer um pouco mais a cada dia.

Aos meus amigos **Bruno, Caio, Eduardo, Edwin, Gabriel, Gustavo e Murilo Nascimento**, que mesmo trilhando diferentes caminhos, nunca deixaram de estar presentes em minha vida. Vocês tornam a vida muito mais leve.

Aos meus amigos de graduação e também de vida **Alexsander, Débora, Douglas, Matheus Coelho, Matheus Damiani, Murilo Ponticelli e Rafael**, que sempre estiveram presentes ao longo desses anos. Estarei sempre torcendo por vocês onde quer que estejam.

Ao meu orientador **Ricardo**, que aceitou o meu convite para ser meu orientador nesse trabalho. Obrigado pelos seus ensinamentos e por me auxiliar sempre que necessário.

A **cada professor** e a **cada profissional dos estágios** em que tive a oportunidade de trabalhar fora da Universidade – **Silvestri & Berkenbrock Advogados Associados, Procuradoria-Geral do Estado e Balsini & Correa Advogados Associados** –, contribuindo em minha jornada com os seus ensinamentos, escrevendo páginas da minha história. Vocês me mostraram que o conhecimento só possui valor quando se é compartilhado.

Muito obrigada! Todos vocês serão meus eternos mestres, de profissão e de vida!

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a constitucionalidade da execução extrajudicial de bens imóveis gravados com alienação fiduciária prevista nos artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997 frente aos princípios constitucionais do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição. Para tanto, foi realizada pesquisa de nível exploratório, com abordagem qualitativa e coleta de dados bibliográfica e documental. A partir disso, foram encontradas opiniões diversas na doutrina a respeito do tema debatido, com argumentos bem fundamentados tanto daqueles que clamam pela inconstitucionalidade, quanto dos que defendem a conformidade do procedimento com a Constituição Federal. Por fim, concluiu-se que o procedimento é plenamente constitucional, haja vista principalmente que o fiduciante, em se sentindo prejudicado, pode exercer suas garantias ao contraditório e a ampla defesa através de demanda judicial por ele intentada quando entender pela abusividade dos atos ocorridos de forma extrajudicial, contestando, por exemplo, a inexistência de mora ou a ilegalidade do leilão. Ademais, restou claro que inexistente função jurisdicional exercida pelo oficial de Registro de Imóveis, na medida em que esse simplesmente registra a ocorrência da mora e consolidada a propriedade em favor do fiduciário.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito civil. Alienação fiduciária em garantia. Execução.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the constitutionality of extrajudicial execution of real estate craved with fiduciary alienation provided for in articles 26 and 27 of the Law no. 9514/1997 in the light of the constitutional principles of due process of law and the inability of jurisdiction. To this end, an exploratory research was conducted with a qualitative approach and bibliographic and documentary data collection. From this, different opinions were found in the doctrine on the subject debated, with well-founded arguments both from those who claim unconstitutionality, and those who defend the conformity of the procedure with the Federal Constitution. Finally, it was concluded that the procedure is fully constitutional, given that the fiduciary, in feeling impaired, can exercise his guarantees to the adversary and the broad defense through a lawsuit brought by him when he understands as abusive the acts performed extrajudicially, alleging, for example, the absence of default or the illegality of the auction. In addition, it became clear that there is no judicial function exercised by the Real Estate Registry Officer, as he simply records the occurrence of default and consolidates the property in favor of the trustee.

Keywords: Constitucional law. Civil law. Fiduciary alienation on guarantee. Execution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA	8
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	10
1.3 HIPÓTESE.....	10
1.4 CONCEITOS OPERACIONAIS	10
1.5 JUSTIFICATIVA	10
1.6 OBJETIVOS	12
1.6.1 Geral.....	12
1.6.2 Específicos.....	12
1.7 DELINEAMENTO DE PESQUISA.....	13
1.8 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS.....	13
2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS.....	15
2.1 DIREITOS REAIS	15
2.1.1 Características	17
2.1.1.1 Absolutismo.....	17
2.1.1.2 Sequela	18
2.1.1.3 Preferência	19
2.1.1.4 Taxatividade, tipicidade ou “numerus clausus”	20
2.1.2 Classificação.....	21
2.2 GARANTIAS REAIS	22
2.2.1 Espécies	24
2.2.1.1 Penhor.....	24
2.2.1.2 Hipoteca.....	26
2.2.1.3 Anticrese.....	28
2.3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA.....	29
2.4 ORIGEM HISTÓRICA	30
2.5 HISTÓRICO LEGISLATIVO NO BRASIL.....	32
2.6 LEI N. 9.514/1997	35
3 PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA INFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO	38
3.1 CONSTITUCIONALISMO.....	38
3.1.1 Neoconstitucionalismo	40

3.2	INCONSTITUCIONALIDADE	41
3.2.1	Inconstitucionalidade por ação	41
3.2.1.1	Formal.....	42
3.2.1.2	Material.....	42
3.2.2	Inconstitucionalidade por omissão	43
3.3	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	44
3.3.1	Controle difuso	44
3.3.2	Controle concentrado.....	45
3.4	DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	46
3.4.1	Direito de defesa	48
3.4.1.1	Contraditório.....	48
3.4.1.2	Ampla defesa	50
3.5	INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.....	51
4	CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE BEM IMÓVEL GRAVADO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PREVISTA NOS ARTIGOS 26 E 27 DA LEI N. 9.514/1997 FRENTE AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.....	53
4.1	PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE PELO FIDUCIÁRIO (ARTIGOS 26 E 27 DA LEI N. 9.514/1997).....	53
4.2	COMPARAÇÃO COM A EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA DO DECRETO-LEI N. 70/66 57	
4.3	ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	58
4.4	ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO	63
4.5	JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA.....	67
5	CONCLUSÃO.....	70
	REFERÊNCIAS	72
	ANEXOS	80
	ANEXO A – VOTO DO MINISTRO LUIZ FUX, RELATOR DO RE 860.631, FAVORÁVEL À REPERCUSSÃO GERAL.....	81

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial de bem gravado com alienação fiduciária previsto nos artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elencou, em seu artigo 6º, os direitos sociais, os quais são considerados fundamentais do homem e buscam melhorar as condições de vida dos hipossuficientes, a fim de concretizar a igualdade social (MORAES, 2010, p. 197).

Dentre eles encontra-se o direito à moradia, descrito por Silva (2014, p. 318) como o direito de “ocupar um lugar como residência”. E sobre a condição de eficácia deste preceito, o autor defende a existência de duas faces, uma negativa e outra positiva.

A primeira significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. (SILVA, 2014, p. 318)

Especificamente sobre essa ação positiva para efetivação do direito à moradia citada pelo autor, a própria Carta Constitucional previu em seu artigo 23, inciso IX, que compete, de forma comum, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (BRASIL, 1988).

Da mesma forma, a iniciativa privada cumpre papel fundamental para viabilizar o direito à moradia aos brasileiros através do mercado imobiliário. Todavia, a falta de investimento nesse setor sempre foi um entrave para o seu desenvolvimento e consequente efetivação do direito de moradia (DANTZGER, 2010, p. 21).

Dantzger (2010, p. 22) atribui essa falta de investimento aos grandes riscos que corre o investidor, principalmente ao de “não recuperar o capital que empregou em imóveis, ou de recuperá-lo tão somente depois de muitos anos e, ainda assim, desgastado pela

morosidade da Justiça, agravada em demasia pelos artifícios diversos empregados pelos devedores inadimplentes.”.

Justamente para auxiliar no crescimento do mercado imobiliário, diminuindo os riscos dos agentes financeiros e aumentando o investimento, é que foi criado o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI) através da Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997 sendo uma alternativa ao antigo, mas ainda vigente, Sistema Financeiro da Habitação (SFH) (BRASIL, 1997). E, de fato, a iniciativa funcionou.

Conforme relatam Ribeiro e Bertran (2019, p. 150-151), até o ano de 2014 houve exacerbado crescimento na demanda dos financiamentos imobiliários no Brasil, principalmente a partir do ano de 2004, quando se aliou o crescimento econômico do país ao pleno emprego e renda crescente. Dantzger (2010, p. 22), Farias e Rosenvald (2017, p. 564) e Polillo (2013, p. 146) atribuem esse aumento principalmente à possibilidade de utilização da alienação fiduciária de coisa imóvel como forma de garantia ao contrato estabelecido entre o agente financeiro e o consumidor.

O artigo 22 da lei em destaque define o instituto como “o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel” (BRASIL, 1997).

Quanto às vantagens auferidas pela utilização dessa forma de garantia em relação às existentes anteriormente, Farias e Rosenvald (2017, p. 565) escreveram:

A grande vantagem desse tipo de garantia, em comparação à hipoteca – garantia, até então mais utilizada no mercado imobiliário –, é a agilidade na execução do bem, pois todo o procedimento se desenrola perante o Cartório Imobiliário (Registro de Imóveis), sendo desnecessária a ida ao Judiciário. De fato, será o agente notarial quem notificará o devedor, constituindo-o em mora, e, persistindo a inadimplência pelo prazo de 15 dias, consolidará a propriedade do bem em prol do credor.

Essa desnecessidade de ida ao Judiciário para consolidação da propriedade alienada fiduciariamente, citada pelos autores, é uma das mais controvertidas inovações da Lei n. 9.514/1997, já que seus artigos 26 e 27 possibilitam a realização de todo o procedimento de forma extrajudicial, por meio do Registro de Imóveis (DANTZGER, 2010, p. 26-27).

Desde a criação dessa lei, a chamada execução extrajudicial vem sendo objeto de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial em razão de aparente violação a diversos princípios constitucionais, dentre os quais destacam-se os do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da inafastabilidade de jurisdição (POLILLO, 2013, p. 147).

E justamente nesse ponto é que reside a situação problema que será objeto de discussão na presente monografia.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A execução extrajudicial de bens imóveis gravados com alienação fiduciária prevista nos artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997 é constitucional?

1.3 HIPÓTESE

São constitucionais os artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997 que preveem a execução extrajudicial de bens imóveis gravados com alienação fiduciária, estando em plena consonância com os princípios do contraditório, ampla defesa, inafastabilidade da jurisdição e devido processo legal.

1.4 CONCEITOS OPERACIONAIS

Alienação fiduciária de coisa imóvel: o artigo 22 da Lei n. 9.514/1997 o conceitua como sendo “o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel” (BRASIL, 1997).

Execução extrajudicial de bens imóveis gravados com alienação fiduciária: definido pelo autor da presente monografia como o procedimento iniciado pelo credor-fiduciário em serventia extrajudicial, mais especificamente no Registro de Imóveis, pelo qual busca a consolidação da propriedade do imóvel alienado fiduciariamente em desfavor do devedor-fiduciante no caso de inadimplemento do negócio para o qual foi constituída essa forma de garantia, cujos regramentos específicos encontram-se previstos nos artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997.

1.5 JUSTIFICATIVA

Anualmente, no Brasil, os contratos de financiamento através do SFI são produzidos em massa (BRASIL, 2018a, p. 5). Além disso, segundo Pasqualin (2016, p. 66, apud RIBEIRO; BERTRAN, 2019, p. 140), entre os anos de 2015 e 2016, um a cada dois imóveis financiados, tanto pelo SFI quanto pelo SFH, foram retomados pelas incorporadoras ou bancos. Com isso,

os cinco maiores bancos do país – Banco do Brasil, Itaú Unibanco, Caixa Econômica Federal, Bradesco e Santander – possuem juntos mais de 10 (dez) bilhões de reais em imóveis retomados, acumulando, dessa forma, mais ativos como esse do que a maior incorporadora brasileira (MANDL; PINHEIRO, 2017).

Veja-se que a retomada de imóveis financiados pelas instituições financeiras acaba por afetar milhões de mutuários por todo o país que, em razão da mais recente crise financeira que assola o Brasil, acabam por ter dificuldade em manter em dia o pagamento das prestações dos seus financiamentos. Além disso, é comum que os bancos, nesses tipos de contrato, apliquem juros abusivos, o que acaba por dificultar ainda mais o adimplemento por parte do adquirente.

O resultado disso são milhares de demandas judiciais que são ajuizadas todos os anos para revisão dos contratos imobiliários, bem como para a discussão acerca da inconstitucionalidade dessa retomada perpetrada pelos agentes financeiros. Inclusive, quanto a isso, recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, reconheceu a repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário n. 860.631/SP, demonstrando sua relevância econômica, jurídica e social.

Nos termos do voto do Ministro Luiz Fux:

Cinge-se a controvérsia à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial, previsto na Lei 9.514/1997, nos contratos de mútuo com alienação fiduciária do imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, bem como dos institutos da unidade da jurisdição e do juiz natural.

[...] há necessidade de posicionamento desta Suprema Corte no que concerne à matéria sub examine, a fim de se garantir segurança jurídica aos contratantes e maior estabilidade às relações jurídicas no mercado imobiliário nacional, tudo a influenciar políticas governamentais de incentivo à moradia.

Destarte, a *vexata quaestio* apresenta densidade constitucional e transcende os interesses subjetivos das partes, sendo relevante do ponto de vista econômico, jurídico e social para milhões de mutuários do Sistema Financeiro da Imobiliário. (BRASIL, 2018a, p. 5-6)

Em consulta ao Repositório Institucional da UNISUL, somente foi encontrado um estudo acerca da alienação fiduciária de coisa imóvel – CORDIOLI, 2016 –, entretanto, sem debater a fundo a constitucionalidade da execução extrajudicial nos casos de inadimplemento.

A doutrina, por sua vez, possui diversas obras acerca dessa forma de garantia, nas quais o tema da presente monografia também é discutido, tais como: FARIAS; ROSENVALD, 2017; DANTZGER, 2010; CHALHUB, 2017.

Já a jurisprudência acerca do tema também se mostra dividida, com alguns julgados entendendo pela inconstitucionalidade, enquanto outros decidem que a Lei n. 9.514/1997 está de acordo com os ditames constitucionais.

Assim, faz-se necessária uma ampla análise sobre a constitucionalidade dessa forma de expropriação, verificando diferentes opiniões e interpretações acerca do tema para que possa haver maior segurança jurídica nos diversos contratos imobiliários realizados em todo o país, sem que, para isso, sejam feridos princípios constitucionais que mantêm o Estado Democrático de Direito.

1.6 OBJETIVOS

1.6.1 Geral

Analisar a constitucionalidade da execução extrajudicial de bens imóveis gravados com alienação fiduciária prevista nos artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997 frente aos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição.

1.6.2 Específicos

Os objetivos específicos da monografia são:

- a) Descrever o histórico dos direitos e garantias reais, seus conceitos e classificá-los de acordo com o atual ordenamento jurídico brasileiro;
- b) Analisar a alienação fiduciária de bens imóveis trazida pela Lei n. 9.514/1997 e suas inovações em relação às demais formas já existentes;
- c) Debater o constitucionalismo e as espécies de inconstitucionalidades;
- d) Detalhar os princípios constitucionais do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição e suas implicações;
- e) Descrever o procedimento extrajudicial previsto nos artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997 e as possibilidades dele advindas;
- f) Analisar a constitucionalidade da execução extrajudicial da Lei n. 9.514/1997 frente ao princípio do devido processo legal;
- g) Analisar a constitucionalidade da execução extrajudicial da Lei n. 9.514/1997 frente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição;
- h) Verificar o posicionamento jurisprudencial a respeito do tema;

1.7 DELINEAMENTO DE PESQUISA

A pesquisa realizada é classificada, quanto ao seu nível, como exploratória, tendo em vista que buscou propiciar uma maior familiaridade do pesquisador e dos seus eventuais leitores acerca do tema a ser debatido, utilizando-se, para isso, de somente uma variável para estudo (LEONEL; MOTTA, 2007, p. 100-101). Essa variável seria a análise da constitucionalidade do tema que será abordado.

Quanto à abordagem, a pesquisa classifica-se como qualitativa, já que exige do pesquisador, como explica D'Ambrósio (2004, p. 11, apud LEONEL; MOTTA, 2007, p. 108), “uma atenção muito maior às pessoas e às suas ideias, procurando fazer sentido de discursos e narrativas que estariam silenciosas, tendo como foco entender e interpretar dados e discursos”, não constituindo simples análise fria dos dados, como na pesquisa quantitativa.

Já o procedimento de coleta de dados foi bibliográfico e documental. Marconi e Lakatos (2003, p. 174 e 183) definem a pesquisa bibliográfica como de fonte secundária, abrangendo “toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo”, e descrevem que “a característica da pesquisa documental é que a fonte de coleta de dados está restrita a documentos, escritos ou não, constituindo o que se denomina de fontes primárias”.

A coleta de dados foi realizada em doutrinas e artigos científicos de diferentes autores e dos mais diversos pensamentos, que estiveram ao alcance desse pesquisador através do acervo físico da Biblioteca da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), das bases de dados oferecidas por esta instituição, além do acervo pessoal do pesquisador desta monografia. Todas as obras consultadas tiveram a temática correlata à presente pesquisa, tais como: direitos e garantias reais, alienação fiduciária, direito imobiliário e direito constitucional.

Por outro lado, a jurisprudência pesquisada abrangeu os tribunais de todo o país – estaduais, regionais e nacionais –, em suas mais diversas perspectivas, os quais foram consultados pelos sítios virtuais destas cortes, sempre buscando aqueles julgados que mais condiziam com o tema abordado, refletindo a controvérsia levantada por este estudo.

1.8 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

O desenvolvimento desta monografia foi estruturado em três capítulos.

O primeiro capítulo trata da alienação fiduciária de bens imóveis, trazendo inicialmente o conceito de direitos reais, suas características e classificações. Posteriormente discute sobre o histórico e atributos específicos dos direitos reais de garantia, além de

explicações acerca das suas principais espécies, para, ao final, aprofundar a discussão especificamente sobre a alienação fiduciária, conceituando-a, delineando sua origem e o histórico legislativo até a Lei n. 9.514/1997.

A segunda parte da monografia discute o constitucionalismo e o controle de constitucionalidade, debatendo os princípios constitucionais do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição.

Por fim, o terceiro e último trecho detalha o procedimento de execução extrajudicial dos bens imóveis gravados com alienação fiduciária previstos nos artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997 e analisa sua constitucionalidade frente aos princípios constitucionais do devido processo legal e da inafastabilidade de jurisdição, verificando, ainda, a jurisprudência a respeito do tema.

2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS

No presente capítulo, falaremos sobre a alienação fiduciária de bens imóveis, iniciando com uma discussão acerca dos direitos e garantias reais, para, ao fim, expor sobre a origem do instituto, sua evolução legislativa, culminando com a Lei n. 9.514/1997.

2.1 DIREITOS REAIS

Os direitos reais estão previstos no Título II do Livro III, que trata do chamado “Direito das Coisas”, da Parte Especial da Lei n. 10.406/2002, que instituiu o Código Civil. Por conta disso, poderia se dizer que os direitos reais integram os direitos das coisas. Apesar das discussões a respeito da nomenclatura correta a ser adotada, é certo que para o presente trabalho não se mostram relevantes, até porque, como define Chalhub (2003, p.2), “o vocábulo *reais*, originário do latim – *res, rei* –, significa *relativo a coisas*”. Portanto, admissível o uso de ambos os termos, adequando-o a depender do contexto (ASCENÇÃO, 2000, apud CHALHUB, 2003, p. 2).

Para além dessa discussão, faz-se necessário definir, ante os diversos existentes, o conceito de direito das coisas.

Na clássica conceituação de Beviláqua (2003, p. 9) é “o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem”. Apesar de antigo, o conceito mostra-se atual, já que nem todas as coisas são consideradas bens, somente aquelas que podem ser apropriadas pelo homem, constituindo objeto de direito (FARIAS;ROSENVALD, 2017, p. 32).

Quer dizer, coisa é gênero do qual bem é espécie (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 32; GONÇALVES, 2009, p. 1; VENOSA, 2012, p. 1). Coisa é, portanto, tudo o que existe objetivamente, com exceção do homem, enquanto bens são aquelas coisas que, sendo úteis e raras, possuem valor econômico, sendo suscetíveis de apropriação (GONÇALVES, 2009, p. 1).

Espínola (2002, p. 10-12, apud CHALHUB, 2003, p. 2) afirma que o direito real pode ser visto sobre três diferentes teorias: a realista ou clássica; a personalista e a eclética.

Pela teoria realista, há um poder direto que liga uma pessoa a uma coisa, exercido pelo titular, independente de quem quer que seja. Nesse tear, diferencia-se dos direitos pessoais, por exemplo, que prevê a relação entre duas pessoas, cujo objeto é uma prestação que depende da outra pessoa da relação para ser implementada. Nos direitos reais, contudo, não há essa

dependência, o qual é satisfeita pela interação direta do sujeito sobre o bem (CHALHUB, 2003, p. 2-3).

Já a corrente personalista não entende a relação como sendo entre a pessoa e a coisa, mas entre os sujeitos. Apesar disso, distingue-se do direito pessoal na medida em que a relação não é com pessoa determinada, mas com todas as demais pessoas, sendo, por isso, uma obrigação passiva universal, impondo ao restante da população um dever geral de abstenção (CHALHUB, 2003, p. 3).

Por fim, o pensamento eclético conjuga as duas visões anteriores, entendendo que o direito real possui duas faces: uma interna, que diz respeito ao poder direto e imediato exercido pela pessoa sobre a coisa; e uma externa, que permite que este poder seja exercido *erga omnes*, ou seja, contra todos (CHALHUB, 2003, p. 3).

Resumidamente, Venosa (2012, p. 4-5), apoiado na teoria clássica, informa que “a ideia básica é que o direito pessoal une dois ou mais sujeitos, enquanto os direitos reais traduzem relação jurídica entre uma coisa, ou conjunto de coisas, e um ou mais sujeitos, pessoas naturais ou jurídicas”. No mesmo sentido, Gonçalves (2009, p. 11) entende que a doutrina realista foi a acolhida pelo direito positivo brasileiro, já que consagra a clássica distinção entre o direito pessoal e o direito real.

Por outro lado, Farias e Rosenvald (2017, p. 47-48), em uma visão personalista, entendem que:

[...] não se admite relação jurídica entre pessoas e coisas, pois todo vínculo só ocorre em função do homem em sociedade. Nos direitos reais, o bem é meramente um objeto sobre o qual se exercitam as situações jurídicas de poder e domínio, das quais decorrem as faculdades de usar, gozar e dispor. Ou seja, não há relação jurídica entre o sujeito e a coisa, mas direito de dominação e poder. Em suma, não é censurável a ideia da configuração de uma relação jurídica envolvendo o titular do direito real e, do outro, um hipotético sujeito passivo universal ou uma virtual comunidade de pessoas. Porém, trata-se de um relacionamento negativo, de exclusão.

Por fim, Chalhub (2003, p. 4) entende que a predominância nos sistemas legislativos da família romano-germânica é a do pensamento eclético, já que conciliam o conceito de direito real a partir de uma face interna e outra externa, contemplando a complexidade dos direitos dali advindos.

2.1.1 Características

Para serem assim classificados, os direitos reais possuem características (também chamadas de princípios) próprias que os diferenciam das demais espécies de direito. São os principais: o absolutismo, a sequela, a preferência e a taxatividade.

2.1.1.1 Absolutismo

Apesar do nome, é importante que se diga que os direitos reais não são absolutos, até porque, como ensina Venosa (2012, p. 21-22), “não se admite direito algum estritamente absoluto, sob pena de se negar a própria existência do Direito, e em especial dos direitos subjetivos”. Quer dizer, do absolutismo não decorre um poder ilimitado do titular sobre as coisas que estão sobre sua autoridade, podendo agir da maneira que melhor lhe convier (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 34).

Tanto é assim que o próprio Código Civil prevê limitações ao exercício destes direitos quando, por exemplo, em seu art. 1.228, §1º, impõe que:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL, 2002)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, da mesma forma, já prevê a chamada função social da propriedade em vários momentos, tanto como princípio da atividade econômica (Art. 170, inciso III), quanto como possibilidade de desapropriação para reforma agrária, quando não cumprida (Art. 184, *caput*), e até mesmo como direito fundamental (Art. 5º, XXIII) (BRASIL, 1988).

Em verdade, o absolutismo constitui um poder jurídico de dominação do titular sobre o bem, o qual é oponível *erga omnes* e impõe sobre os demais sujeitos da comunidade um dever de se abster de praticar qualquer ato que interfira na sua atuação (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 34-35).

Diferencia-se nesse sentido dos direitos obrigacionais, haja vista ser este somente oponível àquelas pessoas envolvidas na relação obrigacional e não à toda a população, como é o caso dos direitos reais (VENOSA, 2012, p. 22). Ainda sobre essa diferenciação entre esses

dois grupos de direitos patrimoniais, mais especificamente com relação ao seu exercício, lecionam Farias e Rosenvald (2017, p. 35):

Nos direitos reais, o titular age direta e imediatamente sobre o bem, satisfazendo as suas necessidades econômicas sem o auxílio ou intervenção de terceiros. Há um direito sobre a coisa (*jus in re*); já nas obrigações, o titular do crédito necessariamente dependerá da colaboração do devedor para a sua satisfação. O credor tem direito a uma coisa (*jus ad rem*), que só será obtida pela atividade do devedor. A sua atuação, no sentido de adimplir a prestação, será fundamental para a realização do sujeito ativo. Os direitos reais são caracterizados pela imediatividade, e os obrigacionais, pela mediatividade, diante da inevitável necessidade de colaboração do devedor para a obtenção da prestação.

Como desdobramento dessa característica, fala-se no princípio da publicidade, o qual antevê a necessidade de cognoscibilidade do direito real para que possa ser oposto a terceiros. A fonte primária dessa publicidade é o registro imobiliário que, quando bem organizado e abrangente, gera segurança jurídica às transações econômicas e prestigia a boa-fé de terceiros (FARIAS; ROSEVALD, 2017, p. 34-35).

Para além disso, o artigo 1.227 do Código Civil prevê ainda que “Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos” (BRASIL, 2002). Quer dizer, somente com essa publicização é que se adquire um direito real (GONÇALVES, 2009, p. 14).

2.1.1.2 Sequela

A sequela é outra característica fundamental dos direitos das coisas, sendo, segundo Farias e Rosenvald (2017, p. 37), a que mais evidencia a submissão do bem ao titular do direito real. Gomes (apud GONÇALVES, 2009, p. 13), leciona que este traço gera ao seu titular a faculdade de “seguir a coisa em poder de todo e qualquer detentor ou possuidor”, complementando que:

Para significá-lo, em toda a sua intensidade, diz-se que o direito real adere à coisa como lepra ao corpo (*uti lepra cuti*). Não importam usurpações; acompanhará sempre a coisa. Se grava determinado bem, como no caso da servidão, nenhuma transmissão o afetará, pois, seja qual for o proprietário do prédio serviente, terá de suportar o encargo.

Exemplificando, para melhor entendimento deste aspecto, Chalhub (2003, p. 6), celebrenemente descreve:

Se, por exemplo, um imóvel gravado com hipoteca for vendido, o direito real do credor hipotecário continuará gravando o imóvel, de modo que, em caso de inadimplemento, poderá o credor promover a execução da dívida e a excussão do imóvel, mesmo que ele tenha sido transferido para o patrimônio de outra pessoa, distinta da pessoa do devedor.

Enquanto nos direitos obrigacionais os credores quirografários que estejam privados da satisfação da obrigação pelo devedor em razão da transferência dos bens deste para outrem necessitam do ajuizamento de ação pauliana, provando a ocorrência de elementos objetivos e subjetivos para obter a declaração de anulabilidade do negócio, nos direitos reais a anulação do ato translativo é automática. Prescinde, portanto, da utilização do Poder Judiciário justamente em razão da ineficácia de qualquer transação posterior ao seu direito de seqüela (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 38).

Ademais, está relacionada ao princípio da aderência ou inerência que, representado pelo artigo 1.228 do Código Civil, constata o fato de o direito real permanecer “incidindo sobre o bem, ainda que este circule de mão em mão e se transmita a terceiros, pois o aludido direito segue a coisa, em poder de quem quer que ela se encontre” (GONÇALVES, 2009, p. 13).

2.1.1.3 Preferência

Outra característica marcante dos direitos reais, principalmente os de garantia, é a preferência. Decorrente do direito de seqüela, consiste, segundo Costa (apud FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 39) “no facto de o direito real superar todas as situações jurídicas com o mesmo incompatíveis, posteriormente constituídas sobre a coisa em que incide e sem o concurso da vontade do titular daquele”.

Quer dizer, aquele credor que tiver um bem garantindo a sua dívida, quando da execução terá preferência sobre os demais credores no produto da venda do bem executado (CHALHUB, 2003, p. 7).

Esse diferencial, entretanto, vem perdendo força nos tempos atuais, haja vista o fortalecimento dos chamados privilégios legais, direitos obrigacionais que o legislador entende como prioritários para a sociedade por sua grande repercussão social, como os acidentários, trabalhistas e fiscais. Tratam-se de créditos que, inicialmente quirografários, acabam por prevalecer sobre os direitos reais quando da ocorrência de concurso de credores (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 40). Justamente nesse sentido entendeu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.318.181/PR:

[...] 1. **Os bens gravados com hipoteca oriunda de cédula de crédito podem ser penhorados para satisfazer o débito fiscal, pois a impenhorabilidade de que trata o art. 57 do Decreto-lei 413/69 não é absoluta, cedendo à preferência concedida ao crédito tributário pelo art. 184 do CTN.** Súmula n. 83/STJ. Precedentes.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência consolidada no sentido de que "no concurso de credores estabelecem-se duas ordens de preferência: os créditos trabalhistas, os da Fazenda Federal, Estadual e Municipal e os com garantia real, nesta ordem; em um segundo momento, a preferência se estabelece em favor dos credores com penhora antecedente ao concurso, observando-se entre eles a ordem cronológica da constrição" (REsp 594.491/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 08/08/2005, p. 258). Súmula n. 83/STJ. Precedentes. [...] (BRASIL, 2018b) (grifo nosso)

Importante que se observe, entretanto, que nos casos em que há diversos direitos reais incidentes sobre o mesmo bem – como, por exemplo, um imóvel gravado com várias hipotecas –, prevalece o direito de crédito ao que registrou com antecedência, ou seja, vale o brocardo *qui prior est tempore potior est jure* (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 41).

2.1.1.4 Taxatividade, tipicidade ou “*numerus clausus*”

Os direitos de natureza real são taxativos, necessitando que haja previsão legal, de maneira explícita, para sua existência (CHALHUB, 2003, p. 4-5). Assim, exclui-se a autonomia privada para conceber outros direitos reais, que não os previstos legalmente, que produzam efeitos *erga omnes*. Ou seja, limitar-se-á a vontade humana a produzir somente efeitos obrigacionais caso não respeite o modelo jurídico legal (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 41).

Essa característica se justifica em razão da eficácia absoluta dos direitos reais já que, por imporem um dever geral de abstenção, é necessário o conhecimento por todos das espécies existentes, o que só é possível se estiverem devidamente enumerados e caracterizados em lei (CHALHUB, 2003, p. 4-5). Dantas (apud GONÇALVES, 2009, p. 17) interpreta que “seria inadmissível que duas, três ou mais pessoas pudessem, pelo acordo de vontades, criar deveres jurídicos para toda a sociedade”.

Farias e Rosenvald (2017, p. 41-42) explicam a origem dessa fórmula:

A fórmula *numerus clausus* foi elaborada, em princípio, como modo de preservar o absolutismo do direito de propriedade. Receosos de eventuais restrições que o Estado pudesse impor ao direito de propriedade, os legisladores do século XIX definiram uma lista de direitos reais complementares à propriedade. Assim, o proprietário teria a segurança jurídica de manter intocado o poder sobre a coisa, apenas sofrendo restrições

pelas hipóteses previstas em lei e sempre decorrentes de um ato emanado de sua autonomia de vontade.

A diferença dos direitos reais para os direitos obrigacionais, o outro grupo dos direitos patrimoniais, nesse ponto, se dá na medida em que estes possuem uma liberdade para a criação de novas espécies com o conteúdo que desejarem, já que as concessões e ônus ali constituídos ficaram adstritos aos seus próprios criadores (CHALHUB, 2003, p. 6).

2.1.2 Classificação

Costuma-se distinguir os direitos reais entre aqueles constituídos em coisa própria – também conhecidos pelo termo em latim *jus in re propria* – e em coisa alheia ou direitos reais limitados – em latim, *jus in re aliena*. Nessa classificação, a propriedade é o único direito real em coisa própria, enquanto os demais são tratados como direitos reais em coisa alheia (CHALHUB, 2003, p. 5; FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 49-50; VENOSA, 2012, p. 24).

Farias e Rosenvald (2017, p. 51) classificam os direitos reais limitados em três grupos: de gozo e fruição; de garantia; e à aquisição. Este último, segundo os autores, tem como representante único a promessa de compra e venda, que assim o é em razão das suas peculiaridades.

Chalhub (2003, p. 5) conceitua os direitos reais de garantia como aqueles que “dizem respeito à vinculação de determinado bem ao cumprimento de determinada obrigação, com preferência sobre os demais credores”, citando como exemplo o penhor, a hipoteca, a anticrese e a propriedade fiduciária.

Já os direitos reais de gozo ou fruição são aqueles que conferem ao titular faculdade de uso, atividade e participação efetiva sobre a coisa alheia, tendo-se como exemplo o usufruto, o uso, a habitação e as servidões positivas (VENOSA, 2012, p. 24).

Por último, podem dividir-se em principais e acessórios. Venosa (2012, p. 24) resume essa classificação citando alguns exemplos.

São principais os direitos reais autônomos, que não dependem de qualquer outro, destacando-se os direitos reais sobre coisa própria e coisa alheia já citados. A hipoteca, o penhor e a anticrese, bem como as servidões, são acessórios, pressupondo a existência de outro direito real.

Portanto, diversas são as classificações possíveis para os direitos reais.

2.2 GARANTIAS REAIS

O patrimônio de determinada pessoa responde, na sua totalidade, pelas dívidas ou obrigações por si contraídas. Assim, em caso de inadimplemento ou mora, tem o credor a faculdade de promover contra este a execução do seu crédito buscando, em regra, o Poder Judiciário para que este separe um bem do devedor e efetive sua venda e satisfaça o crédito com a importância apurada (CHALHUB, 2003, p. 225).

Isso, entretanto, nem sempre foi assim. Gonçalves (2009, p. 493) ensina que nas sociedades primitivas o devedor respondia com o seu próprio corpo, seja adjudicando-o ao credor ou tornando-o seu escravo, junto com sua mulher e filhos. Ademais, a respeito do progresso histórico, conta que:

Mesmo em Roma, na época da Lei das XII Tábuas, que representou a primeira codificação de seu direito, podia o devedor ser encarcerado pelo credor, que tinha o direito de vendê-lo e até matá-lo. Se houvesse mais de um credor, instaurava-se sobre o seu corpo um estranho concurso creditório, levando-o além do Tibre, onde se lhe tirava a vida, repartindo-se o cadáver. Posteriormente, já numa fase mais avançada, com o progresso da civilização e da ordem jurídica, a *Lex Poetelia Papiria* aboliu a execução contra a pessoa do devedor, instituindo a responsabilidade sobre seus bens, se a dívida não procedia de delito. (GONÇALVES, 2009, p. 493)

Foi só a partir desse momento é que as mais diversas legislações passaram a adotar o chamado princípio da responsabilidade patrimonial, no qual todo o patrimônio responde pelas obrigações (GONÇALVES, 2009, p. 494).

Entretanto, por vezes essa garantia geral mostrava-se – e até hoje se mostra – ineficaz. É comum que por conta de desequilíbrios financeiros os débitos se acumulem e ultrapassem o valor do patrimônio do devedor, tornando-o insolvente, já que seu passivo não mais suporta o pagamento dos ativos.

Por isso, pensou-se nas garantias reais ou direitos reais de garantia, assim conceituadas por Gomes (2004, p. 378, apud TARTUCE, 2019, p. 597):

[...] direito real de garantia é o que confere a pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor de bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Sua função é garantir ao credor o recebimento da dívida, por estar vinculado determinado bem ao seu pagamento.

Ainda sobre o que são as garantias reais, Chalhub (2003, p. 225) explica que:

[...] podem as partes – devedor, ou um terceiro, e o credor – convencionar a constituição de garantia específica de determinada dívida ou obrigação, o que se faz mediante vinculação de determinado bem do patrimônio do devedor ao pagamento da dívida. Por esse modo, aquele bem fica separado do patrimônio do devedor para satisfazer especificamente aquela dívida; deixando o devedor de efetivar o pagamento, o credor poderá executar a dívida e promover a venda do bem, obtendo a satisfação do seu crédito com o produto da venda.

Ou seja, o direito real de garantia assegura o pagamento da dívida garantida sobre outros credores que não a tenham, sempre ressalvando outros créditos que tenham maior privilégio.

Gonçalves (2009, p. 496) brilhantemente explana as vantagens concernentes às garantias reais:

A garantia *real* é mais eficaz, visto que vincula determinado bem do devedor ao pagamento da dívida. Em vez de ter-se, como garantia, o patrimônio do devedor, no estado em que se acha ao iniciar a execução, obtém-se, como garantia uma coisa, que fica vinculada à satisfação do crédito. E pouco importa, daí por diante, o estado em que se venha encontrar o patrimônio do devedor, uma vez que a coisa está ligada ao cumprimento daquela obrigação. Se o devedor perder toda a sua fortuna, inclusive a coisa que escolheu para responder pelo seu compromisso, tal fato em nada atingirá a segurança, porque a coisa, saindo do patrimônio do devedor, terá ido para outro patrimônio. E, onde quer que se encontre, poder-se-á transformá-la no seu valor, e com esse valor satisfazer o cumprimento da obrigação.

Segundo Alves (1983, p. 429, apud VENOSA, 2012, p. 525), a modalidade mais antiga de garantia sobre coisa que se tem conhecimento é a chamada *fiducia cum creditore*, negócio criado pelo romanos em que o devedor transferia a propriedade da coisa ao credor pela *mancipatio* (equivalente ao que hoje chamamos de escritura pública) ou pela *in iure cessio* (equivalente à cessão judicial), mediante um pacto de restituição da coisa (*pactum fiduciae*) que ocorreria quando da extinção da dívida.

Para o devedor, no entanto, esse meio de garantia não se mostrava satisfatório, já que se via desaposado do bem, não podendo impedir a alienação deste por meio do credor, o que frustrava a restituição da coisa (MONTEIRO, 2003, p. 338, apud GONÇALVES, 2009, p. 494).

Para solucionar esse inconveniente é que se criou o *pignus*, em que também se entregava a coisa ao credor, o qual, porém, ficava somente de posse desta, não sendo seu proprietário, devolvendo-a com o pagamento (GONÇALVES, 2009, p. 494; VENOSA, 2012, p. 526).

Evoluiu-se, então, para o *conventio pignoris*, modalidade invertida do *pignus*, em que o devedor se mantinha com a coisa, podendo o credor reclamá-la para si no caso de inadimplemento. Justifica-se tal evolução por uma questão de utilidade econômica, já que, por exemplo, se um lavrador, precisando de crédito, oferecesse em *pignus* ou *fiducia* seus instrumentos agrícolas, escravos ou animais, entregando-lhes ao credor, restaria tolhido dos seus meios de produção e, conseqüentemente, de gerar renda, levando-o a insolvência, o que por certo não era do interesse de nenhuma das partes (GONÇALVES, 2009, p. 495).

Nesse contexto é que surgiu a *hypotheca*, instituto idêntico à hipoteca até hoje existente. É certo que o direito romano não a diferenciava do *pignus*, demonstrando a clara origem comum entre ambos, que constituem, conforme Venosa (2012, p. 526), “um único instituto, buscando idênticas finalidades”.

Ainda na Roma Antiga, desenvolveu-se a anticrese, modalidade de garantia real em que “o credor utiliza coisa pertencente ao devedor, dela retirando frutos e imputando-os no pagamento da dívida” (GONÇALVES, 2009, p. 495).

Por fim, a mais recente forma é a alienação fiduciária, objeto principal de estudo deste trabalho e que será detalhadamente tratada mais adiante.

2.2.1 Espécies

São quatro os direitos reais de garantia previsto no Código Civil – hipoteca, penhor, anticrese e propriedade fiduciária –, os quais serão devidamente esmiuçados nos tópicos a seguir. A propriedade fiduciária e o contrato de alienação fiduciária, entretanto, serão tratados em tópico apartado.

2.2.1.1 Penhor

O penhor, originário do latim *pignus*, como visto anteriormente, é uma das primeiras formas de garantia real do qual se tem notícia. O artigo 1.431 do Código Civil define que “Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação” (BRASIL, 2002). Essa garantia, portanto, importa a transferência efetiva da posse do bem – de modo geral, móvel – do devedor para o credor, via de regra (TARTUCE, 2019, p. 621).

A exceção a essas premissas encontra guarida no parágrafo único do mesmo artigo 1.431 da lei civil, que prevê que “No penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar” (BRASIL, 2002). Ou seja, nos casos ali descritos, não há transferência da posse, ficando o devedor com o bem e transferindo-se a posse indireta ao credor pignoratício. Ademais, não é sempre que o penhor é gravado em bem móvel, sendo possível, em alguns casos, que seja estabelecido penhor sobre bem imóvel (TARTUCE, 2019, p. 621).

Nessa relação há duas partes. Uma delas é o devedor pignoratício, que é aquele quem dá o bem em garantia e que tem a dívida em seu desfavor, podendo ser tanto o próprio devedor quanto um terceiro. A outra é o credor pignoratício, que tem o crédito em seu favor, assim como o direito real de garantia sobre o bem empenhado (TARTUCE, 2019, p. 621).

Exemplo clássico de penhor é o de alguém que necessite de financiamento junto à Caixa Econômica Federal e oferece joias como forma de garantia da obrigação contraída, entregando os bens à instituição financeira, que ficará de posse deste até que haja o adimplemento integral do débito (TARTUCE, 2019, p. 621).

Ademais, incumbe diferenciar o penhor da penhora, sendo este uma constrição judicial para garantia do processo e aquele uma garantia real. Nesta, os bens são penhorados, enquanto naquele são empenhados ou apenhados (TARTUCE, 2019, p. 622).

A lei civil ainda prevê alguns direitos e deveres dos credores pignoratícios entre os artigos 1.433 e 1.435. Dentre esses regramentos, destaca-se o direito do credor de ter a posse da coisa empenhada (Art. 1.433, I), não podendo ser constrangido a devolvê-la sem o pagamento integral do débito (Art. 1.434, *caput*). Também pode reter o bem até que seja indenizado pelas despesas que teve, desde que devidamente justificada e que não tenham sido causadas por sua culpa (Art. 1.433, II), podendo, ainda, apropriar-se dos frutos da coisa empenhada (Art. 1.433, III) (BRASIL, 2002).

Por outro lado, deve o credor pignoratício cuidar da coisa apenhada e ressarcir o devedor por eventual perda ou deterioração que der causa (Art. 1.435, I), além de defender sua posse, cientificando o devedor de eventuais circunstâncias que gerem a necessidade de ação possessória (Art. 1.435, II). Ainda, deve restituir a coisa ao devedor pignoratício após o pagamento da dívida (Art. 1.435, IV) (BRASIL, 2002).

Ademais, há que se falar da divisão do penhor em dois grupos: legal e convencional. Como sugerem seus nomes, o primeiro decorre de imposição da norma jurídica, enquanto o segundo é estabelecido pela autonomia privada das partes envolvidas (TARTUCE, 2019, p. 631).

O penhor legal encontra previsão no artigo 1.467 do Código Civil, o qual elege como credores pignoratícios automaticamente:

I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;

II - o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver garantindo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas. (BRASIL, 2002)

Já na sua forma convencional, o penhor subdivide-se em comum (ou ordinário) e especial. A espécie comum é aquela regida pelas normas até aqui discutidas. A especial, entretanto, possui regramentos apartados para cada uma delas, podendo ser rural, industrial e mercantil, de direitos e títulos de crédito ou de veículos (TARTUCE, 2019, p. 632).

Por fim, a extinção do penhor pode se dar, nos termos do artigo 1.436 do Código Civil, em razão: da extinção da obrigação; do perecimento da coisa; da renúncia do credor pignoratício; da confusão, na mesma pessoa, das qualidades de credor e dono da coisa empenhada; e da adjudicação judicial, remissão ou venda da coisa empenhada (BRASIL, 2002).

2.2.1.2 Hipoteca

Gomes (2012, p. 381) ensina que “A hipoteca é o direito real de garantia em virtude do qual um bem imóvel, que continua em poder do devedor, assegura ao credor, precipuamente, o pagamento de uma dívida”. Ainda sobre as características da hipoteca e a sua diferença do penhor, Gomes (2012, p. 382) informa:

Distingue-se a hipoteca dos outros direitos reais de garantia porque não desapossa o devedor do bem dado em garantia. Daí sua superioridade econômica e técnica. Enquanto no penhor, com as exceções registradas, o devedor é obrigado a entregar ao credor o bem que oferece em garantia, na hipoteca conserva-o em seu poder, continuando a fruir todas as utilidades. A garantia não pode ser frustrada porque contrai a obrigação de lhe não diminuir o valor. Por outro lado, tem o credor o direito de sequência. Trata-se, portanto, de mecanismo aperfeiçoado do direito real de garantia, no qual se elimina a posse do credor, que é a peça principal no penhor.

Duas são as partes na hipoteca, o credor hipotecário – sujeito ativo da obrigação garantida – e o devedor hipotecante – sujeito passivo da obrigação que dá o bem em garantia (GOMES, 2012, p. 381).

Percebe-se que na hipoteca, em regra, o bem dado em garantia é imóvel. Todavia, o artigo 1.473 do Código Civil prevê que, além deste, podem ser objeto de hipoteca: os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; o domínio direto; o domínio útil; as estradas de ferro; os recursos naturais a que se refere o artigo 1.230, independentemente do solo onde se acham; os navios; as aeronaves; o direito de uso especial para fins de moradia; o direito real de uso; e a propriedade superficiária (BRASIL, 2002).

Justamente por se tratar, via de regra, de ônus gravado sobre bem imóvel, importantíssima a averbação do contrato de hipoteca na matrícula da coisa dada em garantia. Quanto a isso, Pereira (2012, p. 323) ensina que a validade da hipoteca depende da observância de condições formais, divididas pelo autor em três momentos distintos, quais sejam, título, especialização e inscrição no registro.

Segundo o autor, título é “um documento, ou instrumento, que perpetua a declaração de vontade das partes ou que materializa a incidência do ônus em determinado objeto” e somente à vista deste é que o Oficial competente poderá realizar o registro deste direito real, dando-lhe validade. Esse instrumento poderá ser tanto particular como público, a depender do valor da coisa hipotecada (PEREIRA, 2012, p. 323).

Ademais, pela especialização faz-se necessária a caracterização da hipoteca, determinando o bem separado do patrimônio, o débito que está garantindo, além do patrimônio de quem foi destacado e em favor de quem o foi, devendo tudo isso constar no próprio título representativo da hipoteca (PEREIRA, 2012, p. 325).

O registro é o momento culminante da hipoteca, que a gera como um direito real. Enquanto não registrada, a hipoteca não passa de crédito pessoal, instituído *inter partes*. Após registrada é que lhe é dada a publicidade necessária para conferir-lhe efeito *erga omnes*, possibilitando a sua oponibilidade a terceiros adquirentes ou a credores quirografários, titulares de outros direitos reais e, inclusive, outros credores ditos hipotecários que não tenham registrado seu título. Daí então que se vislumbra a importância de ser observada a ordem de registro dessa garantia, já que é esta quem determina a prioridade entre os credores (PEREIRA, 2012, p. 326).

E sobre isso, Pereira (2012, p. 327) explica que:

[...] se forem instituídas duas ou mais hipotecas sobre o mesmo bem, em favor de credores diversos, não se inscreverão no mesmo dia para que se positive qual delas é prioritária, a não ser que se mencione a hora da constituição. Não é o caso de *segunda hipoteca*, a cujo respeito a lei estatui tratamento especial. Em princípio, é lícito ao devedor constituir sobre os mesmos bens uma segunda hipoteca, desde que o seu valor o comporte, prevalecendo nesse

caso a segurança de pagamento após a liquidação da primeira. Mas, se ao oficial for apresentada “segunda hipoteca” antes de inscrita a “primeira”, fará ele a prenotação, mas sobrestará o seu registro pelo prazo de 30 dias, até a inscrição da primeira hipoteca.

Por fim, destaca-se a possibilidade de remição hipotecária, que seria, segundo Pereira (2012, p. 336), “uma faculdade reconhecida a certas pessoas, de liberar o bem gravado, mediante o pagamento da importância devida e acessórios”. O artigo 1.478 do Código Civil, por exemplo, prevê que o credor da segunda hipoteca pode remir a primeira, pagando a dívida que esta garante se o devedor não o fizer, caso em que se sub-roga nos direitos deste credor (BRASIL, 2002). Outra possibilidade legal de remição é a disposta no artigo 1.481, também da lei civilista, que autoriza o adquirente do imóvel hipotecado a remir este ônus real (BRASIL, 2002).

2.2.1.3 Anticrese

A anticrese é o direito real de garantia pelo qual o credor fica com a posse de coisa frutífera, ou seja, que dá frutos, retendo estes e imputando-lhes no pagamento da dívida (GONÇALVES, 2009, p. 740). Nessa forma de garantia real o credor se torna um administrador de coisa alheia, embora no interesse próprio, devendo, por isso, prestar contas da sua gestão, na qual demonstre ter bem aplicado os rendimentos auferidos que não podem ter finalidade diversa da liquidação da dívida (PEREIRA, 2012, p. 357).

Para sua constituição, são necessários, segundo Pereira (2012, p. 356):

- a) *capacidade* das partes, inclusive para o devedor dispor do bem;
- b) *instrumento* escrito, particular ou público, exigido este se o valor exceder a taxa legal;
- c) *tradição* do imóvel, real e não apenas ficta ou simbólica, pois que sem a posse direta do credor anticrético não se realiza a finalidade contratual da percepção das rendas;
- d) *transcrição* no Registro para que se constitua o direito real;
- e) *coisa imóvel*, pois se for móvel o objeto confunde-se com o penhor;
- f) *aplicação* das rendas no pagamento da obrigação garantida.

O Código Civil permite, inclusive, no parágrafo segundo do seu artigo 1.506, que a anticrese seja feita em conjunto com a hipoteca (BRASIL, 2002). No entanto, adverte Beviláqua (apud PEREIRA, 2012, p. 356) que “o devedor pode onerar com hipoteca um imóvel gravado de anticrese; mas o devedor hipotecário não pode constituir anticrese sobre o imóvel já hipotecado”.

Em verdade, a anticrese é muito pouco utilizada na prática, já que não confere ao credor direito de preferência ou de excussão, sendo mais costumeiro dar preferência à hipoteca por conta da sua maior eficácia. Ademais, para o devedor também é inconveniente, tendo em vista que a posse e o gozo lhe são retirados, enquanto o credor deve colher os frutos do bem e pagar-se com seu próprio esforço (GONÇALVES, 2009, 740-741). Diz-se, inclusive, que está fadada a perder sua categoria de direito real no futuro, subsistindo tão somente como contrato de natureza creditícia ou cláusula adjeta ao contrato hipotecário (PEREIRA, 2012, p. 355).

2.3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

Para entender a alienação fiduciária faz-se necessário entender inicialmente a fidúcia e o negócio fiduciário. Chalhub (2017, p. 8) assim define a fidúcia:

A fidúcia encerra a ideia de uma convenção pela qual uma das partes, o fiduciário, recebendo da outra (fiduciante) a propriedade de um bem, assume a obrigação de dar-lhe determinada destinação e, em regra, de restituí-lo uma vez alcançado o objetivo enunciado na convenção. [...]

Assim, o negócio de natureza fiduciária é negócio bilateral composto por dois acordos que criam uma situação *sui generis*, pela qual uma parte (alienante-fiduciante) transmite a propriedade de certos bens à outra parte (adquirente-fiduciário), que, embora passe a exercer os direitos de proprietário, erga omnes, assume, no campo obrigacional, nas suas relações com o fiduciante, o dever de dar aos bens adquiridos a destinação determinada pelo próprio fiduciante e com este acordada na forma do citado pacto adjeto.

Como corolário, nos explica sobre o negócio fiduciário:

Entende-se por negócio fiduciário o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário. (CHALHUB, 2017, p. 28)

Daí é que exsurge a utilização da fidúcia como forma de garantia do cumprimento de uma obrigação, o que se dá através da alienação fiduciária. O bem que se pretende adquirir é transferido para empresa credora que, por meio do contrato de alienação fiduciária, tem a sua propriedade resolúvel¹, ficando o devedor com a posse da coisa na qualidade de depositário (TARTUCE, 2019, p. 723).

¹ Propriedade resolúvel é aquela que pode ser extinta pelo advento de condição, termo ou superveniência de causa capaz de destruir a relação jurídica (TARTUCE, 2019, p. 179).

Nesse sentido, a alienação fiduciária é espécie do gênero negócio fiduciário, por meio do qual o titular de um bem transmite sua propriedade ao credor sob uma condição resolutiva, com finalidade de garantia. Assim, cumprida a condição, resolve-se a propriedade, que volta ao patrimônio do antigo titular (CHALHUB, 2017, 173).

É da alienação fiduciária que surge a propriedade fiduciária. A primeira é a convenção entre as partes – o contrato – que somente produz efeito entre elas, portanto direito obrigacional. A segunda é o direito real de garantia que depende de formalidades para existir e produzir efeitos *erga omnes*, tais como o registro (TARTUCE, 2019, p. 727). Há também uma diferenciação entre a alienação fiduciária e a cessão fiduciária. Aquela tem como objeto coisa corpórea, enquanto essa, coisa incorpórea (CHALHUB, 2017, p. 175).

Apesar de direito real, é importante destacar que a propriedade fiduciária não se dá sobre coisa alheia, mas coisa própria, o que a diferencia das demais garantias reais, como ensina Chalhub (2017, p. 173):

A propriedade fiduciária em garantia difere dos direitos reais limitados de garantia, quais sejam o penhor, a anticrese e a hipoteca, porque nestes o titular da garantia tem um direito real na coisa alheia, tendo em vista que o bem dado em garantia, embora vinculado ao cumprimento da obrigação, continua no patrimônio do devedor, enquanto na propriedade fiduciária a garantia incide em coisa própria do credor, já que o devedor lhe transmite a propriedade do bem, embora em caráter resolúvel.

Quer dizer, em vez de dar o bem em penhor, o devedor de fato transmite a propriedade de um bem ao credor, que passa a fazer parte do patrimônio deste e admite que, em caso de não pagamento, este venda a coisa e aplique o preço como forma de pagamento do débito, ou, se adimplida a dívida, restitua o bem ao patrimônio do devedor (GOMES, 2012, p. 358).

2.4 ORIGEM HISTÓRICA

A propriedade fiduciária tem como fonte primária o direito romano. Desde lá, já se tinha a concepção da chamada venda fictícia ou provisória, por meio da qual uma parte (fiduciário) recebia da outra (fiduciante) a propriedade de uma coisa, obrigando-se a restituí-la depois de alcançado determinado fim, o que era estipulado em um pacto adjeto chamado *pactum fiduciae* (MESSINA, 1948, p. 105, apud CHALHUB, 2017, p. 8).

Inclusive, em diversos autores da época, tais como Gaio, Paulo e Cícero, é possível verificar menções à fidúcia, já com clara definição e apresentação de suas modalidades, formas

de constituição, efeitos e ações. Dividia-se, por exemplo, em duas espécies: *fiducia cum creditore* e *fiducia cum amico*. A primeira tinha cunho assecuratório, com vistas a garantir o um crédito, vendendo o bem ao credor e sendo restituído após o pagamento da dívida no prazo convencionado. Já a segunda tinha como escopo a preservação de certos bens que pudessem estar ameaçados e, da mesma forma, era a coisa vendida para alguém que se comprometia a devolvê-la quando cessasse a ameaça, que poderia ser, por exemplo, o risco de perder o bem por um fato político ou de perecer na guerra ou em uma viagem (MESSINA, 1948, p. 106, apud CHALHUB, 2017, p. 8).

No direito germânico também estiveram presentes traços da fidúcia no penhor da propriedade, que funcionava da mesma forma. Porém, diferenciava-se pela inserção de intermediários, denominados *manusfidelis* e *salmann*. O *manusfidelis* era pessoa de confiança, a quem competia transferir bens a um beneficiário. Já o *salmann* era o intermediário através do qual se fazia a transmissão do bem ao adquirente/beneficiário (MESSINA, 1948, p. 154-156, apud CHALHUB, 2017, p. 12).

Outra diferenciação trazida pelo direito germânico dizia respeito ao poder do fiduciário sobre a coisa. No direito romano, este tinha poder ilimitado, sendo que, se dispusesse da coisa de forma arbitrária, contrariando o *pactum fiduciae*, o fiduciante tinha direito somente à reparação pelas perdas e danos. No direito germânico, entretanto, esse poder era limitado, ao passo que eventual alienação arbitrária era considerada ineficaz, retomando o bem à propriedade do fiduciante com o adimplemento da condição resolutiva (CHALHUB, 2017, p. 13).

Ainda, no direito inglês surgiu a figura do *mortgage*, que também consistia na transmissão da propriedade como meio de garantia e muito se assemelhava ao *pactum cum creditore* do direito romano (LIMA, 1962, p. 100, apud CHALHUB, 2017, p. 14). Mas os institutos apresentavam diferenças básicas, como ensina Messina (1948, p. 168), conforme citado por Chalhub (2017, p. 15).

Assim, apesar da identidade estrutural entre os dois institutos, pois ambos – o *mortgage* e a *fiducia cum creditore* – tinham como base um contrato real (transferência de propriedade de uma coisa do fiduciante ao fiduciário), ao qual estava vinculado um contrato obrigacional (obrigação do fiduciário de restituir a coisa, uma vez cumprida a prestação do fiduciante), a condição resolutiva presente no antigo direito inglês dava ao *mortgage* uma característica peculiar que, embora pudesse aproximá-lo do penhor de propriedade do direito germânico, o distanciava da *fiducia cum creditore*, pois, efetivamente, no *mortgage* o direito do fiduciário era destinado a resolver-se automaticamente, se e quando o fiduciante pagasse a dívida no prazo contratado.

Ainda na Inglaterra, na Idade Média, criou-se a ideia do *trust*, que consistia na entrega de alguns bens a determinada pessoa que fazia uso deles conforme determinado encargo que havia sido atribuído, repousando esse conceito na confiança depositada naquele que recebia os bens. Essa confiança, entretanto, não derivava da lei, mas da consciência daquele a quem se confiava o patrimônio, dependendo dele a restituição do bem (CHALHUB, 2017, p. 16).

Somente após a Idade Média é que a Corte de Chancelaria inglesa passou a constranger os fiduciários a restituírem os bens aos fiduciantes, forçando-os a exercer seu dever de consciência, sob a pena de prisão até que devolvessem a coisa. Passou-se a reconhecer, então, a função de mero intermediário do fiduciário, que não passava de um proprietário provisório (CHALHUB, 2017, p. 17).

Modernamente, mais especificamente com a instituição do *Trustee Act*, em 1893, o instituto é conceituado pelo direito inglês, segundo Chalhub (2017, p. 17), como:

[...] o negócio em que uma pessoa (fiduciante) transfere seus direitos a outra (fiduciário) para que esta os administre segundo condições definidas no contrato, em proveito do próprio fiduciante ou de um terceiro beneficiário, obrigando-se a restituí-los ao fiduciante, ou ao beneficiário, uma vez implementada a condição convencionada.

Veja-se que todas essas formas possuem como princípio básico a transferência da propriedade de determinado bem a outrem como forma de garantia. No entanto, o *trust* possui diferenças das demais formas aqui tratadas (fidúcia romana e penhor da propriedade germânico), principalmente no que tange à dicotomia da propriedade abrangida pelo direito inglês. É que neste país admite-se a existência de dois direitos de propriedade sobre o mesmo bem, além de adotar de um sistema processual de proteção ao beneficiário/fiduciante, por meio da atuação do Poder Judiciário que controla e fiscaliza a atuação do fiduciário (CHALHUB, 2017, p. 23).

2.5 HISTÓRICO LEGISLATIVO NO BRASIL

No Brasil, esse conceito surgiu com o instituto da propriedade fiduciária, previsto no artigo 66 da Lei n. 4.728/1965² que, por sua vez, tinha como objeto o Mercado de Capitais

² Art. 66. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.

(TARTUCE, 2019, p. 723; CHALHUB, 2017, p. 171; GONÇALVES, 2009, p. 489; GOMES, 2012, p. 358).

A referida lei criou novas formas de captação e aplicação de recursos do público, criando a garantia fiduciária com vistas a suprir uma deficiência nas garantias sobre bens móveis até então existentes, como penhor e a reserva de domínio, os quais não eram mais compatíveis com as características da circulação de crédito da sociedade moderna (CHALHUB, 2017, p. 171). Com isso, facilitou negócios de crédito e o financiamento para aquisição de bens de consumo (GOMES, 2012, p. 358), focando-se, nesse momento, em bens móveis e duráveis tais como eletrodomésticos e veículos (TARTUCE, 2019 p. 723).

Posteriormente, a redação do artigo 66 da Lei n. 4.728/1965 foi alterada pelo Decreto-Lei n. 911/1969³ (BRASIL, 1965; BRASIL, 1969), que também introduziu nova disciplina quanto ao procedimento de busca e apreensão (TARTUCE, 2019, p. 723).

Por essa lei, “o bem a ser adquirido passa a ser da empresa credora, que tem a sua propriedade resolúvel; ficando o devedor com a posse da coisa na qualidade de depositário” (TARTUCE, 2019, p. 723). Duas eram as vantagens obtidas com a fórmula introduzida por essa lei:

A primeira vantagem referia-se ao fato de o credor tornar-se proprietário do bem adquirido, e não mero detentor de direito real sobre a coisa. Isso já fazia com que, por exemplo, no caso de eventual falência do devedor, o bem não pertencesse à massa falida, mas poderia ser exigido pelo credor. Nesse sentido, determinava, e ainda determina, o art. 7.º do Decreto-lei 911/1969 que, “na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente”. Entretanto, como será exposto, o credor não pode ficar com o bem de forma definitiva, devendo providenciar a sua venda.

A segunda vantagem para o credor era a equiparação do devedor a um depositário. Por isso, se o objeto adquirido percesse, poderia o devedor ser preso civilmente, na condição de depositário infiel. O receio da prisão *fazia* com que o devedor cuidasse do bem com máxima diligência, assegurando ao credor maiores possibilidades de encontrar a garantia em caso de inadimplemento e posterior busca e apreensão. É importante deixar consignado que os verbos são utilizados no passado, pois foi substancialmente alterado o panorama jurisprudencial a respeito dessa prisão civil do devedor fiduciário. (TARTUCE, 2019, p. 723-724)

³ Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Ademais, o sistema também trazia vantagem ao devedor que, em virtude de o bem dado em garantia dificilmente se perder, os riscos assumidos pelo credor eram menores, gerando, por conseguinte, juros mais baixos e atraentes. Tudo isso fez crescer a utilização dessa forma de garantia, em especial na aquisição de veículos (TARTUCE, 2019, p. 724).

O sucesso da alienação fiduciária foi tão grande, especialmente nas décadas de 1990 e 2000, que os agentes financeiros passaram a utilizá-la como uma nova forma de garantia real. Invertia-se a alienação, com o devedor transferindo a propriedade de bem do seu patrimônio ao credor como forma de garantia, o que gerou intensas discussões judiciais acerca da sua validade e eficácia (TARTUCE, 2019, p. 724). A matéria só foi pacificada com a edição da Súmula 28 pelo Superior Tribunal de Justiça, que prevê que “o contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor” (BRASIL, 1991).

Até a década dos anos 1990, todavia, a alienação fiduciária se restringia aos bens móveis (TARTUCE, 2019, p. 724). Somente com a promulgação da Lei n. 9.514, em 20 de novembro de 1997, que criou o SFI, é que foi instituída a alienação fiduciária de coisa imóvel (BRASIL, 1997). Sobre essa lei, entretanto, trataremos em tópico apartado.

Posteriormente, o Código Civil de 2002 veio a regular a propriedade fiduciária entre os artigos 1.361 e 1.368-B, com as alterações trazidas pela Lei n. 10.931/2004 e pela Lei n. 13.043/2014 (BRASIL, 2002; BRASIL, 2004; BRASIL, 2014). Ressalta-se que o Código Civil se restringiu a regular a propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis⁴, conforme se pode inferir de simples leitura do *caput* do artigo 1.361⁵ (BRASIL, 2002).

Com isso, há de se dizer que existem duas espécies de propriedade fiduciária de bens móveis, para fins de garantia, no ordenamento jurídico brasileiro. Uma é de aplicação exclusiva às instituições financeiras e pessoas jurídicas equiparadas em créditos constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capitais, do fisco e da previdência social, cuja regulação se dá pela Lei n. 4.728/1965, atualmente com o artigo 66-B, e pelo Decreto-Lei n. 911/1969. A outra, prevista no Código Civil, tem aplicação geral para a garantia de dívidas comuns, sem restrição quanto ao credor, que pode ser, inclusive, pessoa natural (TARTUCE, 2019, p. 725; CHALHUB, 2017, p. 171; GONÇALVES, 2009, p. 491). Destaca-se, também, que as normas dispostas na codificação incidem subsidiariamente às demais espécies de propriedade ou

⁴ “Infungível, segundo interpretação *a contrario sensu* do art. 85 do Código Civil, é o bem móvel que não pode substituir-se por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade.” (GONÇALVES, 2009, p. 491)

⁵ Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

titularidade fiduciária por força do disposto no artigo 1.368-B do Código Civil⁶ (BRASIL, 2002).

De outra banda, a alienação fiduciária de bens imóveis, apesar de prevista dentro da lei que criou o SFI, é aplicável a quaisquer relações jurídicas, sejam elas realizadas por entidades que operam dentro desse sistema ou fora dele, sendo possível também que sejam feitas por pessoas físicas, tudo dentro das normas regulamentadoras da Lei n. 9.514/1997, como prevê o parágrafo primeiro do seu artigo 22⁷ (BRASIL, 1997).

2.6 LEI N. 9.514/1997

O Brasil, historicamente, sempre teve dificuldades de desenvolver e solidificar seu mercado imobiliário, que, interligado com a construção civil, possui elevada importância para o país, haja vista os milhares de empregos gerados. Além disso, com a quebra de construtoras, o desemprego aumenta, caem as bolsas de valores e sobem os indicadores do chamado risco país, crescendo também o temor dos investidores, principalmente internacionais, que veem nessa fragilidade uma instabilidade na economia nacional (DANTZGER, 2010, p. 17).

Outro impeditivo do crescimento desse setor era a demora na recuperação do capital investido (DANTZGER, 2010, p. 17). Em verdade, os meios tradicionais de garantia – hipoteca, penhor e anticrese – já há muito não se mostravam mais eficientes para esse fim, não mais satisfazendo os anseios de uma sociedade industrializada, até mesmo nas relações entre pessoas físicas, justamente em razão dos altos custos envolvidos e da morosidade excessiva (ALVES, 1979, p. 3, apud CHALHUB, 2017, p. 233).

Urgia daí a necessidade de criação de um mecanismo mais ágil, eficiente e seguro de investimento imobiliário, principalmente no que toca ao retorno em caso de inadimplemento. Nesse cenário criou-se a Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de alienação fiduciária sobre bens imóveis. A intenção era estimular o financiamento imobiliário e outras operações de crédito com garantia imobiliária através de um instrumento que permitisse que as situações de mora fossem recompostas mais rapidamente, a exemplo do que já ocorria nos bens móveis (CHALHUB, 2017, p. 233).

⁶ Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial.

⁷ § 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: [...]

Para isso, institui-se em favor do credor uma propriedade resolúvel sobre o imóvel que lhe é dado pelo devedor, garantindo a dívida assumida por este perante aquele (DANTZGER, 2010, p. 18). Sobre essa propriedade, explica Dantzger (2010, p. 18):

Tal propriedade resolúvel sobre o imóvel, que é aquela que, no próprio título de sua constituição, encerra o princípio que a tem de extinguir uma vez realizada a condição resolutória, foi denominada pelo próprio legislador como fiduciária, e se caracteriza pela limitação temporal do domínio do devedor, posto que, satisfeita a sua dívida, o bem, antes alienado fiduciariamente ao credor, volta ao inteiro domínio do devedor, automaticamente e de forma imediata, com efeito *ex tunc*, isto é, retroativo, reingressando a coisa no patrimônio do fiduciante.

Nesse sentido, o *caput* do artigo 22 da lei em comento conceituou a alienação fiduciária de bem imóvel como sendo “o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.” (BRASIL, 1997).

Essa propriedade, por sua vez, constitui-se, conforme previsão do *caput* do artigo 23, “mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título” (BRASIL, 1997), intencionando-se, com isso, gerar efeitos como direito real de garantia (TARTUCE, 2019, p. 769). O contrato referido no texto legal possui alguns requisitos necessários para ter eficácia, os quais encontram-se dispostos no artigo 24 desta lei⁸ (TARTUCE, 2019, p. 769).

Com o pagamento da dívida, por se tratar de propriedade resolúvel, como já tratado, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel, que volta ao patrimônio do antes devedor, consoante previsão do artigo 25 da Lei n. 9.514/97. Para isso, o fiduciário dispõe de trinta dias, contados da liquidação da dívida, para apresentar ao fiduciante termo de quitação, por meio do qual, à vista do registrador, cancelar-se-á a propriedade fiduciária pendente sobre o imóvel (BRASIL, 1997).

Por outro lado, no caso de inadimplemento, o diploma legal prevê espécie de execução extrajudicial para consolidação da propriedade em favor do credor nos seus artigos

⁸ Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá: I - o valor do principal da dívida; II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; III - a taxa de juros e os encargos incidentes; IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição; V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; VII - a cláusula dispendo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

26 a 27, o qual gera a celeridade tão almejada pelo mercado financeiro. Esse procedimento é o objeto do presente trabalho e, por isso, será tratado detalhadamente mais adiante.

3 PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, trouxe em seu bojo diversas regras e princípios que regem todo o ordenamento jurídico brasileiro. Neste capítulo, serão abordados o constitucionalismo e o controle de constitucionalidade, debatendo ainda o conteúdo dos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição.

3.1 CONSTITUCIONALISMO

Diversas são as concepções de constituição. Silva (2014, p. 39-40), assertivamente, nos traz conceito para definir o que é uma constituição.

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de órgãos, os limites de sua ação, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

A constituição, desse modo, seria a lei base do ordenamento jurídico de um Estado, da qual emanariam todas as normas que regulamentam a vida dos cidadãos, cujos preceitos devem sempre ser observados quando da confecção de outras normas ditas subsidiárias.

Todavia, o Estado Moderno nasce sem Constituição no seu sentido estrito, já que na sua primeira versão é absolutista. É justamente o absolutismo que gera as condições necessárias para o surgimento de um pensamento calcado no controle de poder, por meio de alguns movimentos que exigem a criação de instrumentos de contenção dos desmandos do príncipe (STRECK, 2018, p. 1).

O constitucionalismo significa, então, “que as condutas sociais devem ser determinadas por normas, e o ápice da escala normativa reside nas normas constitucionais” (AGRA, 2018, p. 73).

Somente no final do século XVIII, com a Revolução Francesa e a Declaração de Independência das colônias americanas, é que surgiu a moderna ideia de uma constituição formal, jurídica e normativa como expressão de um poder constituinte formal. Antes disso, entretanto, há registros de documentos jurídicos de cunho constitucional, mesmo que distintos

das constituições ditas modernas, como, por exemplo, na Inglaterra (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 36-37).

Em suma, três são os modelos consolidados de constitucionalismo, os quais asseguraram as bases para as experiências constitucionais posteriores: o inglês, o francês e o norte-americano (AGRA, 2018, p. 77; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 37).

No modelo inglês, que se diferencia em muito dos demais, não há até hoje uma constituição escrita. Há, em verdade, alguns documentos jurídicos que servem de alicerce para o sistema, tais como a *Magna Charta Libertatum* (1215), o *Petition of Rights* (1628) e a *Bill of Rights* (1689), os quais buscavam sempre limitar as prerrogativas monárquicas, gerando direitos aos cidadãos sempre de forma lenta e paulatina, sem rupturas traumáticas (AGRA, 2018, p. 77-78).

Todavia, a principal fonte de normas não é a lei, mas os costumes que são sedimentados de forma lenta e evolutiva com o passar dos anos (AGRA, 2018, p. 78). O direito inglês, por isso, é resultado das ações dos tribunais reais de justiça, já que no sistema inglês sempre houve uma valorização das decisões judiciais tomadas anteriormente, todas com base nos costumes do povo, dando origem à doutrina do precedente judicial (STRECK, 2018, p. 3-4).

Por outro lado, o sistema constitucional francês surge a partir de uma revolução, a de 1789, que rompeu com todo o sistema normativo, fazendo-se necessária uma remodelação de todo o sistema político vigente até então. Desenvolveu-se, nesse momento, o conceito de soberania, em que foi estabelecido que não poderia existir nenhum outro poder que não se fundamentasse na Constituição. Nesse sentido, foi constituída uma declaração de direitos, chamada Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, cujas normas, em razão da supremacia constitucional, servem de parâmetro para a atuação estatal (AGRA, 2018, p. 79).

O Estado de Direito francês caracteriza-se, portanto, como o grau máximo do princípio da legalidade. Todavia, esse exagero fragilizou a Constituição, impedindo que a França desenvolvesse a jurisdição constitucional como adotaram outras legislações nacionais de países ocidentais (AGRA, 2018, p. 79).

Já o modelo norte-americano traz como principais contribuições “o federalismo, o governo presidencial e o sistema jurídico de fiscalização de controle de constitucionalidade” (CANOTILHO, 2002, p. 70, apud AGRA, 2018, p. 80). Nesse sistema, dá-se maior preponderância à Carta Magna com relação às demais normas jurídicas, o qual exerce supralegalidade imperiosa sobre estas, já que estabelece as estruturas jurídicas da sociedade e estabelece fundamentos para guiar o seu desenvolvimento (AGRA, 2018, p. 80).

3.1.1 Neoconstitucionalismo

Como corolário dessa evolução, emergiu o chamado neoconstitucionalismo, ante a “necessidade de exprimir algumas qualificações que não poderiam ser devidamente explicadas pelas conceituações vigentes no constitucionalismo, no juspositivismo ou no jusnaturalismo” (AGRA, 2018, p. 81). Agra (2018, p. 81) lista, ainda, alguns aspectos que propulsionam o neoconstitucionalismo, quais sejam:

a) falência do padrão normativo, que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento; b) influência da globalização; c) pós-modernidade; d) superação do positivismo clássico; e) centralidade dos direitos fundamentais; f) diferenciação qualitativa entre princípios e regras; g) revalorização do direito.

Duarte e Pozzolo (2006, p. 79), na forma citada por Agra (2018, p. 81), listam ainda algumas características do neoconstitucionalismo, que seriam:

a) adoção de uma noção específica de Constituição que foi denominada “modelo prescritivo de constituição como norma”; b) defesa da tese segundo a qual o direito é composto (também) de princípios; c) adoção de uma técnica interpretativa denominada “ponderação” ou “balanceamento”; d) consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à teoria do direito.

Quer dizer, a diferença entre esta doutrina e o constitucionalismo clássico é a que neste a diferença entre as normas constitucionais e infraconstitucionais é apenas de grau, enquanto naquele a diferença é também axiológica, ou seja, a Constituição é considerada um valor em si. Ainda, enquanto no conceito clássico buscava-se apenas limitar e separar o poder, no neoconstitucionalismo o caráter ideológico é o de concretizar os direitos fundamentais (AGRA, 2018, p. 81-82).

O Texto Maior, portanto, absorve valores morais e políticos com um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis, a chamada materialização da Constituição (MENDES; BRANCO, 2017, p. 65). Com isso, “a separação de poderes deixa de revestir uma natureza funcional e passa a desempenhar um escopo teleológico, em que a realização dos direitos fundamentais configura-se em sua função profícua” (AGRA, 2018, p. 82).

Há no neoconstitucionalismo uma visão de superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os demais poderes constituídos, o que é garantido por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade (MENDES; BRANCO, 2017, p. 65). Surge daí uma legalidade superior à legalidade ordinária, que faz com que o legislador

infraconstitucional tenha sempre que observar a vontade do sujeito constituinte (AGRA, 2018, p. 82). A norma constitucional deixa de ser um valor meramente pragmático, um conjunto de orientações ao legislador, passando a cumprir verdadeiro papel normativo, com normas jurídicas de eficácia direta e imediata (ARIZA, 2003, p. 240-241, apud AGRA, 2018, p. 82).

Costuma-se contestar, nesse modelo, a função do Poder Judiciário. É que, como ensinam Mendes e Branco (2017, p. 65), cabe a este, em sua jurisdição constitucional, “a última palavra na interpretação da Constituição”. Assim, em razão dessa materialização da Lei Maior, o juiz constitucional possuiria considerável poder sobre as deliberações políticas dos órgãos do Legislativo, causando uma tensão democrática (MENDES; BRANCO, 2017, p. 65).

É certo, entretanto, que o legislador possui “ampla margem de apreciação e prioridade sobre o juiz constitucional, quando se trata de concretizar essas normas incorporadoras de valores morais e políticos”, enquanto à jurisdição constitucional cabe simplesmente “atalhar abusos, cometidos por ação ou omissão do legislador” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 66).

3.2 INCONSTITUCIONALIDADE

Por conta da supremacia da Constituição, todas as situações jurídicas devem estar conforme seus princípios e preceitos. Se assim não forem, serão consideradas inconstitucionais (SILVA, 2014, p. 48).

Pode-se aferir a inconstitucionalidade de duas formas: por ação ou por omissão.

3.2.1 Inconstitucionalidade por ação

A produção de atos legislativos ou administrativos que sejam contrários às normas e princípios expostos na Constituição gera a inconstitucionalidade por ação. Isso decorre da necessidade de compatibilidade vertical de todas as regras do ordenamento jurídico, na medida em que as normas de grau inferior devem estar de acordo com as de grau superior, ou seja, as advindas da Constituição. Portanto, se determinado ato não estiver de acordo com os ditames constitucionais, há uma incompatibilidade vertical, que será resolvida em favor das normas de grau superior (SILVA, 2014, p. 49).

Duas são as formas de inconstitucionalidade por ação: formal e material (AGRA, 2018, p. 678). Essas possuem diferenças substanciais que serão detalhadas a seguir.

3.2.1.1 Formal

A inconstitucionalidade formal ocorre quando há um desrespeito ao procedimento previsto para formação de determinado ato normativo, seja pela inobservância da ordem procedimental ou pela violação das regras de competência (MENDES; BRANCO, 2017, p. 946). Essas regras procedimentais, que formam o processo legislativo, estão previstas entre os artigos 59 e 69 da Constituição Federal (AGRA, 2018, p. 678).

Quando não observa a ordem procedimental prevista na Lei Maior, diz-se se tratar de inconstitucionalidade formal objetiva. É o caso, por exemplo, de uma lei ordinária que não é aprovada pelo Senado Federal. Por outro lado, quando viola regra de competência para propositura do projeto de lei, tem-se a chamada inconstitucionalidade formal subjetiva. Como exemplo, pode ser citado um projeto de lei encaminhado por um parlamentar que versa sobre o aumento do efetivo das Forças Armadas, quando a Constituição prevê que a legitimidade para propositura, nesse caso, é exclusiva da Presidência da República (AGRA, 2018, p. 678).

Discute-se, ainda, a possibilidade de convalidação de lei com vício formal. Quer dizer, se a sanção do chefe do Executivo teria o condão de sanar eventual vício procedimental, convalidando-o. Apesar da dissidência doutrinária sobre a tese, o entendimento consolidado no STF, expresso na ADI 1197, é o de que “nem mesmo a aquiescência do Chefe do Executivo mediante sanção ao projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, tem o condão de sanar esse defeito jurídico radical” (BRASIL, 2017).

3.2.1.2 Material

Já a inconstitucionalidade material diz respeito ao conteúdo do ato, ou seja, a regra prevista naquele ato normativo conflita com os dispositivos constitucionais. (AGRA, 2018, p. 678; MENDES; BRANCO, 2017, p. 947; SILVA, 2014, p. 26; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 783). Por conta disso, Agra (2018, p. 678) ensina que a forma material é mais afrontosa que a formal, já que subverte a supremacia da Carta Federal, fragilizando sua concretude.

Quer dizer, para que a lei seja legítima o legislador deve seguir os limites impostos pela Constituição. Não pode excedê-los, sob pena de estar ferindo os direitos constitucionais limítrofes com o direito constitucional que se tenta proteger, negando-se a chamada cláusula de vedação ao excesso. Deve-se, portanto, utilizar da proporcionalidade para não ferir um direito em detrimento de outro (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 783).

Destaca-se que o legislador que deixa de responder às exigências constitucionais ou as responde de modo insuficiente, deixando desprotegido algum direito constitucional, também está violando direito fundamental, agindo, portanto, de modo inconstitucional. Em assim procedendo, viola-se a chamada cláusula de vedação de tutela insuficiente. Ou seja, tanto o excesso quanto a insuficiência acabam por ser inconstitucionais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 784).

Mendes e Branco (2017, p. 948) acrescentam, ainda, a possibilidade de se aferir a inconstitucionalidade material de determinada lei em razão de desvio de poder ou excesso de poder legislativo. Para não incorrer nesse vício, seria necessário, segundo os autores, “aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos”, ou ainda, “constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 948).

3.2.2 Inconstitucionalidade por omissão

Algumas disposições constitucionais só produzem efeitos se devidamente regulamentadas pelo legislador infraconstitucional. A essas a doutrina convencionou chamar de normas constitucionais de eficácia limitada. Isto é, enquanto o legislador ordinário não agir regulamentando aquela norma, essa não produzirá efeitos imediatos, mas tão somente terá eficácia mediata, negativa, contra regras infraconstitucionais que venha a afrontar seu conteúdo (AGRA, 2018, p. 123).

Nos casos em que não é observado esse dever constitucional de legislar, configura-se uma omissão legislativa, gerando margem para se aferir a inconstitucionalidade por omissão (MENDES; BRANCO, 2017, p. 956). Canotilho (1994, p. 365, apud AGRA, 2018, p. 679) define:

A força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objeto clássico da pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transitando-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha ativamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos).

Sobre a diferenciação entre a inconstitucionalidade por ação e por omissão, o STF já se manifestou quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1458, oportunidade em que o relator, Ministro Celso de Mello, assim delineou:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (BRASIL, 1996)

Destaca-se, finalmente, que essa omissão tanto pode ser absoluta (ou total), “quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada”, como parcial, “quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 956).

3.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como visto, a supremacia e suprallegalidade das normas constitucionais faz com que essas guiem os demais regramentos do ordenamento jurídico brasileiro. Quer dizer, em não agindo como manda a Lei Maior, o ato (ou a ausência deste) é inconstitucional.

Por conta disso, fez-se necessário um sistema de controle das regras infraconstitucionais, a fim de que se verifique se estas ferem ou não as disposições da Lei Maior, garantindo-se principalmente os direitos fundamentais (AGRA, 2018, p. 670).

Para tanto, a atual constituição brasileira adotou uma forma mista de controle de constitucionalidade, com previsão de diversas formas de fazê-lo (STRECK, 2018, p. 156), as quais serão devidamente discutidas nos próximos tópicos.

3.3.1 Controle difuso

O controle de constitucionalidade difuso (também chamado de aberto ou descentralizado) tem origem no caso *Madison v. Marbury*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1803, em que se afirmou que é próprio da atividade jurisdicional a interpretação e aplicação da lei, criando-se o chamado *judicial review* (MORAES, 2010, p. 720).

A característica principal dessa ideia é a possibilidade de todo e qualquer juiz ou tribunal realizar, no caso concreto, a análise da conformidade de determinada lei com a Constituição Federal (SILVA, 2014, p. 52; MORAES, 2010, p. 720).

Nesses casos, a manifestação a respeito da constitucionalidade não é o objeto principal da lide. O interessado busca, em verdade, obter a declaração de inconstitucionalidade apenas para que fique isento, naquela hipótese, de cumprir a lei ou ato que entende estar em desacordo com a Carta Federal. Todavia, essa isenção vale somente para o caso concreto em discussão, mantendo-se a validade do ato normativo, que continua a ter força obrigatória com relação a terceiros (MORAES, 2010, p. 720-721).

Ou seja, o controle difuso só pode ser exercido em um caso concreto. Posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deve solucioná-lo e, para tanto, deverá analisar, incidentalmente, a constitucionalidade da lei ou do ato normativo questionado (MORAES, 2010, p. 723).

3.3.2 Controle concentrado

A origem do controle de constitucionalidade concentrado remonta à Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 que criou, pela primeira vez, um Tribunal Constitucional com exclusividade no exercício do controle judicial de constitucionalidade, contrapondo o *judicial review*, até então dominante. A justificativa de Hans Kelsen, criador do controle concentrado, para a escolha de um órgão para exercê-lo é a de que “se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos”, completando que, por outro lado, se apenas um tribunal o fizer, “este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira” (MORAES, 2010, p. 735).

No Brasil, surgiu com a Emenda Constitucional nº 16, de 06 de dezembro de 1965, que conferiu ao STF a competência para julgar originalmente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (SILVA, 2014, p. 53; MORAES, 2010, p. 736).

Em suma, o controle concentrado de constitucionalidade é aquele que só pode ser exercido pelo tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial (SILVA, 2014, p. 52). A intenção com este é obter declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, independentemente de um caso concreto, a fim de garantir segurança nas relações jurídicas,

evitando-se que estas estejam calcadas em lei inconstitucional. O objeto da ação é, portanto, a própria análise da constitucionalidade do ato normativo (MORAES, 2010, p. 736).

Para tanto, a Constituição Federal previu quatro tipos de ação: ação direta de inconstitucionalidade genérica; ação direta de inconstitucionalidade interventiva; ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e ação declaratória de constitucionalidade (MORAES, 2010, p. 736-737).

3.4 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal tem origem na *Magna Charta Libertatum*, documento jurídico de 1215 em que o Rei João Sem Terra outorgou alguns direitos à nobreza da Inglaterra (AGRA, 2018, p. 259; MORAES, 2010, p. 106). Nesse diploma afirmava-se que “ninguém pode ser processado senão mediante um processo regular pelos seus pares ou em harmonia com a lei do país”. Cunhou-se ali o termo *due process of law*, no qual um cidadão somente pode sofrer o alcance de uma norma se obedecido o parâmetro da legalidade (AGRA, 2018, p. 259).

Da mesma forma, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XI, nº 1, garantiu que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (MORAES, 2010, p. 106-107).

Igualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê expressamente esse princípio no seu artigo 5º, inciso LIV, dispondo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Costuma-se dividir o devido processo legal em seu sentido material e procedimental. Em um primeiro momento, com um sentido estritamente procedimental, esse princípio não tinha como finalidade questionar a substância de um ato infraconstitucional, mas apenas de assegurar um processo previamente regulamentado (BRINDEIRO, 2003, p. 423, apud AGRA, 2018, p. 259).

Ou seja, nessa fase, buscava-se somente verificar se a norma foi devidamente aplicada e se foram obedecidos os ditames legais, não importando o conteúdo do dispositivo desde que este fosse cumprido. O objetivo era, portanto, gerar igualdade entre os litigantes através de um procedimento previamente estabelecido (AGRA, 2018, p. 260).

O devido processo legal material foi pensado posteriormente pela Suprema Corte americana no julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford* (SILVEIRA, 1997, p. 82, apud AGRA, 2018, p. 260). O entendimento, sedimentado pela Emenda nº 14 da Constituição dos Estados Unidos da América, era de que “nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. Com isso, protegiam-se os cidadãos de leis arbitrárias que pusessem em risco a vida, a liberdade e a propriedade do indivíduo (AGRA, 2018, p. 260).

Em verdade, há certa dificuldade em se definir quais seriam os critérios para verificar se determinado ato segue o devido processo legal no seu sentido material. Agra (2018, p. 260) define algumas balizas para tanto:

Como a maior dificuldade se encontra em definir quais sejam os princípios delineadores do devido processo legal material, o seu direcionamento deve ser feito pelos princípios da proporcionalidade e da racionalidade. Com isso, quando uma norma afrontar valores constitucionais proeminentes, como o direito à vida, à isonomia, à dignidade da pessoa humana, ela deve deixar de ser aplicada por ferir os limites da proporcionalidade e da racionalidade.

O que se pretende proteger é o conteúdo material dos direitos fundamentais contra ataques arbitrários e irracionais de determinados regimentos legais. Ou seja, para que seja observado o devido processo legal não basta que sejam estritamente cumpridas as leis. Há que serem seguidos os parâmetros da justiça, garantindo-se a razoabilidade dos atos jurídicos (AGRA, 2018, p. 260).

Em resumo, o sentido formal/procedimental foca na aplicação da lei, enquanto a visão material tem como objeto o conteúdo da norma aplicada (AGRA, 2018, p. 260-261).

Mendes e Branco (2017, p. 493) descrevem a garantia do devido processo legal como uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional. Segundo os autores:

[...] cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 493-494)

Vê-se, portanto, que como consequências do devido processo legal, tem-se o direito de defesa (ampla defesa e contraditório), que serão tratados a seguir.

3.4.1 Direito de defesa

O direito de defesa, consubstanciado nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, foi ampliado pela Constituição brasileira de 1988, conferindo vigência a elas tanto no âmbito judicial como administrativo (MENDES; BRANCO, 2017, p. 396).

Prevê o artigo 5º, inciso LV, da Lei Maior que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

3.4.1.1 Contraditório

Agra (2018, p. 261) conceitua o contraditório como sendo “a possibilidade de se produzir uma assertiva contrária àquela que foi realizada pela acusação”, complementando que, por isso, “nenhuma decisão judicial pode ser prolatada antes que sejam ouvidas ambas as partes no processo”. O contraditório é, então, uma prerrogativa de uns dos litigantes de impugnar as alegações do outro (AGRA, 2018, p. 261).

O autor defende também a necessidade de participação das partes no processo como requisito para cumprimento do contraditório, dando paridade às partes como forma de garantir a isonomia:

O contraditório tem como requisito a participação das partes na formação das lides processuais, assegurando sua eficiência apenas se for possibilitada aos componentes da relação atuação na inteireza dos procedimentos. Se o cidadão não tem a oportunidade de defesa está se estiolando o princípio da isonomia porque houve oportunidade para a acusação, impedindo que todos sejam iguais perante a lei e, igualmente, obstaculiza-se a concretização da verdade real. (AGRA, 2018, p. 261)

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 647) dizem que, de modo geral, para que se constate o contraditório deve haver a observância do binômio conhecimento-reação, ou seja, é direito da parte conhecer as alegações feitas pela outra para, querendo, contrariá-las. Mas não é só. Segundo esses autores, há muito mais do que isso no conteúdo da garantia ao contraditório. Dizem eles:

Atualmente, porém, a doutrina tem identificado no direito ao contraditório muito *mais do que simples bilateralidade da instância*. Ao binômio conhecimento-reação tem-se oposto a ideia de *cabal participação como núcleo-duro do direito ao contraditório*. É lógico que o contraditório, no processo civil do Estado Constitucional, tem significado completamente

diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. *Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência.* (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 648).

Nesse sentido Pontes de Miranda (1987, p. 234, apud MENDES; BRANCO, 2017, p. 397) ensina que contraditório não se resume a mera manifestação no processo, devendo ser assegurada a pretensão à tutela jurídica. Mendes e Branco (2017, p. 397) complementam que essa pretensão abrange os direitos de informação, de manifestação e de ver seus argumentos considerados, assim explicitando-os:

- direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar às partes os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura a possibilidade de manifestação, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

Ainda, sobre o âmbito de proteção do contraditório, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 647) ensinam que este é aplicável em todo e qualquer processo, não importando se jurisdicional ou não. Segundo estes, “existindo possibilidade de advir para alguém decisão desfavorável, [...] o contraditório é direito que se impõe, sob pena de solapado da parte seu direito ao processo justo”. Sendo assim, não há processo justo – judicial ou administrativo – sem contraditório (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 647).

Há a possibilidade ainda de um contraditório diferido ou postergado. É que de modo geral o contraditório é prévio, isto é, primeiro o juiz ouve as partes e, depois, decide. Possibilita-se, todavia, que o juiz postergue o contraditório nos casos em que tenha que decidir de forma provisória – quando, por exemplo, presta a tutela de forma antecipada – ouvindo-se a outra parte após a concessão da tutela (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 650).

Contudo, essa postergação não é inconstitucional, já que por vezes é necessária para que haja a tutela adequada dos direitos, outra garantia constitucional. Nesse conflito de garantias, age-se com proporcionalidade dando prioridade à adequação e à efetividade da tutela jurisdicional, mesmo que para isso tenha que se diferir o contraditório (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 650).

3.4.1.2 Ampla defesa

O devido processo legal e o contraditório tem como objetivos propiciar ao indivíduo a possibilidade de ampla defesa, que seria a possibilidade de exaurimento de todos os meios de prova nos momentos processuais colocados à disposição da parte (AGRA, 2018, p. 261). Quer dizer, pretende permitir que o cidadão contraponha as acusações contra si imputadas por meio da produção de provas (AGRA, 2018, p. 261; MORAES, 2010, p. 107).

Constitui direito do demandado, ou seja, daquele que figura no polo passivo do processo, sendo, portanto, direito à resistência no processo. Apesar disso, importante consignar que, assim como a garantia do contraditório, a ampla defesa não está limitada ao processo judicial, mas a toda e qualquer espécie processual, jurisdicional ou não, estatal ou não (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 651).

Nesse sentido, conforme ensinam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 651), a ampla defesa contribui para legitimar a imposição da tutela jurisdicional sobre o demandado. Complementam, ainda, que esse direito determina:

(i) a *declinação pormenorizada* pelo autor da demanda das *razões* pelas quais pretende impor consequências jurídicas ao demandado; (ii) a adoção de procedimento de *cognição plena e exauriente* como *procedimento padrão* para *tutela dos direitos* e para *persecução penal*; (iii) direito à defesa pessoal e à defesa técnica no processo penal; (iv) o direito à dupla cientificação da sentença penal condenatória. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 651).

A ampla defesa deve ser substancial, não bastando que haja possibilidade de defesa, mas que o demandado tenha reais condições de realizá-la. No entanto, isso não gera a obrigação do acusado de se utilizar de todos os meios de prova em todos os momentos processuais. A plenitude de defesa é uma prerrogativa do demandado que, estando à sua disposição, pode ser utilizada ou não, a depender da sua vontade (AGRA, 2018, p. 261).

Por fim, Moraes (2010, p. 107) assim descreve a diferença entre o contraditório e a ampla defesa:

Por *ampla defesa* entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer ao processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

3.5 INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Prevê o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Esse dispositivo é o fundamento constitucional do princípio da inafastabilidade da jurisdição (ou do controle jurisdicional), o qual constitui a principal garantia dos direitos subjetivos e que, por sua vez, baseia-se no princípio da separação dos poderes (SILVA, 2014, p. 433).

Por esse princípio garante-se tanto o monopólio da jurisdição estatal, quanto o direito a invocar a tutela jurisdicional sempre que houver lesão, ou simples ameaça, de um direito (SILVA, 2014, p. 434). Quer dizer, a inafastabilidade da jurisdição “permite que todos os cidadãos, que tenham um direito seu lesionado ou ameaçado, possam recorrer às vias judiciais para garantir a sua defesa” (AGRA, 2018, p. 250).

Com isso, a Carta Federal proíbe a autotutela, ou seja, a justiça de mão própria e admite mais que a existência de um direito à tutela jurisdicional, mas um dever do Estado de prestar uma proteção jurídica adequada e efetiva dos direitos (ALEXY, 2008, p. 488; FERRARI, 2011, p. 643, apud SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 627-628).

Esse direito à tutela se concretiza por meio da propositura de ação (AGRA, 2018, p. 250; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 628), em que o indivíduo exerce o chamado direito de ação, conceituado por Nery Jr. (1994, p. 91, apud MORAES, 2010, p. 83) como sendo “um direito subjetivo à sentença *tout court* [sem mais nada], seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação”.

Nesse sentido, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 628) defendem que esse direito pode ser analisado por três perspectivas diversas, quais sejam: “(i) do *acesso à justiça*; (ii) da *adequação* da tutela; e (iii) da *efetividade* da tutela”.

No que tange à adequação da tutela, significa dizer que o processo deve ser capaz de promover a realização do direito material. Já a perspectiva da efetividade diz respeito ao resultado da demanda, que deve espelhar o máximo possível o direito material (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 630 e 637).

O acesso à justiça, por outro lado, refere-se “à *amplitude* da tutela jurisdicional, ao *momento* em que pode ser proposta a ação e ao *custo financeiro* do processo”. No direito brasileiro, a jurisdição é a mais ampla possível, abarcando a defesa dos direitos individuais e dos coletivos, além da sindicabilidade dos atos da Administração Pública. Até mesmo as questões políticas podem ser objeto de controle jurisdicional quando houver exercício abusivo

de prerrogativas políticas ou violação de direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 628-630).

Quanto ao momento, a ação pode ser proposta imediatamente, o que significa dizer que não há necessidade de prévio esgotamento das instâncias administrativas (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 629). Ou seja, não existe jurisdição condicionada no direito brasileiro. A única exceção, que assim o é por estar prevista constitucionalmente (Art. 217, §§1º e 2º), é a justiça desportiva, em que as ações relativas à disciplina e às competições desportivas só podem ser ajuizadas se previamente acessadas as instâncias administrativas, após decisão final, independente de prazo, ou antes, se passados sessenta dias (MORAES, 2010, p. 84; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 629).

No que se refere ao custo financeiro do processo, a Constituição estabeleceu o dever de o Estado prestar assistência gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos. (AGRA, 2018, p. 250; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 630). Não há ilegalidade, entretanto, em impor o recolhimento de valores a título de taxas processuais, a não ser àqueles que não possuem condições financeiras para tanto (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 630). Por outro lado, o entendimento do STF, consubstanciado na Súmula Vinculante 28, é de que “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário” (BRASIL, 2010).

4 CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE BEM IMÓVEL GRAVADO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PREVISTA NOS ARTIGOS 26 E 27 DA LEI N. 9.514/1997 FRENTE AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

A grande inovação trazida Lei n. 9.514/1997 foi o procedimento de retomada do bem em caso de inadimplemento da dívida, o qual encontra-se previsto entre os artigos 26 e 27 da carta legal. Nesse ponto é que se intentou dar a celeridade tão almejada pelo mercado financeiro, facilitando-se a conversão da dívida em proveito do credor.

Esse procedimento, contudo, desde que foi instituído, sempre causou em alguns a impressão de ser inconstitucional, gerando certa desconfiança, justamente em razão da total ausência de participação estatal.

Assim, mesmo com mais de vinte anos da promulgação da referida lei, a execução extrajudicial ali prevista ainda vem causando discussões acerca da compatibilidade com a Constituição Federal, principalmente no que tange a sua possível afronta aos princípios até aqui delineados, quais sejam, devido processo legal – no qual se inclui o contraditório e a ampla defesa – e a inafastabilidade da jurisdição.

Destaca-se que a discussão, inclusive, chegou ao STF através do Recurso Extraordinário n. 860.631/SP, em que foi reconhecida a existência de repercussão geral na questão (BRASIL, 2018a).

Antes de adentrar na discussão acerca da constitucionalidade da execução extrajudicial da Lei n. 9.514/1997, faz-se necessário conhecer detalhadamente o procedimento lá previsto.

4.1 PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE PELO FIDUCIÁRIO (ARTIGOS 26 E 27 DA LEI N. 9.514/1997)

O *caput* do artigo 26 prevê que “Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário” (BRASIL, 1997). Todavia, para que se configure a mora do devedor-fiduciante, a lei prevê a necessidade de o representante legal desse ser intimado por oficial do Registro de Imóveis para realizar o pagamento, em quinze dias, das prestações vencidas e as que vencerem até o pagamento, com a inclusão de todos os encargos atinentes ao débito. Essa intimação pode se dar tanto pessoalmente – pelo próprio Oficial do Registro de

Imóveis ou, por solicitação deste, pelo de Registro de Títulos e Documentos da comarca de situação do imóvel ou do domicílio de quem deve recebê-la – quanto pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por edital quando o intimado se encontrar em lugar ignorado, incerto ou inacessível (BRASIL, 1997).

Em verdade, estando inadimplente o devedor, esse já está em mora, visto que, mesmo no contrato de alienação fiduciária é aplicável a norma geral do artigo 397 do Código Civil⁹ (CHALHUB, 2017, p. 267). Gomes (1975, p. 100, apud CHALHUB, 2017, p. 267), ao tratar de regramento semelhante nos casos de coisa móvel, assinala que essa formalidade serve somente para demonstrar inequivocamente a resistência do devedor em realizar o pagamento do débito, não estando este em mora na data da expedição da carta, mas, sim, se não paga a dívida no dia em que vencida.

Chalhub (2017, p. 269) resume que são necessários dois requisitos para a constituição da mora: (i) a observância de um prazo de carência entre o vencimento do débito e o início de procedimento de execução do crédito, lapso esse que deve estar previsto no contrato de alienação fiduciária; e (ii) expirado esse tempo, a intimação do devedor-fiduciante nos termos previstos na lei.

Se cumpridos esses requisitos e o devedor purgar a mora, ou seja, pagar o que é devido, convalesce o contrato de alienação fiduciária, sendo restituídos os valores ao credor-fiduciário pelo Oficial de Registro de Imóveis, nos três dias que sucedem o pagamento, já com desconto das despesas de cobrança e intimação (BRASIL, 1997).

Contudo, no caso de não ser purgada a mora no prazo quinze dias da intimação para fazê-lo, o Oficial do Registro de Imóveis deve certificar esse fato e averbar a consolidação da propriedade em favor do credor na matrícula do imóvel (BRASIL, 1997).

Com o advento da Lei n. 13.465/2017, foi incluído o artigo 26-A na lei em discussão. Com isso, passou-se a permitir a utilização dos procedimentos de cobrança, purgação da mora e consolidação da propriedade fiduciária descritos até aqui, em financiamentos habitacionais, inclusive do Programa Minha Casa, Minha Vida. Nesses casos, porém, a lei prevê que a averbação da consolidação da propriedade só ocorrerá trinta dias após expirado o prazo para purgação da mora, sendo que, se pago nesse período, convalesce o contrato de alienação fiduciária (BRASIL, 2017).

⁹ Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Cumpra ressaltar, ainda, que a purgação da mora, independente de qual tipo de operação esteja se garantindo, pode ser feita até a assinatura do auto de arrematação do imóvel – que, como se verá, deve ser leiloado caso não purgada a mora no prazo legal – conforme o entendimento exarado pelo STJ quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.462.210/RS:

Portanto, no âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato, que serve de base para a existência da garantia, não se extingue por força da consolidação da propriedade, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, a partir da lavratura do auto de arrematação. [...] Desse modo, a purgação da mora até a arrematação não encontra nenhum entrave procedimental, tendo em vista que o credor fiduciário – nos termos do art. 27 da Lei 9.514/1997 – não incorpora o bem alienado em seu patrimônio, que o contrato de mútuo não se extingue com a consolidação da propriedade em nome do fiduciário e, por fim, que a principal finalidade da alienação fiduciária é o adimplemento da dívida e a ausência de prejuízo para o credor. Além disso, a purgação da mora até a data da arrematação atende a todas as expectativas do credor quanto ao contrato firmado, visto que o crédito é adimplido. (BRASIL, 2014)

Consolidada a propriedade em favor do fiduciário, esse deve promover o leilão público para venda do bem no prazo de trinta dias, contados da averbação da consolidação na matrícula do imóvel. Se no primeiro leilão o valor oferecido for menor que aquele avaliado quando da contratação da alienação fiduciária, deve ser realizado segundo leilão nos quinze dias subsequentes, oportunidade em que será aceito o menor lance oferecido desde que não seja menor ao montante da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, tributos e contribuições condominiais (BRASIL, 1997).

A Lei n. 13.465/2017 incluiu também a necessidade de as datas, locais e horários desses leilões serem informadas ao devedor por meio de correspondência enviada ao seu endereço constante no contrato (BRASIL, 2017), dever esse que, segundo Tartuce (2019, p. 777), é do credor fiduciário, apesar de nada mencionar a lei.

Outra novidade foi a instituição do direito de preferência do devedor para adquirir o imóvel até a data do segundo leilão, possibilitando que esse o adquira por preço correspondente ao valor da dívida, somando as demais despesas e tributos ali incluídos (BRASIL, 2017). Tartuce (2019, p. 777) assinala que apesar da omissão legal, essa preferência conferida ao devedor somente ocorre quando a oferta estiver em igualdade de condições, como ocorreu em outras previsões legais. Omite-se também a lei quanto à consequência da preterição dessa prerrogativa do fiduciante. Por isso, Tartuce (2019, p. 777) defende ser aplicável, por

analogia, o disposto no artigo 504 do Código Civil¹⁰, possibilitando que o devedor exija a adjudicação da coisa, com o pagamento de todos os valores devidos para tanto.

Seguindo-se o procedimento, a lei prevê que nos cinco dias posteriores ao leilão o credor deve entregar ao devedor a quantia que sobejar o valor da dívida, já com os descontos necessários, importando, a partir daí, quitação recíproca. Se, entretanto, o maior lance oferecido não for suficiente para quitar a dívida e as demais despesas, o débito será considerado extinto, exonerando-se o credor dessa obrigação que, no prazo de cinco dias, deverá dar ao devedor quitação da dívida mediante termo próprio (BRASIL, 1997). Importante consignar que essa extinção se dá em razão da própria natureza da alienação fiduciária, que impede que a execução recaia sobre os demais bens do devedor, como brilhantemente explica Barros (2010, p. 165), em posicionamento corroborado por Tartuce (2019, p. 775):

Devemos ponderar que nos clássicos direitos reais de garantia (exemplo: hipoteca e penhor), a responsabilidade pelo pagamento da dívida incide sobre todo o patrimônio do devedor, tendo o credor a faculdade de penhorar o bem gravado (preferindo a outros credores) ou outro bem do patrimônio do devedor (sem preferência).

Se optar pela expropriação do bem gravado, e o valor arrecadado não for suficiente para quitar a dívida e as despesas judiciais, o devedor continuará obrigado, respondendo pessoalmente pelo restante. Deste modo, o credor poderá prosseguir na execução da dívida tendo por objeto o restante do patrimônio do devedor (artigo 1.430 do Código Civil).

Por outro lado, na alienação fiduciária de bem imóvel, não se admite que a execução recaia sob o patrimônio do devedor, devendo o credor promover o leilão do bem alienado. Tanto é assim que, se na realização dos leilões não for oferecido lance superior ou igual ao valor do débito, o credor ficará com o bem em definitivo e a dívida será considerada como extinta (artigo 27, parágrafos 2º e 5º da Lei 9.514/97).

A explicação para a distinção é simples e se baseia na teoria do patrimônio de afetação. Na alienação fiduciária, o bem oferecido em garantia deixa de pertencer ao patrimônio do devedor e passa a compor um patrimônio distinto, sobre o qual recai a responsabilidade civil. Rompe-se, desta forma, o princípio da responsabilidade patrimonial, previsto no artigo 591 do Código de Processo Civil, pelo qual o devedor responde com seu patrimônio pelas suas dívidas.

Por fim, a Lei n. 10.931/2004 incluiu o sétimo e o oitavo parágrafos no artigo 27 da Lei n. 9.514/1997 (BRASIL, 2004; BRASIL, 1997). Com isso, inseriu-se a possibilidade de denúncia de locação eventualmente existente no imóvel, com o prazo de trinta dias para desocupação, o qual deve ocorrer nos noventa dias posteriores à consolidação da propriedade,

¹⁰ Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

salvo se essa tiver sido anuída pelo fiduciário por escrito. Ainda, incorporou-se a obrigação do fiduciante de pagar os impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam sobre o imóvel consolidado em favor do fiduciário até a data em que este for imitado na posse (BRASIL, 1997).

4.2 COMPARAÇÃO COM A EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA DO DECRETO-LEI N. 70/66

Muito se costuma comparar o procedimento de execução extrajudicial do bem imóvel gravado com alienação fiduciária da Lei n. 9514/97 com a execução hipotecária prevista na Decreto-Lei n. 70/1966.

Importante ressaltar, entretanto, que a hipoteca e a propriedade fiduciária são institutos distintos e que não se confundem. Enquanto aquele é ônus real sobre coisa alheia, esse é direito real sobre coisa própria. Quer dizer, na hipoteca a coisa continua sendo de propriedade do devedor. Contudo, com o registro do contrato de alienação fiduciária na matrícula do imóvel, o bem deixa de fazer parte do patrimônio do devedor, só retornando se cumprida a obrigação garantida (CHALHUB, 2017, p. 235).

Inclusive, na decisão do RE 860631/SP, em que se decidiu pela sua repercussão geral, o Ministro Luiz Fux pontua com clareza ímpar estes institutos e, por consequência, da diferenciação entre os casos.

Naquele *leading case*, discute-se a recepção constitucional do Decreto-Lei 70/1966, que prevê a execução extrajudicial para dívidas contraídas no regime do Sistema Financeiro Habitacional, com garantia hipotecária, situação diversa da presente demanda, cujo objeto é a constitucionalidade da Lei 9.514/1997, que prevê a possibilidade de execução extrajudicial nos contratos de mútuo pelo Sistema Financeiro Imobiliário, com alienação fiduciária de imóvel. Nessa última modalidade de contrato não há transmissão da propriedade ao devedor, mas tão somente transferência da posse direta do bem. O credor fiduciário, portanto, não se imiscui no patrimônio do devedor para excutir bem de propriedade alheia, uma vez que o imóvel permanece sob propriedade da instituição financeira até a quitação do contrato pela outra parte, o que se traduz em diferença substancial entre as relações jurídicas de hipoteca e de alienação fiduciária para a finalidade de análise à luz dos princípios constitucionais invocados. (BRASIL, 2018a)

Apesar dessa diferença substancial entre ambos, os argumentos utilizados para questionar a constitucionalidade desses procedimentos costumam ser os mesmos, em virtude das suas semelhanças.

É que pelo método previsto nos artigos 30, parte final e 31 a 38 do Decreto-Lei n. 70/1966, em caso de insistente mora do mutuário, pode-se executar extrajudicialmente, promovendo o leilão do imóvel excutado após o cumprimento de diversos requisitos, como, por exemplo, a cientificação do devedor através de procedimento cartorário (DANTZGER, 2010, p. 117). Quer dizer, muito semelhante ao procedimento aqui discutido. Inclusive, sobre isso, Fabrício (2000) ensina que de fato a Lei que instituiu o SFI em muito se inspirou no referido decreto-lei.

Assim como o procedimento da Lei n. 9.514/1997, a constitucionalidade da execução hipotecária também é objeto de amplas discussões judiciais, chegando ao STF. No julgamento do RE 223075, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, a 1ª Turma da Corte reconheceu por unanimidade a recepção do aludido diploma pela nova carta constitucional (BRASIL, 1998). O julgado foi assim ementado:

EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido.

Contudo, recentemente, foram admitidos o RE 627.106 e o RE 556.520, que tratam do mesmo tema, mas que aguardam julgamento, ainda estando aberta a discussão perante à corte. Da mesma forma, não é unânime a doutrina no sentido de ser constitucional o referido diploma, havendo diversos posicionamentos contrários a ele (FLEURY, 2011, p. 16).

4.3 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A discussão que se trava e que será esmiuçada nesse tópico é se o procedimento previsto nos artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/97 fere o princípio do devido processo legal. Nesse sentido, a inconstitucionalidade estaria no fato de que o devedor, em momento algum teria a oportunidade de exercer seu direito de defesa.

Pelo procedimento da Lei n. 9.514/97 – assim como o do Decreto-Lei n. 70/1966 – a parte é intimada para purgar a mora no prazo determinado, sob pena de consolidação da propriedade em favor de credor. Não é dado ao devedor a oportunidade de se defender ou de demonstrar um possível equívoco quanto ao valor da dívida, discutindo-o e obtendo uma

decisão sobre a quantia devida. Ou seja, ou devedor paga o que o credor diz ser devido ou a propriedade é consolidada em favor deste.

Dantzger (2010, p. 122) informa que, por conta disso, segundo aqueles que defendem a inconstitucionalidade do procedimento:

[...] constituiria uma norma nítida de primitivismo da distribuição da justiça, na qual tolher-se-ia um dos mais basilares direitos, que é o de se defender, pois se sujeita o devedor, vingando a plena validade do citado diploma, a ter seu patrimônio dilapidado em vendas extrajudiciais que favorecem o arrematante ou o adjudicante.

Nesse mesmo sentido, Fleury (2011, p. 12), ao tratar do Decreto-Lei n. 70/66, após analisar detalhadamente o procedimento lá previsto, conclui:

[...] fica evidente que, no procedimento da execução extrajudicial, o devedor não é citado, não lhe sendo oferecida qualquer oportunidade para defender-se ou discutir o valor do débito que lhe é apresentado. O que ocorre é uma mera notificação para pagar o que o credor afirma ser devido, ignorando-se os princípios do contraditório e ampla defesa, que é direito fundamental expresso no texto constitucional, nos termos do art. 5º, LV da CRFB/88.

[...]

Assim, verifica-se que a privação do contraditório e da ampla defesa no procedimento da execução extrajudicial atenta contra a dignidade do devedor, já que ao credor é oferecida a possibilidade de, sem a interferência da atuação jurisdicional do Estado, pôr o imóvel do devedor em leilão ou adjudicá-lo. Com isso, o credor toma as ações acima sem que o mutuário inadimplente tenha tido oportunidade de contraditar nem de se defender. Sem contraditório e sem ampla defesa não há devido processo legal. Fica clara a ofensa à ordem constitucional vazada nos incisos LIV e LV do art. 5º da CRFB/88.

Ao mesmo tempo, Rizzardo (1997, p. 185-186, apud FLEURY, 2011, p. 14), analisando o referido decreto, também defende a inconstitucionalidade do procedimento, tendo em conta a impossibilidade de defesa do devedor, que sequer tem a chance de discutir o valor da dívida.

Contudo, contrariamente ao argumento alhures, diversos autores já se manifestaram pela constitucionalidade desse procedimento. Alvim Netto (apud DANTZGER, 2010, p. 124), por exemplo, explica que o devedor possui à sua disposição todos os meios de resistência, sejam extrajudiciais ou judiciais, inclusive com a chance de purgar a mora até a expedição da carta de arrematação, o que geraria uma conformidade do procedimento à Constituição Federal.

Já Tartuce (2019, p. 779) entende ser exagerada a interpretação pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, pontuando que em havendo abusos o devedor pode questionar judicialmente o procedimento administrativo, lá exercendo o devido processo

legal. Gomes (2012, p. 397), no mesmo sentido, argumenta que “ao devedor não é defeso buscar a via judicial em qualquer fase da execução extrajudicial, não estando excluída, por conseguinte, a cognição pelo Poder Judiciário”.

A doutrina de Chalhub (2017, p. 350) vai ao encontro desse pensamento, complementando que “o fato de a instauração do contraditório depender da iniciativa do devedor não implica violação dessa garantia constitucional” – qual seja, o devido processo legal – já que esta é apenas “a maneira peculiar pela qual o contraditório se manifesta na hipótese específica”. O professor traça ainda um paralelo com o processo de execução e a ação monitória, explicando o contraditório que é exercido nesses procedimentos.

Ora, como se sabe, o contraditório não se materializa de maneira uniforme, mas se ajusta ao conteúdo específico do direito material nas diversas situações em que incide. O processo de execução é um dos casos em que o contraditório nasce da iniciativa do devedor e sofre limitações, pois, obviamente, não comporta toda a amplitude e abrangência próprias dos processos de conhecimento e cautelar, embora se instaure “um processo de conhecimento incidentemente ao processo de execução, no qual, por óbvio, incide o contraditório amplo”. Veja-se, também, a ação monitória, em que a expedição de mandado para pagar ou entregar coisa certa ou incerta não afasta o contraditório, que apenas fica diferido para momento posterior, o mesmo podendo suceder nas hipóteses de liminar ou antecipação de tutela sem audiência da parte contrária nos processos cautelares ou de conhecimento.

[...]

De fato, da mesma forma que na ação de execução ou na ação monitória o contraditório se instaura por iniciativa do devedor, ou do réu, mediante ajuizamento de ação de embargos, na alienação fiduciária, *mutatis mutandis*, é igualmente do devedor a iniciativa do contraditório, pela possibilidade de reação em face da notificação que vier a receber nos termos do art. 26 da Lei 9.514/1997. (CHALHUB, 2017, p. 350)

Em suma, argumenta-se que o devido processo legal não precisa ser exercido necessariamente na esfera administrativa, desde que haja a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa em processo judicial em que poderão se discutir eventuais abusos.

Marinoni (1994, p. 61-63, apud FLEURY, 2011, p. 14), conquanto, alega que essa obrigação de propositura de uma “ação inversa” (declaratória da inexistência total ou parcial do débito) depois do leilão da coisa, sem passar pelo crivo do Poder Judiciário, também ofenderia o devido processo legal, haja vista a necessidade de que esse direito seja garantido antes da expropriação do bem.

Também sobre a argumentação de que a possibilidade de questionar a regularidade do procedimento em eventual ação judicial garantiria o devido processo legal, pondera Fabrício (2000):

A partir dele, a rigor, se levado às últimas conseqüências, em qualquer espécie de litígio seria lícito a um dos envolvidos - o mais poderoso - impor ao outro a solução que lhe parecesse correta, certo que sempre restaria a possibilidade ao prejudicado de questionar a legalidade desse procedimento quando se tratasse de tornar efetiva, no plano dos fatos, dita solução. Ou, pelo menos, estaria o legislador autorizado a construir procedimentos, para quaisquer categorias de relações jurídicas que lhe parecessem comportar essa providência, que afastassem o controle judicial *a priori* da legalidade das condutas. Vale dizer, estaria o legislador liberado das peias que lhe impõem os comandos constitucionais da universalidade da jurisdição, do contraditório necessário e do devido processo. Ora, a efetividade do processo e dos direitos é meta por todos almejada, mas certamente não a esse custo.

Nesse sentido artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal prevê que “ninguém será privado [...] de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Isto é, o *due process of law* deve estar garantido antes que ocorra a privação do bem.

Quanto a isso, contudo, há ressalva que deve ser feita. Em verdade, o bem que está garantindo a obrigação não pertence mais ao devedor, mas ao credor, já que é da natureza do próprio negócio fiduciário a transferência da coisa para o patrimônio do fiduciário, o qual fica sob condição resolutiva. Assim, não se pode falar em privação de bens do devedor quando este não lhe pertence ou sequer tem direito aquisitivo sobre o imóvel, já que extinto o contrato por falha do implemento da condição (CHALHUB, 2017, p. 354)

Ademais, é cediço que o contraditório e a ampla defesa, que constituem o princípio do devido processo legal, são protegidos tanto no âmbito do processo judicial, quanto na esfera administrativa, o que se extrai da leitura do inciso LV do artigo 5º da Carta Federal (BRASIL, 1988). Ou seja, segundo aqueles que defendem a inconstitucionalidade da Lei n. 9.514/1997, retirar essa garantia ainda que em procedimento administrativo, também estaria ferindo o disposto na Lei Maior.

Destaca-se que, com relação à necessidade e importância da positivação da garantia do devido processo legal na Constituição Cidadã, Mendes (2018, p. 460) a atribui à vontade do constituinte originário de romper com a ordem política anteriormente estabelecida, assim explicitando seu posicionamento:

A incorporação de um dispositivo exclusivamente destinado a positivar essa garantia fundamental pode estar associada à vontade constituinte de romper com a ordem política do período anterior (1964-1985), notoriamente

caracterizada pelos abusos do Estado ditatorial contra a liberdade dos indivíduos, muitas vezes sem a observância do processo definido legalmente.

E foi justamente nesse período de exceção que foi outorgado o Decreto-Lei n. 70/66, que, como dito, serviu de base para a Lei n. 9.514/97. Fabrício (2000), inclusive, lamenta essa escolha do legislador por entender que o referido decreto é “um dos mais lamentáveis diplomas normativos do entulho autoritário herdado aos governos militares”. Quer dizer, se a intenção do constituinte era se afastar dos abusos cometidos no período da ditadura militar, sua vontade não seria a de manter vigentes os seus regramentos mais autoritários, tampouco que aqueles lá surgidos servissem de inspiração para novas leis.

De qualquer forma, importante que se registre que o devido processo legal pode ser exercido a qualquer momento pelo fiduciante, que tem a sua disposição o direito de ação, segundo Dinamarco (2001, p. 1.280, apud CHALHUB, 2017, p. 354), em dois momentos distintos com duas finalidades fundamentais.

Um deles é logo no início, quando intimado para purgar a mora ou durante esse procedimento, podendo o devedor questionar judicialmente as exigências do credor, alegando, por exemplo, a inexistência de mora ou a irregularidade do procedimento. O outro ocorre depois de já consolidada a propriedade e do leilão, oportunidade em que o fiduciante poderá discutir o valor da venda do imóvel. Quer dizer, está garantido o acesso à justiça, bem como cumprido o devido processo legal, mesmo que de forma diferida (DINAMARCO, 2001, p. 1280, apud CHALHUB, 2017, p. 354).

Pode-se falar aqui no chamado contraditório eventual, que segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 832), nada tem de inconstitucional. Essa é uma das diferentes maneiras de exercício do contraditório, definida pelos autores como sendo “aquele que se realiza em outro processo na *eventualidade* de o interessado propor demanda para *ampliação* ou *exaurimento* da cognição”. Outro exemplo em que é aplicável a garantia nessa forma é nas ações possessórias, em que é vedada a discussão sobre propriedade, já que a proteção possessória independe desta, assim, o interessado em discuti-la tem o ônus de propor nova demanda para que, então, abra-se o debate (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 832).

Martins (2007, p. 52, apud CHALHUB, 2017, p. 354) complementa, ainda, que as execuções extrajudiciais previstas na Lei n. 9.514/1997, no Decreto-lei n. 70/66 e na Lei n. 4.591/64 (Lei de Incorporação Imobiliária) apresentam “traços de contraditório, na medida em

que a necessidade de interpelação do devedor lhe confere a informação e a possibilidade de reação que constituem a essência do contraditório”.

Destaca-se, nesse sentido, que para configuração do contraditório necessária a articulação de dois aspectos, a informação e a reação, sendo sempre imprescindível a primeira e eventual a segunda, desde que efetivamente viável. Quer dizer, ao indivíduo deve haver a efetiva possibilidade de reação após a ciência de algum ato que lhe seja desfavorável (DINAMARCO, 1993, p. 168, apud CHALHUB, 2017, p. 351).

No caso da Lei n. 9514/1997, o fiduciante, quando notificado pelo Oficial do Registro de Imóveis, toma da ciência do procedimento contra si deflagrado e poderá, a partir daquele momento opor a resistência que lhe é assegurada. Por conta disso, está devidamente configurado o binômio informação-resistência, que corporifica o contraditório, inexistindo qualquer ofensa aos princípios constitucionais (CHALHUB, 2017, p. 256).

4.4 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO

Outra alegação muito frequente daqueles que defendem a inconstitucionalidade da execução extrajudicial da Lei n. 9.514/97 é a de que esta fere o princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição, principalmente em razão da ausência de qualquer controle jurisdicional durante todo o procedimento.

Comparando-o à execução prevista no Decreto-Lei n. 70/66, Fabrício (2000) expõe que a Lei n. 9.514/97 “piorou consideravelmente o modelo, afastando [...] até mesmo a intermediação de um terceiro desinteressado, que na aludida fonte era o chamado agente fiduciário”. Com isso, contesta-se que entregar a iniciativa e condução do procedimento ao credor, sem qualquer moderação de pessoa imparcial, gera “uma inaceitável regressão à autotutela”, que privilegia a proteção ao capital, ao custo do sacrifício do princípio da inafastabilidade da jurisdição (FABRÍCIO, 2000). Mesquita (2005, p. 41-42, apud FLEURY, 2011, p. 13) corrobora com a tese argumentando, sobre a execução hipotecária – mas, diga-se, aplicável à hipótese – que houve supressão do processo em favor do mais forte, econômica ou politicamente.

Fabrício (2000) explica, ainda, que é o próprio credor quem faz notificar o devedor que alcança a propriedade plena do bem sem qualquer intermediação que não seja a do Oficial de Registro de Imóveis que, na hipótese, exerce função de simples portador da intimação. Ou seja, não há, de fato, qualquer intermediário.

Justamente por isso é que o autor aduz que o procedimento ali previsto se trata de “verdadeira execução de mão própria, desencadeada e conduzida pelo próprio credor e conducente à extinção não apenas do direito expectativo do devedor à reaquisição do domínio, mas também do *ius possidendi* que o contrato lhe assegurava” (FABRÍCIO, 2000). Acrescenta, ainda:

Claro, a todo tempo e em qualquer situação, aquele que tem por ofendido ou ameaçado um interesse seu juridicamente protegido, pode invocar a tutela jurisdicional; mas nem por isso se compreende que o próprio legislador estimule e prestigie a atuação arbitrária, precisamente da parte mais favorecida. O mesmo sistema jurídico que, in genere, opõe a reforçada sanção penal ao "exercício arbitrário das próprias razões" não deveria praticar a incoerência de autorizá-lo com respeito a determinado contrato específico. De resto, o "direito à jurisdição", assegurado a todos, é indisponível e inalienável, integrando o núcleo central das garantias mínimas da cidadania. (FABRÍCIO, 2000).

Ainda, destaca-se o disposto no parecer exarado pela Procuradoria-Geral da República no RE 860631/SP no sentido de que seja dado provimento ao referido recurso para que o Supremo Tribunal Federal declare inconstitucional o procedimento, sendo exposto o seguinte entendimento:

Em síntese, a Lei 9.514 atribui ao agente financeiro poderes muito aproximados das características clássicas da jurisdição: *notio*, *vocatio*, *coertio*, *judicium* e *executio*. O financiado conhece do problema jurídico entre si e o mutuário, na medida em que verifica o suposto inadimplemento do contrato e deflagra o procedimento tendente à satisfação de seu próprio crédito. Ainda que o faça por intermédio de oficial de registro, o credor convoca o alegado devedor para o procedimento sumaríssimo. Ao cabo dele, exerce o juízo jurídico do caso, ditando-lhe a providência que entender correta para a espécie. Por fim, executa sua deliberação, comunicando o registro competente da solução do litígio. Falta apenas a *coertio*, mas isso não desnatura o quadro mencionado, pois a lei estruturou o procedimento em causa sempre com base em ônus processuais para o devedor. Assim, a coerção torna-se quase expletiva, porque o direito sobre o bem fica transmitido por iniciativa e ação própria do credor. Uma vez registrado o título, basta obter-lhe o cumprimento espontâneo ou diretamente em juízo.

Precisamente essa assimilação quase completa da atividade do credor à jurisdição é inconstitucional, porque contrária ao Estado de direito e às garantias fundamentais invocadas pelo recorrente. (BRASIL, 2017, p. 15)

Chalhub (2017, p. 348), por outro lado, defendendo a constitucionalidade, explica que o Oficial do Registro realmente não exerce qualquer função jurisdicional e que, por isso, não haveria que se falar em violação do princípio da inafastabilidade de jurisdição.

Esclarece o autor que a propriedade fiduciária é resolúvel, e que, por conta disso, considera-se resolvida ou consolidada em razão do implemento ou não da condição resolutiva, que se dá pela simples ocorrência do termo ou da condição, o que independe da intervenção de qualquer autoridade, seja ela judicial ou administrativa. Ou seja, paga a dívida que está sendo garantida, extingue-se a propriedade fiduciária e o devedor-fiduciante imediatamente passa a ter domínio pleno sobre a coisa. Contudo, se não cumprida a obrigação, consolidar-se-á a propriedade no patrimônio do credor-fiduciário, o que só ocorrerá depois de passado o prazo da notificação sem a purgação da mora pelo devedor (CHALHUB, 2017, p. 347).

Portanto, o Oficial do Registro somente certifica o transcurso do prazo da notificação sem que tenha havido a purgação da mora, averbando na matrícula do imóvel a consolidação da propriedade. Não é o cartorário quem declara a consolidação, mas a lei, em razão da própria natureza da condição, ou seja, é o efeito natural e automático da não implementação da condição. Não é o Oficial do Registro quem insere o bem no patrimônio de um ou outro contratante, mas o próprio evento correspondente à condição, os quais operam de pleno direito, independentemente de qualquer autoridade. Trata-se de ato puramente formal com o intuito único de prova inequivocamente a mora (CHALHUB, 2017, p. 348).

Tartuce (2019, p. 780) também apresenta interessante argumento favorável a constitucionalidade dos dispositivos em discussão, traçando paralelo com a Lei de Arbitragem. Segundo o autor:

[...] entender que o procedimento administrativo constante da Lei 9.514/1997 é inconstitucional é o mesmo que concluir que a Lei de Arbitragem também o é, pois esta lei estaria afastando a garantia constitucional do acesso à justiça, uma vez que possibilita o afastamento de controvérsia pelo Poder Judiciário quando as partes convencionarem que a questão envolvendo o contrato ou a obrigação será decidida por árbitros de sua confiança. E, como é notório, o Supremo Tribunal Federal já entendeu pela constitucionalidade da Lei 9.307/1996, até porque a arbitragem constitui um dos mais efetivos modos alternativos de solução de conflitos, como exercício da autonomia privada (STF, AgR 5.206/SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 30.04.2004) (TARTUCE, 2019, p. 780)

Contudo, importante que se ressalte que o paralelo não é completo, já que, como explica Roque (2018, p. 691), “o árbitro não conta com os poderes de coerção necessários à prática dos atos materiais próprios da tutela executiva”. Assim, necessário que, para o cumprimento da sentença arbitral, seja acionado o Poder Judiciário (ROQUE, 2018, p. 691). Isto é, a sentença arbitral não tem o poder coercitivo alegadamente concedido pela Lei n.

9.514/97 ao credor de consolidar a propriedade em seu favor por simples procedimento cartorário.

Chalhub (2017, p. 356) rebate, por fim, que o diploma legal em estudo não concede poder de coerção ao fiduciário, já que mesmo consolidada a propriedade em favor do credor, este dependerá do Poder Judiciário para que, por meio de ação de reintegração ou de imissão na posse, exerça a coerção necessária à recuperação da efetiva do bem.

Defende o autor que, além dos diversos outros momentos em que o autor tem a possibilidade de acionar o Poder Judiciário, é justamente nesse momento, posterior ao leilão, que ocorre o inevitável controle jurisdicional, oportunidade em que o Estado-juiz examinará a legalidade do procedimento de comprovação da mora, consolidação da propriedade e leilão extrajudicial do bem, possibilitando, inclusive, a responsabilização cabível a quem de direito (CHALHUB, 2017, p. 356).

Ademais, há que se considerar que as partes contratantes optaram por essa modalidade de garantia. Mesmo considerando a relação de consumo existente entre o consumidor e a instituição financeira e eventual hipossuficiente técnica daquele, por certo é de conhecimento do contratante (ou ao menos deveria ser) o procedimento envolvido na opção feita.

É que, além da agilidade e maior garantia de retorno que tem o fiduciário, há também vantagens para o fiduciante, que, justamente pela mitigação dos riscos a que se submete o credor por meio e em razão da alienação fiduciária, consegue tomar empréstimos e financiamentos a juros muito mais baixos que se utilizasse, por exemplo, a hipoteca, haja vista que esta possui muito mais entraves que o contrato baseado na fidúcia (TARTUCE, 2019, p. 724; FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 571; FABIANI, 2011, p. 68). Ao menos essa é a tendência, apesar de muitas vezes, na prática, as taxas de juros se equipararem.

Nesse sentido, Arruda Alvim (apud DANTZGER, 2010, p. 127) ensina que o objetivo do legislador ao instituir esses procedimentos extrajudiciais para retomada do bem dado em garantia é o de atingir um efetivo equilíbrio entre a atuação do Estado e a do indivíduo. Dantzger (2010, p. 127), em argumentação que serve também para o Sistema Financeiro Imobiliário, complementa:

O Estado atua em busca de uma precisa finalidade, qual seja, a obtenção de recursos crescentes para a moradia – preocupação eminentemente social. Já o indivíduo, que aqui se personifica como o mutuário do Sistema Financeiro da Habitação, tem liberdade de usufruir de planos habitacionais que são oferecidos pelo Estado a partir da obtenção de recursos, porém, tem igualmente a obrigação, na acepção jurídica do termo, de cumprir com o

compromisso assumido, devendo honrar o contrato firmado, que faz lei entre as partes, velando pelo seu fiel cumprimento em todos os termos convencionados.

Certamente, apenas com a obtenção desse equilíbrio é que a função social da propriedade, tão pregada, difundida e expressamente prevista em nosso Sistema Jurídico, poderá ser atingida na sua plenitude.

Portanto, em questões práticas, a possibilidade de utilização da alienação fiduciária como meio de garantia na aquisição de bens imóveis estimula a construção civil, fortalecendo o mercado imobiliário (TAKEMI, p. 166, apud FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 571) e concretizando o direito à moradia, também previsto constitucionalmente no artigo 6º, *caput*.

Mesmo considerando um eventual conflito entre estes direitos previstos constitucionalmente, quais sejam o devido processo legal e inafastabilidade de jurisdição com o direito à moradia, há que se apreciá-lo a partir da chamada técnica de ponderação ou balanceamento, a fim de obter equilíbrio e ordenação dos bens em tensão (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 225).

Assim, ponderando a importância e a necessidade de ambas as garantias constitucionais, pode-se dizer que é plenamente constitucional que o Estado institua um procedimento em que se abra mão, ao menos imediatamente, do contraditório e da inafastabilidade da jurisdição, para em troca obter crédito mais barato, efetivando o direito à moradia.

Vê-se, portanto, que diversas são as opiniões da doutrina a respeito do tema aqui debatido, com argumentos bem fundamentados tanto daqueles que clamam pela inconstitucionalidade quanto dos que defendem a conformidade do procedimento com a Constituição.

4.5 JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

Por fim, impende destacar o posicionamento jurisprudencial sobre o tema em debate.

É que alguns órgãos jurisdicionais já declararam a inconstitucionalidade do procedimento em discussão, principalmente em julgados mais antigos. Cita-se, por exemplo, da Terceira Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

[...] Sob tais pressupostos, é de ser deferida a tutela antecipada a fim de não ser aplicado o disposto no art. 26 da Lei n. 9.514/97, por ferir garantias constitucionais, uma vez que consolida a propriedade do imóvel em nome do

credor, tão-somente por procedimento cartorário extrajudicial, sem qualquer espécie de atividade jurisdicional acerca do método adotado pela instituição financeira, não oferecendo qualquer oportunidade de defesa ou de resistência por parte do devedor, a não ser a de satisfazer o que exige o fiduciante, ou se conformar com a consolidação do ato [...] (SANTA CATARINA, 2014)

Da mesma forma, pode-se citar julgado da Décima Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

A exemplo do que ocorre com o leilão extrajudicial preconizado no Dec.-Lei 70/66, o leilão extrajudicial da lei 9.514/97 é ilegal. Conforme convicção deste Relator, a alienação extrajudicial não obedece aos princípios do contraditório e da ampla defesa, além de afastar a atividade jurisdicional, que compete ao Poder Judiciário, e somente a ele. (SÃO PAULO, 2012)

Tratam-se, contudo, de precedentes isolados que não refletem o entendimento dos tribunais pátrios. Em verdade, a jurisprudência majoritária nas mais diversas cortes do Brasil é no sentido de considerar constitucional o procedimento em discussão. Do mesmo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pode-se mencionar, como representativo, o seguinte julgado em que se entendeu pela constitucionalidade:

É entendimento pacificado que é constitucional o procedimento de execução extrajudicial adotado pela Lei n. 9.514/97, inclusive podendo ser instituído em qualquer modalidade de empréstimo. Observados os trâmites previstos na legislação, no que se refere ao saldo devedor e à avaliação do bem, não se cogita de irregularidades a justificar a nulidade do procedimento. [...]. (SANTA CATARINA, 2018)

No mesmo sentido e da mesma corte, podemos citar as Apelações Cíveis n. 0003170-84.2012.8.24.0011 e n. 0055843-18.2012.8.24.0023 (SANTA CATARINA, 2019; 2017). Ademais, do Tribunal de Justiça de São Paulo, temos o seguinte:

Trata-se de procedimento previsto em lei plenamente em vigor que não coloca em risco os preceitos constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, visto que os devedores podem levar ao judiciário qualquer eventual irregularidade adotada pelas instituições financeiras nos procedimentos extrajudiciais, sendo garantido o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Previsto com um meio célere para recuperação do crédito pelas instituições financeiras em caso de inadimplemento, trata-se de medida que fomenta a economia e garante maior oferta de crédito imobiliário aos consumidores, não violando qualquer norma constitucional. (SÃO PAULO, 2019)

Julgando também pela constitucionalidade do procedimento da Lei n. 9.514/1997, podemos citar o seguinte acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

[...] 5. Não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 26 da Lei nº 9.514/97. Com efeito, nos termos do artigo 22 do referido diploma legal, a alienação fiduciária 'é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel'.

6. A garantia do devido processo legal, consagrada no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, não deve ser entendida como exigência de processo judicial. Por outro lado, o devedor fiduciante não fica impedido de levar a questão ao conhecimento do Judiciário, ainda que já concretizada a consolidação da propriedade em mãos do credor fiduciário, caso em que eventual procedência do alegado resolver-se-ia em perdas e danos. Tal entendimento não exclui a possibilidade de medida judicial que obste a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, desde que haja indicações precisas, acompanhadas de suporte probatório, do descumprimento de cláusulas contratuais, ou mesmo mediante contracautela, com o depósito à disposição do Juízo do valor exigido, o que não ocorre no caso (BRASIL, 2009, apud BRASIL, 2013)

Outros tribunais estaduais também possuem diversas decisões nesse sentido que representam o entendimento majoritário naquelas cortes, como, por exemplo, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a Apelação Cível n. 0100592-18.2018.8.21.7000, na Corte paranaense, a de n. 0049971-95.2017.8.16.0014, na Bahia, a de n. 0960283-76.2015.8.05.0113, dentre outras (RIO GRANDE DO SUL, 2018; PARANÁ, 2019; BAHIA, 2015).

Ou seja, o entendimento majoritário da jurisprudência dos mais variados tribunais do país é no sentido de declarar a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial de bem imóvel gravado com alienação fiduciária previsto na Lei n. 9.514/97.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho buscou-se analisar a conformidade do procedimento de execução extrajudicial de bem imóvel gravado com alienação fiduciária previsto entre os artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997 com os princípios do devido processo legal, no qual se incluem também o contraditório e a ampla defesa, e da inafastabilidade de jurisdição consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para tanto, fora demonstrado o que são direitos reais, apresentando suas principais características e classificações. Dentro das espécies de direitos reais, abordou-se as garantias reais, detalhando suas formas existentes. O foco foi a propriedade fiduciária tendo sido apresentadas suas principais utilidades e características, bem como sua origem desde a Roma antiga, além do histórico legislativo no Brasil até culminar na Lei n. 9.514/1997, com as alterações advindas de outras legislações.

Posteriormente, o trabalho discutiu o constitucionalismo, demonstrando sua importância para o asseguramento dos direitos fundamentais, chegando ao moderno neoconstitucionalismo, calcado na normatização da constituição e na preponderância dos princípios. Viu-se também que é possível auferir a inconstitucionalidade tanto por ação – material ou formal – quanto por omissão, o que pode ser realizado por meio do controle de constitucionalidade difuso ou coletivo. Vislumbrou-se ainda o conteúdo dos princípios do devido processo legal, no qual se inclui a garantia do contraditório e da ampla defesa, e da inafastabilidade da jurisdição.

Por fim, debateu-se o tema específico do presente trabalho, descrevendo-se detalhadamente os regramentos procedimentais da execução extrajudicial da Lei n. 9.514/1997 para depois relacioná-lo aos princípios constitucionais referidos, expondo as mais diversas interpretações doutrinárias a respeito da matéria.

Com isso, concluiu-se que o procedimento é plenamente constitucional, haja vista principalmente que o fiduciante, em se sentindo prejudicado pode exercer suas garantias ao contraditório e a ampla defesa através de demanda judicial por ele intentada quando entender pela abusividade dos atos ocorridos de forma extrajudicial, contestando, por exemplo, a inocorrência de mora e a ilegalidade do leilão. Ademais, restou claro que inexistente função jurisdicional exercida pelo oficial de Registro de Imóveis, na medida em que esse simplesmente registra a ocorrência da mora e consolidada a propriedade em favor do fiduciário, sem exercer.

Pode-se ver também que a possibilidade de utilização da alienação fiduciária de imóvel fez crescer o mercado imobiliário brasileiro, gerando uma tendência de menores juros

nos financiamentos, justamente em razão da maior facilidade de recuperação de capital pelo credor, o que facilita a concretização do direito à moradia, outro importantíssimo direito fundamental.

Pode-se ver também que os mais diversos tribunais do país vêm decidindo no sentido de declarar a constitucionalidade da execução extrajudicial aqui debatida, apesar de alguns de alguns poucos entendimentos divergentes.

Assim, percebe-se que é premente a necessidade de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 860631 a fim de que se possa obter a estabilidade necessária nos diversos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis que são celebrados diariamente em todo o país e que fazem crescer o mercado imobiliário brasileiro, garantindo o direito à moradia digna aos cidadãos.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia (Quarta Câmara Cível). **Apelação 0960283-76.2015.8.05.0113**. Direito processual civil e defesa do consumidor. Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de ressarcimento de danos. Alienação fiduciária de imóvel. Constitucionalidade da lei 9514/97. Inadimplência. Notificação para purgar a mora. Descumprimento. Inadimplemento que implica consolidação da propriedade em favor do fiduciário. Legalidade do procedimento. Indenização por danos moral e material. Incabimento. Improcedência. Manutenção da sentença. Relator: Des. Roberto Maynard Frank, 11 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.tjba.jus.br/jurisprudencia-api/inteiroTeor/fc1c908c-6817-3b40-ace8-ff8fd69a73ac>. Acesso em: 24 nov. 2019

BARROS, André Borges de Carvalho. **Alienação fiduciária de bem imóvel em garantia na perspectiva do direito civil constitucional**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5420>. Acesso em: 27 out. 2019.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Brasília, DF: Senado Federal, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969**. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014**. Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa, sobre a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, sobre a tributação das operações de

empréstimos de ativos financeiros e sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de ações de empresas pequenas e médias [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113043.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965**. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4728.htm. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 18696-0BF-PGR**. Recurso extraordinário. Violação ao art. 5º, XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV da CR. A Lei 9.514/1997 é inconstitucional, ao prever a licitude de que os agentes financeiros do SFH sejam simultaneamente parte e investidos de poderes jurisdicionais, na execução de contratos de financiamento imobiliário: ninguém pode ser juiz em causa própria, sem ofender patentemente o Estado de direito. Parecer pelo provimento do recurso extraordinário. Brasília: Ministério Público Federal, 07 jul. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4694303>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1462210/PR**. Recurso especial. Alienação fiduciária de coisa imóvel. Lei nº 9.514/1997. Purgação da mora após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Possibilidade. Aplicação subsidiária do decreto-lei nº 70/1966. Recorrente: Janete Becker; Mauro Cezar Becker. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 18 de novembro de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1462210&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1318181/PR**. Agravo interno no recurso especial. Processual civil e tributário. Execução fiscal. Penhora e arrematação de bem objeto de hipoteca. Possibilidade. Preferência do crédito

tributário. Incidência da súmula 83/STJ. Pluralidade de penhoras. Penhora anterior. Preferência do crédito tributário. [...] Agravo interno não provido. Agravante: Banco de Desenvolvimento do Paraná S/A - Em Liquidação. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 24 de novembro de 2018b. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1318181&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 28**. O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2013]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumantot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.197/RO**. Ação direta de inconstitucionalidade – Lei complementar nº 122/94 do Estado de Rondônia – Diploma legislativo que resultou de iniciativa parlamentar – Servidor público estadual – Licença prêmio por assiduidade não gozada em virtude de necessidade do serviço – Possibilidade de conversão em pecúnia – Usurpação do poder de iniciativa reservado ao governador do estado – Ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes – Inconstitucionalidade formal – Ação direta julgada procedente. Requerente: Governador do Estado de Rondônia. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator: Min. Celso de Mello, 18 de maio de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12977109>. Acesso em: 03 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso Extraordinário 223075/DF**. Execução extrajudicial. Decreto-lei nº 70/66. Constitucionalidade. [...] Recurso conhecido e provido. Recorrente: Caixa Econômica Federal (CEF). Recorrido: Ismara de Carvalho Bastos. Relator: Min. Ilmar Galvão, 23 de junho de 1998. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+223075%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+223075%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/buoqkua>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.458 MC/DF**. Desrespeito à constituição [...] Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 20 de setembro de 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347068>. Acesso em: 06 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 860.631/SP**. Recurso Extraordinário. Processual Civil e Constitucional. Sistema Financeiro Imobiliário. Execução extrajudicial. Alienação fiduciária de bem imóvel. Princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Direitos fundamentais à propriedade e à moradia. Questão relevante do ponto de vista jurídico, econômico e social. Repercussão geral reconhecida. Relator: Min. Luiz Fux, 1º de fevereiro de 2018a. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313633243&ext=.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 347**. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2017]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2149>. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante n° 28**. É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2018]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1278>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Terceira Turma). **AC 5002484-57.2011.4.04.7213**. Vistos, etc. Trata-se de apelação da parte autora em autos de ação anulatória c/c ação revisional de Contrato, na qual a requerente pretendeu declaração de nulidade do processo extrajudicial de expropriação do bem imóvel de sua propriedade. [...] nego seguimento ao recurso. Intimem-se. Decorridos os prazos, sem recurso, dê-se baixa na distribuição. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 24 de abril de 2013. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5819550&termosPesquisados=IGluY29uc3RpdHVjaW9uYWxpZGFkZSBhbGllbmFjYW8gZmlkdWNpYXJpYSBpbW92ZWwgOTUxNC85NyA5LjUxNC85NyA=. Acesso em: 24 nov. 2019

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

CHALHUB, Melhim Namem. **Curso de direito civil: direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CORDIOLI, Rui Carlos. **A alienação fiduciária de bens imóveis como garantia nos financiamentos fora do Sistema Financeiro Imobiliário**. 2016. 82 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/handle/12345/1991>. Acesso em: 20 abr. 2019

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

FABIANI, Emerson Ribeiro. **Direito e crédito bancário no brasil**. São Paulo: Saraiva, 2011. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A alienação fiduciária de imóveis: aspectos processuais da lei n° 9.514/97. In: **SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO BANCÁRIO**, 1., 2000, São Paulo. Disponível em: <http://www.fabricioadvogados.com.br/Artigos/art8.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017.

FLEURY, Daniel de Souza. **A inconstitucionalidade da execução extrajudicial do decreto-lei nº 70/1966**. 2011. 21 f. Artigo Científico (Pós-graduação) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/DanieldeSouzaFleury.pdf. Acesso em: 17 nov. 2019.

GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (atual.); BRITO, Edvaldo (coord.). **Direitos reais**. 21. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**, 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. 5 v.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa: livro didático**. 2. ed. Palhoça: Unisulvirtual, 2007.

MANDL, Carolina; PINHEIRO, Vinícius. Bancos têm 10 bilhões em imóveis retomados. **Valor econômico**, São Paulo, 06 mar. 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/financas/4888446/bancos-tem-r-10-bilhoes-em-imoveis-retomados>. Acesso em: 20 abr. 2019.

MARCONI, Mariana de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india. Acesso em: 20 abr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Art. 5º, LIV. *In*: Canotilho, José Joaquim Gomes (coord.) *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 458-463. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná (16ª Câmara Cível). **Apelação Cível 0049971-95.2017.8.16.0014**. Apelação cível. Ação anulatória de procedimento de execução extrajudicial. Tese de inconstitucionalidade do procedimento regrado pela lei 9.514/95. Insubsistência. Ausência de violação aos princípios do devido processo legal e inafastabilidade da jurisdição. Imóvel que, por força do contrato de mútuo com alienação fiduciária em garantia, passa a integrar o patrimônio jurídico do banco, que detém sua propriedade resolúvel. [...] Apelação cível conhecida e desprovida. Relator: Des. Paulo Cezar Bellio, 25 de setembro de 2019. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000009521431/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0049971-95.2017.8.16.0014>. Acesso em: 24 nov. 2019

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 4 v.

POLILLO, Renato Romero. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 2013. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082017-142024/pt-br.php>. Acesso em: 19 abr. 2019.

RIBEIRO, Iara Pereira; BERTRAN, Maria Paula Costa. Crise imobiliária brasileira: a transferência de renda pelos “distratos” e créditos podres. **Redes: R. Eletr. Dir. Soc.**, Canoas, v. 7, n. 1, p. 139-157, abr. 2019. Semestral. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/5212>. Acesso em: 19 abr. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Décima Sétima Câmara Cível). **Apelação Cível 0100592-18.2018.8.21.7000**. Apelações cíveis. Direito privado não especificado. Ação anulatória de leilão extrajudicial indenização por danos morais e revisão contratual. Contrato de cédula de crédito bancário pessoal. Consolidação da propriedade. Alienação fiduciária. Bem imóvel dado como garantia do contrato. Procedimento expropriatório extrajudicial. Anulação do leilão em razão de venda por preço vil. Rejeição. Inconstitucionalidade da lei n. 9.514/97. Não configurada. Repetição de indébito e compensação. Possibilidade. Cobrança de taxa de ocupação. Possibilidade. Cobrança cumulada de juros moratórios e multa com comissão de permanência. Rejeição. Danos morais. Impossibilidade. Sentença mantida. Relator: Des. Giovanni Conti, 24 de maio de 2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 24 nov. 2019

ROQUE, Andre Vasconcelos. Capítulo I - Disposições Gerais - arts. 513 a 519. *In*: GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Processo de conhecimento e cumprimento de Sentença**: comentários ao CPC de 2015. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 672-709. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. 2 v.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos). **Apelação Cível n. 0600098-46.2014.8.24.0051**. Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais. Contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária de bem imóvel. Sentença de improcedência. Recurso dos autores. Invocada a inconstitucionalidade da execução extrajudicial fundada na lei n. 9.514/97. Financiamento não destinado à aquisição imobiliária. Alegada irregularidades no procedimento. Insurgência não acolhida. [...] Recurso conhecido e parcialmente provido. Relator: Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos, 29 de novembro de 2018. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAF AABUeuAAG&categoria=acordao_5. Acesso em: 24 nov. 2019

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Primeira Câmara de Direito Comercial). **Apelação Cível n. 0055843-18.2012.8.24.0023**. Apelação cível. Ação cautelar inominada em que foi deferida liminar de sustação dos leilões de imóvel alienado fiduciariamente e autorizado depósito do débito. Sentença de improcedência da ação principal e de extinção da cautelar. Recurso da requerente. Alegada inconstitucionalidade dos dispositivos legais previstos na lei nº 9.514/97. Tese rechaçada por este tribunal. [...] Recurso conhecido e provido. Relator: Des. Luiz Zanelato, 14 de setembro de 2017. Disponível em:

http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAADvYPAAU&categoria=acordao_5. Acesso em: 24 nov. 2019

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Quarta Câmara de Direito Comercial). **Apelação Cível n. 0003170-84.2012.8.24.0011**. Apelação cível. Ação cautelar e ação ordinária. Julgamento conjunto. Sentença de improcedência. Insurgência do autor. Gratuidade da justiça. Pleito formulado nas razões do recurso. Hipossuficiência demonstrada. [...] Recurso parcialmente procedente. Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil, 27 de agosto de 2019. Disponível em:

http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAANEL5AAF&categoria=acordao_5. Acesso em: 24 nov. 2019

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Terceira Câmara de Direito Comercial). **Agravo de Instrumento n. 2012.060076-6**. Agravo de instrumento. Ação revisional. Cédula de crédito bancário (capital de giro) garantida com alienação fiduciária de imóvel e demais contratos vinculados à conta corrente. Decisão agravada que indeferiu a liminar para suspender a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário. [...] Falta de interesse recursal configurada. Não conhecimento do recurso neste ponto. Relator: Des. Paulo Roberto Camargo Costa, 23 de janeiro de 2014. Disponível em:

http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAEL10AAR&categoria=acordao. Acesso em: 24 nov. 2019

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (14ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível 0002245-88.2011.8.26.0554**. Contrato. Financiamento imobiliário. Contrato com cláusula de alienação fiduciária em garantia. Leilão extrajudicial. Notificação. 1. A exemplo do que ocorre com o leilão extrajudicial preconizado no dec.-lei 70/66, o leilão extrajudicial da lei 9.514/97 é ilegal. Conforme convicção deste relator, a alienação extrajudicial não obedece aos princípios do contraditório e da ampla defesa, além de afastar a atividade jurisdicional, que compete ao poder judiciário, e somente a ele. [...] 5. Recurso provido. Relator: Des. Melo Colombi, 29 de fevereiro de 2012. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5739341&cdForo=0>. Acesso em: 24 nov. 2019

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (25ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível 1016206-72.2017.8.26.0068**. Apelação – ação anulatória – alienação fiduciária de bem imóvel – contrato e procedimento de execução extrajudicial anteriores às alterações à lei 9.514/97 promovidas pela lei 13.465/17 – aplicação ao caso da legislação vigente à época – comprovação da correta intimação pessoal dos devedores acerca do início do procedimento de execução extrajudicial. [...] Negado provimento. Relator: Des. Hugo Crepaldi, 12 de setembro de 2019. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12873113&cdForo=0>. Acesso em: 24 nov. 2019

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito das coisas. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direitos reais. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 5 v.

ANEXOS

ANEXO A – Voto do Ministro Luiz Fux, relator do RE 860.631, favorável à repercussão
 geral

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 13

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 860.631 SÃO
 PAULO**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO,
 PROCESSUAL CIVIL E
 CONSTITUCIONAL. SISTEMA
 FINANCEIRO IMOBILIÁRIO.
 EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL.
 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM
 IMÓVEL. PRINCÍPIOS DA
 INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO,
 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA
 AMPLA DEFESA E DO
 CONTRADITÓRIO. DIREITOS
 FUNDAMENTAIS À PROPRIEDADE E À
 MORADIA. QUESTÃO RELEVANTE DO
 PONTO DE VISTA JURÍDICO,
 ECONÔMICO E SOCIAL. EXISTÊNCIA
 DE REPERCUSSÃO GERAL.**

MANIFESTAÇÃO: Trata-se de recurso extraordinário, manejado com arrimo nas alíneas a e b do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que assentou, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL - CPC, ART. 557 - SFH - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - ARTIGO 38 DA LEI 9514/97 - NÃO HÁ QUE SE FALAR NA APLICAÇÃO DO DL 70/66 - O PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DO TÍTULO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO OFENDE A ORDEM CONSTITUCIONAL.

I - Cumpre consignar que o presente contrato possui cláusula de alienação fiduciária em garantia, na forma do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, cujo regime de satisfação da obrigação difere dos mútuos firmados com garantia hipotecária, posto que na hipótese de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 13

RE 860631 RG / SP

descumprimento contratual e decorrido o prazo para a purgação da mora, ocasiona a consolidação da propriedade do imóvel em nome da credora fiduciária.

II - Diante da especificidade da lei em comento, não há que se falar na aplicação das disposições do Decreto-Lei nº 70/66 neste particular.

III - O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia, não ofende a ordem constitucional vigente, sendo passível de apreciação pelo Poder Judiciário, caso o devedor assim considerar necessário.

IV - In casu, verifica-se no registro de matrícula do imóvel (fls. 40/45), que o autor foi devidamente intimado para purgação da mora, todavia, o mesmo deixou de fazê-lo, razão pela qual a propriedade restou consolidada em favor da credora fiduciária.

V - Agravo legal improvido." (fl. 191)

Nas razões do apelo extremo, sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação ao artigo 5º, XXXV, LIII, LIV e LV, da Constituição Federal. Alega que a execução extrajudicial no Sistema Financeiro Imobiliário, prevista pela Lei 9.514/1997, viola os princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, na medida em que permite ao credor fiduciário a excussão do patrimônio do devedor sem a participação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, sem a figura imparcial do juiz natural, o que se traduziria numa forma de autotutela, repudiada pelo Estado Democrático de Direito. Suscita, ainda, a inconstitucionalidade da execução extrajudicial, comparando-a ao procedimento previsto no Decreto-Lei 70/1966, submetido a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sob a sistemática da repercussão geral (RE 627.106, Tema 249).

O Tribunal a quo proferiu juízo positivo de admissibilidade do recurso.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da República elaborou parecer opinando pelo provimento do recurso extraordinário.

2

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 13

RE 860631 RG / SP**É o relatório.**

Ab initio, ressalte-se que foram devidamente observados os requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário.

Cinge-se a controvérsia à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial, previsto na Lei 9.514/1997, nos contratos de mútuo com alienação fiduciária do imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, bem como dos institutos da unidade da jurisdição e do juiz natural.

Cumpra destacar que, nada obstante recaia a discussão sobre a constitucionalidade da execução extrajudicial em contratos imobiliários, a matéria versada nos autos não guarda identidade com a tratada no RE 627.106 - Tema 249 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.

Naquele *leading case*, discute-se a recepção constitucional do Decreto-Lei 70/1966, que prevê a execução extrajudicial para dívidas contraídas no regime do Sistema Financeiro Habitacional, com garantia hipotecária, situação diversa da presente demanda, cujo objeto é a constitucionalidade da Lei 9.514/1997, que prevê a possibilidade de execução extrajudicial nos contratos de mútuo pelo Sistema Financeiro Imobiliário, com alienação fiduciária de imóvel. Nessa última modalidade de contrato não há transmissão da propriedade ao devedor, mas tão somente transferência da posse direta do bem. O credor fiduciário, portanto, não se imiscui no patrimônio do devedor para executar bem de propriedade alheia, uma vez que o imóvel permanece sob propriedade da instituição financeira até a quitação do contrato pela outra parte, o que se traduz em diferença substancial entre as relações jurídicas de hipoteca e de alienação fiduciária para a finalidade de análise à luz dos princípios constitucionais invocados.

Saliente-se, ademais, que os contratos firmados pelo Sistema Financeiro Imobiliário são produzidos em massa em todo o país, enquanto os juros praticados, inclusive em programas sociais de incentivo à moradia, são estabelecidos em plena consonância com os riscos

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 13

RE 860631 RG / SP

decorrentes da inadimplência e com o tempo estimado para reaver imóveis nessa situação. Além disso, há necessidade de posicionamento desta Suprema Corte no que concerne à matéria *sub examine*, a fim de se garantir segurança jurídica aos contratantes e maior estabilidade às relações jurídicas no mercado imobiliário nacional, tudo a influenciar políticas governamentais de incentivo à moradia.

Destarte, a *vezada questio* apresenta densidade constitucional e transcende os interesses subjetivos das partes, sendo relevante do ponto de vista econômico, jurídico e social para milhões de mutuários do Sistema Financeiro da Imobiliário.

Ex positis, nos termos do artigo 1.035, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o artigo 323 do RISTF, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Brasília, 28 de novembro de 2017.

Ministro LUIZ FUX.

Relator

Documento assinado digitalmente