

**LEILÃO EXTRAJUDICIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO  
FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS, SUAS REPERCUSSÕES  
ECONÔMICAS E CONSTITUCIONAIS**

**AUCTION EXTRAJUDICIAL IN CONTRACTS OF ALIENAÇÃO  
FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS, AND YOUR REPERCUSSIONS  
ECONOMIC AND CONSTITUTIONAL**

Carlos Henrique Passos Mairink<sup>1</sup>

**Resumo:** O Brasil encontra dificuldades no que diz respeito a sistematizar, desenvolver e solidificar seu mercado imobiliário, sobretudo no âmbito da habitação. Encontrar formas capazes de maximizar a segurança e o retorno dos investidores é crucial para o crescimento e fortalecimento do mercado imobiliário. Pois, é patente a importância deste mercado, e fundamentalmente, o seu impacto na economia dos Estados como um todo. O legislador brasileiro inovou ao editar a Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997. Criando no ordenamento jurídico pátrio uma nova modalidade de garantia a empréstimos e financiamentos, denominada alienação fiduciária de bens imóveis. O objetivo do presente artigo é analisar as controvérsias que residem na cobrança extrajudicial da dívida contraída quando da concessão de um financiamento imobiliário bem como se o procedimento do leilão, previsto na Lei 9.514 de 1997 para fins de realização de garantia, se reveste de constitucionalidade e, portanto, é plenamente válido, ou mostra-se inconstitucional, tornando-se viciado e imprestável.

**Palavras-chave:** Constitucionalidade; Leilão extrajudicial; Alienação; Bens Imóveis.

**Abstract:** Brazil encounters difficulties with regard to systematize, develop and solidify its property market, particularly within the housing. To find ways able to maximize security and return on investment is crucial for the growth and strengthening of the housing market. Because, it is patent the importance of this market, and fundamentally, its impact on the States economy as a whole. The Brazilian legislature has innovated to edit the Law 9514 of 20 November 1997. Creating in the national law system a new type of loan guarantee and financing, known as Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. The aim of this paper is to analyze the controversies that lie in the extrajudicial collection of the debt when granting housing finance and whether the auction procedure provided for in Law 9514 of 1997 for carrying out of warranty, is constitutional and therefore is fully valid, or proves to be unconstitutional, becoming addicted and useless.

**Key-words:** Constitutionality; Auction extrajudicial; Alienation; Real Estate.

---

<sup>1</sup> FAMIG – Faculdade Minas Gerais – Belo Horizonte – Minas Gerais – passosmairink@yahoo.com.br

## INTRODUÇÃO

O Brasil, em especial nas grandes metrópoles, tem enfrentado um grande problema habitacional para o qual, ainda, não encontraram solução.

Desde o extinto Banco Nacional de Habitação, há um déficit de moradia não saldado. Cumpre ressaltar, que, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, competem à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, promover a política habitacional através de programas de construção e melhorias das condições de moradia. Ademais, o direito à moradia, resguardado pela Carta Magna de 1988 no capítulo dos direitos sociais, apesar de configurar um direito fundamental para que a pessoa humana viva com dignidade, não tem tido seu comando constitucional respeitado.

Outra agravante, percebida no mercado imobiliário brasileiro, consistia na falta de investimentos. O empreendedor, em face do grande risco, possuía receio de empregar seu capital e não o recuperar, ou de recuperá-lo tão-somente depois de muitos anos e, ainda assim, após um longo desgaste provocado pela lentidão do Judiciário atrelada aos artifícios empregados pelos devedores inadimplentes com o intuito de procrastinação.

Nesse contexto, a questão crucial enfrentada pelo legislador pátrio se pautou em encontrar uma maneira de resolver o problema habitacional; fomentar o “falido” mercado imobiliário com investimentos, e, também, encontrar meios capazes de garantir ao investidor a segurança e a rapidez na recuperação de seu crédito.

Foi exatamente o que alcançou o legislador com a elaboração da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. Visando promover o financiamento imobiliário em geral, trouxe, em seu bojo, um instrumento útil a esse propósito, que é a alienação fiduciária de bem imóvel em garantia. Por intermédio desse novo instrumento é possível oferecer ao credor uma garantia que lhe dê a certeza da recuperação rápida do capital investido que, por sua vez, retornará ao mercado para dar impulso ao círculo virtuoso de geração de novos negócios e, de forma secundária, respeitar o comando constitucional de acesso à moradia.

Tratou-se de medida inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, que demonstrou, por parte do legislador, consciência e sensibilidade voltada

para o fato de que o acesso à moradia é como assente no texto constitucional, uma necessidade vital básica do cidadão, a qual para se ultimar, faz-se mister sejam desfeitas ou atenuadas as barreiras de prover o financiamento necessário.

Entretanto, o que se verifica é utilização do novel instituto de forma indiscriminada, levando os consumidores ao endividamento extremo, pois, no cenário atual, percebe-se um aumento de crédito considerável pautado justamente no instituto da alienação fiduciária de bens imóveis.

A facilidade de crédito; ausência de planejamento familiar; possibilidades de retomada rápida do imóvel, por meio de leilão extrajudicial, contribuirão fatalmente para que o acesso à moradia se torne um grande transtorno para milhões de brasileiros.

Por razões práticas, um ponto que se revela fundamental é o que gravita em torno da inadimplência, em face da enorme relevância para mercado financeiro imobiliário em especial no âmbito da habitação. Tendo em vista as soluções adotadas pela Lei 9.514, de 1997, em especial ao instituto da consolidação da propriedade e autorização da modalidade de leilão extrajudicial, dúvidas quanto a constitucionalidade se tornam patentes.

Na consolidação e na reversão se opera sempre a reunificação definitiva do domínio e da posse. Estes foram desdobrados para atingir o escopo da alienação fiduciária de bens imóveis. Portanto, via de regra, com inadimplemento, seguir-se-á a consolidação da propriedade plena em favor do fiduciário nos moldes do art. 26, complementada com a excussão extrajudicial disposta no art. 27 da Lei 9.514, de 1997. Em que pese a mencionada lei estabelecer uma solução específica, fato incontroverso reside que esta não excluem outras alternativas de satisfação do credor previstas no ordenamento jurídico.

Contudo, controvérsias, residem na cobrança extrajudicial da dívida contraída quando da concessão de um financiamento imobiliário, bem como de e leilão para fins de realização de garantia. O procedimento previsto na Lei 9.514, de 1997 reveste de constitucionalidade e, portanto, é plenamente válido, ou mostra-se inconstitucional, tornando-se viciado e imprestável.

As querelas residem, como será demonstrado, na inconstitucionalidade da consolidação da propriedade em nome do fiduciário em caso de

inadimplemento do fiduciante; nos mesmos moldes da execução extrajudicial instituída pelo Decreto-lei 70 de 1966 que prevê, em caso de inadimplemento do mutuário, a expropriação do imóvel financiado sem a apreciação do Poder Judiciário. A análise do decreto-lei se torna imprescindível, pois, os argumentos tanto a favor como contra a constitucionalidade se mostram similares aos utilizados para questionar, sob a ótica constitucional, a consolidação da propriedade, conforme previsão expressa no § 7º do art. 26 da Lei 9.514, de 1997.

Decreto-lei 70 de 1966, em seus artigos 30, parte final, e, 31 a 38, autoriza que aos agentes financeiros executarem extrajudicialmente, em caso de mora dos devedores, e, conseqüentemente realizar o leilão do imóvel hipotecado, depois de cumprida uma série de requisitos previstos em lei.

Imperativo, portanto, prestar esclarecimentos quanto à constitucionalidade ou não dos artigos 30, parte final, e, 31 a 38 do Decreto-lei 70 de 1962, recepção ou não pela Constituição Federal de 1988 do mencionado dispositivo legal, que permite a cobrança da dívida de um modo extrajudicial. Finalmente, mostra-se patente a necessidade de verificar se o procedimento de cobrança extrajudicial fere ou não os Princípios da Inafastabilidade da Jurisdição e do Devido Processo Legal.

## **2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS - LEI 9.514/97**

O conceito de Alienação fiduciária de bem imóvel pode ser extraído com facilidade da Lei 9.514, de 20 de novembro de 2007, que consigna em seu artigo 22 a seguinte redação:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei 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.

Corroborando com a afirmação de que o próprio artigo 22, da mencionada Lei traduz, no conceito de alienação fiduciária para bens imóveis, Valestam Milhomen da Costa (2005, p.13) afirma que o conceito legal é suficiente para definir não só o modo pelo qual a alienação fiduciária é constituída, ou seja, mediante a contratação da transferência pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel de coisa imóvel, como também a natureza

dessa transferência, que é o escopo de garantia. Dessa forma traduz-se no negócio jurídico pelo qual o devedor, fiduciante, com a finalidade de prestar garantia de uma obrigação principal, contrata a transferência, para o credor, fiduciário, de um bem imóvel, em propriedade resolúvel.

Da mesma forma Marcelo Terra conceitua o instituto como:

[...] 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. O contrato, agora típico ou nominado, se chama “alienação fiduciária”, ao passo que a garantia é a “propriedade fiduciária” (TERRA, 1998, p. 19).

Por outro lado, Melhin Namem Chalhub (2000, p. 21) prefere não ater-se somente aos comandos do artigo 22, da indigita Lei 9514/97, conceituando alienação fiduciária de bens imóveis de forma mais prática e ampla e introduzindo o elemento resolubilidade em sua definição. São suas palavras:

Na dinâmica delineada pela lei, o devedor (fiduciante), sendo proprietário de um imóvel, aliena-o ao credor (fiduciário) a título de garantia; a propriedade assim adquirida tem caráter resolúvel, no sentido de propriedade condicional, vinculada ao pagamento da dívida, pelo que, uma vez verificado o pagamento, opera-se a automática revogação da fidúcia, com a conseqüente consolidação da propriedade plena em nome do devedor-fiduciante, enquanto que, ao contrário, se verificado o inadimplemento contratual do devedor-fiduciante, opera-se a consolidação da propriedade plena em nome do credor-fiduciário (CHALHUB, 2000, p. 201).

Da análise dos conceitos citados e do próprio texto legal, têm-se elementos suficientes para definir não só o modo pelo qual a alienação fiduciária é constituída, como também o objetivo para o qual foi criada. Referente ao modo, este se dá mediante a contratação da transferência pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel de coisa imóvel, já o objetivo, ou escopo deste instituto, que efetivamente traduz-se em sua natureza, é garantir o negócio jurídico, principal, firmado entre as partes. Podendo, neste ponto, utilizar-se dos ensinamentos de José de Mello Junqueira (1998, p. 15) para de forma concisa, concluir que alienação fiduciária de coisa imóvel, tal qual a de um bem móvel, é espécie do gênero negócio fiduciário. Tal afirmação torna-se precisa, pois ambos os institutos realizam a transmissão da propriedade ao fiduciário, credor, unicamente para garantir outro negócio jurídico, tido como principal. Uma vez cumprido este, aquela retorna ao fiduciante, com efeitos retroativos que passa a usufruir de sua plenitude sem nenhum embaraço.

Por seu turno, o artigo 23 da Lei 9.514/97 estabelece a figura da propriedade resolúvel ou propriedade fiduciária, que nasce com o contrato de

alienação fiduciária. Contudo, deve-se destacar que a garantia real externada pela propriedade fiduciária nasce com o preenchimento de requisitos legais para registro do contrato, uma vez que não satisfeito estes, se tem apenas o contrato de alienação fiduciária de bens imóveis. Em outras palavras, a propriedade resolúvel ou fiduciária, cujo escopo é garantir o negócio jurídico principal, somente torna-se perfeita com o regular registro do contrato que lhe deu origem.

O Código de Defesa do Consumidor nasce de um dos princípios constitucionais que devem nortear a ordem econômica brasileira: proteção ao consumidor. Sua missão é estabelecer regras, protegendo o consumidor desde a criação das necessidades, propaganda, até a utilização dos produtos e serviços com satisfação, pois é notória sua impotência de decisão e participação na cadeia produtiva e circulação de bens e serviços. Das lições de Melhim Namem Chalhub (2000, p. 271) verifica-se que a Lei 8.078, de 1990, Código de Defesa do Consumidor, traz no seu corpo legislativo os princípios fundamentais de defesa da classe consumidora, bem como se inspirou no artigo 5º, XXXII e no art. 170 V, da Constituição Federal.

Esse também é o entendimento de Zilda Tavares.

Essa modificação legislativa veio por meio da Lei Maior, de 1988, com novos princípios na ordem econômica: a livre iniciativa ajustada à função social da propriedade dos bens de produção e a dignidade da pessoa humana (respeito ao consumidor, art. 170, V, e arts. 1.º e 5.º, XXIII, da CF/1988).

Mas não foi suficiente. Era necessária a alteração da legislação infraconstitucional.

A técnica de reformas legislativas com elaboração de novos códigos. civis, penais, trabalhistas, tributários deu lugar às conhecidas minirreformas, com feitura e adoção de leis específicas para cada matéria, resultando um complexo e emaranhado sistema jurídico com vários microssistemas, além da legislação infraconstitucional recepcionada.

No campo jurídico contratual a intervenção estatal veio com a promulgação da específica Lei 8.078/1990, divulgada como Código de Defesa do Consumidor, passando a disciplinar as novas relações contratuais, de consumo, com os contratos de adesão, como um verdadeiro microssistema multidisciplinar (TAVARES, 2005, p. 120).

Melhim Namem Chalhub (2000, p. 271) assevera que o mencionado diploma legal se traduz numa evolução legislativa que destaca a reconhecida vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, sempre com base na boa-fé objetiva e no equilíbrio das relações

entre consumidores e fornecedores. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor tem com escopo coibir a prática de abusos contra o consumidor, contemplando mecanismos de proteção não previstos em outras legislações. Com o advento do aludido corpo legislativo, o princípio da liberdade contratual e o princípio da força obrigatória do contrato deixaram de ser absolutos. Cláusulas contratuais tidas como abusivas são consideradas nulas de pleno direito, bem como é permitido à modificação ou revisão da cláusula contratual. A presença de mecanismos de proteção não implica o rompimento com os princípios, conceitos e institutos do direito tradicional, significando apenas que o citado texto legal confere prioridade especial à defesa do consumidor, à luz da equidade e da boa-fé objetiva (MARQUES, 2002, p. 181-182).

### **3. O RISCO DE INADIMPLÊNCIA E PERDA DO IMÓVEL**

O surgimento da alienação fiduciária em garantia teve como mola propulsora a necessidade de fomentar a economia brasileira, aumentando a parcela de crédito aos consumidores. O modelo econômico, aplicado no país na década de sessenta, necessitava de uma nova espécie de garantia para os bens móveis, como forma de estimular o acesso de boa parte da população ao crédito e incrementando o consumo de bens. Como sustenta Melhim Namem Chalhub (2000, p. 155) é nesse quadro que nasceu a chamada Lei do Mercado de Capitais nº 4.728/65, que estruturou mecanismos de captação e de aplicação de recursos possibilitando a constituição da propriedade fiduciária como forma de suprir a insuficiência das garantias incidentes sobre bens móveis. Em especial, o penhor e a reserva de domínio, que já não atendiam os anseios do mercado.

A alienação fiduciária foi introduzida no direito positivo brasileiro no contexto das transformações de natureza econômica e financeira implantadas em meados da década de 60, pelas quais se criaram mecanismos de captação de recursos destinados ao desenvolvimento dos setores da indústria e do comércio (CHALHUB, 2000, p. 155).

Esse também é o entendimento de Zilda Tavares que destaca:

Ao longo da História, com a produção em massa dos bens duráveis e novo ciclo econômico, com o crescimento do chamado mercado de capitais, ensejando a globalização e o novo perfil da sociedade civil com o aumento do consumo, com o

cidadão-consumidor, foi fundamental o regramento do crédito, com destaque para o crédito ao consumidor (TAVARES, 2005, p. 79).

Dos ensinamentos de Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe (2000, p.161), tem-se que a alienação fiduciária em garantia, surge com legislação de mercado de capitais: art. 66, da Lei 4.728/65 e ganhou autonomia com a edição do Decreto-lei 911/69.

[...] Lei de Mercado de Capitais (Lei n. 4.728, de 14.7.1965) constitui-se na pedra de toque do sistema desenvolvimentista programado, impulsionado e controlado pelas autoridades governamentais, com base na captação de recursos advindos da poupança para incrementar o surgimento de novas fontes de produção e consumo, num ciclo em espiral, dinâmico e progressivo, de circulação de riquezas, formado pelo complexo poupança-crédito-produção-consumo (RESTIFFE NETO; RESTIFFE 2000, p. 161).

Não se pode olvidar que a alienação fiduciária é uma garantia altamente socializante, pois permite ao consumidor, que almeje comprar um bem qualquer mesmo que não tenha dinheiro, espécie, disponível no momento, mas que possa vir a ter, bem como adquirir coisas com crédito, podendo, também utilizar essas coisas enquanto paga ao seu credor de forma parcelada. Para o credor, a criação deste instituto também foi importante, pois o bem comprado figura-se como garantia contratual e, enquanto o devedor não adimplir seu débito, não possuirá a propriedade plena do bem adquirido. Frederico Viegas de Lima (2005, p. 34) ratifica a questão e concluiu que o Brasil, na década de sessenta, necessitava do instituto da alienação fiduciária em garantia para fomentar sua economia.

A principal finalidade da alienação fiduciária de bens móveis é a simplificação do acesso ao crédito direto ao consumidor para a compra de bens de consumo duráveis. Na década de sessenta, experimentávamos a nossa industrialização. E, com isso, era imprescindível a venda dos novos produtos e, para tanto, a facilitação do crédito. Assim, foi possível a venda em escala de automóveis, televisores, geladeiras, consolidando a indústria nacional (LIMA, 2005, p. 34).

O mesmo autor arremata que o sucesso da alienação fiduciária em garantia consiste justamente na inviabilização do uso das tradicionais garantias reais até então existentes, em face da sua pouca segurança jurídica e principalmente morosidade na retomada do bem. Destaca que nesse instituto surge a propriedade fiduciária em favor do credor, ocasionando assim o desdobramento da posse, permanecendo o devedor com a posse direta do bem. Portanto, trata-se de um mecanismo eficiente que por um lado resguarda os interesses do credor, atraindo, por conseguinte, um maior aporte de recursos,

de outro não apresenta barreiras para o devedor, quer no adimplemento da obrigação principal, quer na fruição do bem objeto da garantia. Evitando um dos principais inconvenientes das garantias reais em geral, onde usualmente a propriedade e a posse dos bens gravados permanecem com o devedor tornando extremamente dificultosa a recuperação do crédito em caso de inadimplemento da obrigação principal.

[...] o sucesso da alienação fiduciária em garantia de bens móveis radica na própria configuração do instituto, uma vez que a partir da contratação surge a propriedade fiduciária, nos moldes da propriedade resolúvel em favor do credor, permanecendo o devedor com a posse direta do bem, enquanto perdurar a obrigação principal, da qual a propriedade fiduciária e acessória (LIMA, 2005, p. 35).

Pode-se afirmar que as vantagens expostas é que impulsionaram a alienação fiduciária em garantia, em detrimento as demais garantias reais existente, sendo certo que tal instituto cumpriu seu papel de impulsionar a economia da forma como é largamente usado no atual modelo de mercado consumerista.

De todo o exposto, verifica-se que o instituto da alienação fiduciária de bens imóveis se trata de um avanço legislativo que outorga maiores garantias ao credor.

Lado outro, adverte Mario Pazutti Mezzari que o novel instituto tem cunho apenas econômico e não há que se falar em aspecto social:

a Lei n. 9.514/97 tem cunho eminentemente econômico. Não há que se falar em cunho social, mesmo que se advogue que, com ela, se esteja fazendo uma tentativa de resolver parte do problema habitacional e do déficit de construções de todo o tipo (comerciais, industriais, de exploração agropecuária etc.) (MEZZARI, 1998, p. 4).

O autor levanta a questão com propriedade, pois, pela facilidade de crédito imobiliário ocasionado por programas de incentivo ao acesso a moradia do Governo Federal, o que se percebe, no cenário atual imobiliário brasileiro, é uma crescente aquisição da casa própria. Entretanto, questões devem ser suscitadas: As aquisições estão dentro de uma normalidade econômica; de uma realidade financeira do consumidor; de um planejamento urbano; de um preço acessível aos imóveis? Ou seja, trata-se de um mercado seguro de investimento por parte dos compradores, ou na realidade se mostra apenas um mercado especulativo; que aproveitando da criação da Lei 9.514/1997 encontrou espaço e segurança jurídica para instigar o acesso ao crédito e ganhar vultosos valores?

Tal questionamento não será respondido de imediato, pois, a intensão do presente artigo é questionar a constitucionalidade da retomada do bem de forma extrajudicial.

Destaca-se que a Lei 9.514/1997 é fundamental para que o acesso à moradia se aperfeiçoe no Brasil, entretanto, o instituto deve ser utilizado de forma consciente quer seja pelos compradores, quer seja pelos vendedores.

Torna-se fundamental prévio estudo de viabilidade da aquisição da moradia, pois, conforme autoriza o novel instituto o bem imóvel adquirido pode ir a leilão extrajudicial, caso ocorra à falta de pagamento, frustrando, dessa forma o escopo pretendido.

#### **4 A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE BENS IMÓVEIS ALIENADOS FIDUCIARIAMENTE EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Salienta Melhim Manem Chalub (2000, p. 292) que os artigos 25 a 30 da Lei 9.514, de 1.997 disciplinam os procedimentos que revestem de agilidade e de segurança a garantia fiduciária, contemplando: a reversão da propriedade ao fiduciante após o pagamento da dívida pelo devedor; os mecanismos de comprovação da mora; a consolidação da propriedade em favor do credor, se ocorrer o inadimplemento da obrigação principal; o controvertido leilão extrajudicial do imóvel e; a reintegração do credor na posse do imóvel.

Adverte o citado autor que a reintegração de posse se processa, em Juízo, enquanto os procedimentos de cobrança, consolidação da propriedade e leilão se desenvolvem no plano extrajudicial. Outro ponto a destacar são os artigos 30, parte final, e 31 a 38 do Decreto-lei 70 de 1966. Os referidos artigos instituem a cobrança extrajudicial no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. Trata-se, portanto, de um instituto que atinge milhares de mutuários e deverá ser analisado, em face da possibilidade do vício da inconstitucionalidade (CHALUB, 2000, p. 292).

Imperioso, portanto, examinar a inconstitucionalidade dos preceitos legais que autorizam a execução extrajudicial, em especial, à luz do princípio do devido processo legal, emanado do art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal. *In verbis*:

Art. 5º

XXXV— a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão;

LIV — ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV 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.

Melhim Manem Chalub (2000, p. 294) preleciona que os princípios contidos no artigo 5º da Constituição Federal, em que pese estarem distribuídos em três incisos distintos, assentam-se numa única e mesma base, que é a do devido processo legal. Esses princípios fundamentais garantem o direito de ação e reservam ao Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito. Por isso, ao se apreciar a conformidade da lei à Constituição, consideraram-se conjuntamente os três princípios, pois são eles indissolivelmente articulados entre si, de tal modo que a afronta a um deles sempre repercute de algum modo nos demais.

Esse também é entendimento de Eduardo Arruda Alvim (1998, p. 109) ao afirmar que o devido processo Legal é reconhecido de maneira generalizada pela doutrina. Assinala que esse princípio abrange uma série de outros princípios que, a rigor, não precisariam sequer constar expressamente do texto constitucional, entretanto, o legislador de 1988 preocupou-se em fazer constar do texto constitucional uma série de princípios que estariam contidos no do devido processo legal.

Da mesma forma, Nelson Nery Júnior (1996, p. 28) assinala que bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para daí decorrer todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. E, por assim dizer, o gênero sobre o qual todos os demais princípios constitucionais de processo são espécie.

Especificamente tem-se que o princípio da Inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º inciso XXXV da Constituição Federal, prevê a garantia constitucional de acesso à justiça. Consagrando também o direito ao provimento jurisdicional, pois o judiciário, uma vez instado, nunca poderá deixar de aplicar o direito (LENZA, 2008, p. 614).

Com o intuito de fortalecer a alegação da pretensa inconstitucionalidade do mecanismo extrajudicial de cobrança e do Leilão, previstos na Lei 9.514 de 1997, citam os que advogam em prol da referida corrente o artigo 5º LIV da Constituição Federal, aduzindo que os devedores executados por tal procedimento têm o direito constitucional de não serem privados de seus bens ou sua casa onde residem com a família, sem o devido processo legal.

Para comprovar a inconstitucionalidade da execução extrajudicial, outros preceitos do artigo 5º da Constituição Federal são invocados tais como:

“XXIII – a propriedade atenderá sua função social” (TAVARES, 2005, p. 34).

“XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção” (FREITAS, 2004, p. 43).

Imperioso, portanto, analisar os citados princípios constitucionais em face do Decreto-lei 70 de 1966 e a Lei 9.514, de 1997 para ao final verificar se existe ou não inconstitucionalidade na execução extrajudicial como alegado pelos devedores e refutado de forma veemente pelos credores, que ante a inadimplência adotam tal medida para reaverem ao menos parte do capital emprestado.

## **5 POSIÇÃO DESFAVORÁVEL A CONSTITUCIONALIDADE**

O Decreto-lei 70, cujas origens remontam dos anos sessenta, instituiu no ordenamento jurídico pátrio o instituto da cédula hipotecária como pode observar em seus 46 artigos. O que importa para o presente tema são os artigos 30, parte final, e 31 ao 38, uma vez que nesses o legislador disciplinou a forma de execução do crédito representado no título hipotecário. Da análise do artigo 31, verifica-se que “vencida e não paga a dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este decreto-lei, formalizará ao agente fiduciário a solicitação da execução da dívida [...]”.

Do artigo 32 verifica-se que “não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar

editais e a efetuar no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado”.

Glézio Rocha (1971, p. 41) afirma que o Decreto lei n.º 70/66 criou a execução extrajudicial, por meio do agente fiduciário, prevista em seus artigos 31 a 38. Essa via executiva, conforme artigo 31 do mencionado diploma, instaura-se com uma “comunicação” do credor ao agente fiduciário. Ciente desse fato, o agente fiduciário, nos dez dias subsequentes, comunicará ao devedor que lhe é assegurado o prazo de vinte dias para vir purgar o débito, devendo ambas as comunicações serem realizadas por meio do Cartório de Títulos e Documentos. Não sendo purgado o débito, conforme estabelece o art. 32, o agente fiduciário promoverá a publicação de editais e fará realizar, dentro quinze dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado, levando o imóvel a segundo público leilão nos quinze dias imediatos, se o maior lance obtido no primeiro for inferior ao saldo devedor no momento, acrescido de quaisquer outras obrigações contratuais vencidas do devedor, conforme aduz os art. 32, parágrafos 1.º e 2.º. Por fim, nos termos do art. 37, verifica-se que uma vez efetivada a arrematação, será emitida a carta de arrematação assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário e por cinco pessoas físicas, absolutamente capazes, testemunhas instrumentárias, sendo este o documento hábil para a transcrição no Registro de Imóveis.

Assim, analisando os artigos mencionados de forma unilateral, sem, contudo expressar ponto de vista, uma vez efetivada a alienação do imóvel, verifica-se que os mesmos estariam ferindo algumas garantias constitucionais, dentre as quais se destacam: Acesso à Justiça; plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; juiz natural ou pré-constituído; prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável; da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais. (DANTZGER, 2007, p. 98)

O texto legislativo em análise torna-se inconstitucional, pois não assegura o princípio do devido processo legal. Pedro Lenza (2008, p. 628) assevera que para que o indivíduo seja privado de seus bens é necessário um processo judicial que contemple a ampla defesa e o contraditório.

Misael Montenegro Filho (2009, p. 38) adverte que o princípio do devido processo legal apresenta-se em plano superior em relação aos demais encartados no texto da Constituição Federal, pois outros princípios estão intimamente ligados a ele tais como o contraditório e a ampla defesa. Esse também é o entendimento de Alexandre Freitas Câmara:

Dos princípios constitucionais do Direito Processual o mais importante sem sombra de dúvida, é o do devido processo legal. Consagrado no art. 5º, LIV da constituição da República este princípio é, em verdade, causa de todos os demais. Quer-se dizer, com o que acaba de ser afirmado, que todos os outros princípios constitucionais do Direito Processual, como os da economia e do contraditório — para citar apenas dois —, são corolários do devido processo legal, e estariam presentes no sistema positivo ainda que não tivessem sido incluídos expressamente no texto constitucional (FREITAS, 2004, p. 31-32).

Ademais, além do devido processo legal, é necessário à existência de um órgão competente para presidir, impulsionar e julgar o processo. Tal órgão deve ser investido constitucionalmente na função nos termos da lei e deve também ser competente e imparcial (FREITAS, 2004, p. 31-32).

Assevera Glézio Rocha (1971, p. 51) que ao legislador ordinário não é conferido o poder de criar órgãos judicantes e muito menos criá-los fora do Poder Judiciário, mediante tentativa de limitar sua atuação, e quebrando a harmonia dos poderes consagrada na Constituição Federal. O monopólio da função jurisdicional é atribuído ao Poder Judiciário. Segundo Alexandre Câmara Freitas, a garantia do devido processo legal exige uma igualdade substancial das partes e a observância da sistemática processual estabelecida também como garantida das partes.

Deve-se entender a garantia do acesso à justiça como uma garantia de “acesso à ordem jurídica justa”,[...]. Isto porque não se pode ver neste acesso mera garantia formal de que todos possam propor ação, levando a juízo suas pretensões. Esta garantia meramente formal seria totalmente ineficaz, sendo certo que obstáculos econômicos (principalmente), sociais e de outras naturezas impediriam que todas as alegações de lesão ou ameaça a direitos pudessem chegar ao Judiciário. A garantia do acesso à justiça (ou, como preferimos, do acesso à ordem jurídica justa) deve ser uma garantia substancial, assegurando-se assim a todos aqueles que se encontrem como titulares de uma posição jurídica de vantagem e que possam obter uma verdadeira e efetiva tutela jurídica a ser prestada pelo Judiciário (FREITAS, 2004, p. 34).

Diante do exposto, pode-se afirmar que a utilização do meio extrajudicial como forma de resolver o litígio, mostra-se contrária ao princípio do devido processo legal, gerando, dessa forma,

inconstitucionalidade do procedimento. Tal afirmativa se torna viável aos que defendem a inconstitucionalidade do procedimento extrajudicial, primeiramente em face do art. 31 do Decreto-lei 70 de 1966 atribuir ao agente fiduciário à condução do processo executivo. Ao realizar tal substituição, o legislador usurpou do poder judiciário sua função precípua, indelegável e própria nos termos da Constituição Federal que prevê em seu art. 5º inciso XXXVII a impossibilidade de juízo ou tribunal de exceção. Esse é o entendimento de Pedro Lenza.

A Constituição estabelece que não haverá juízo ou tribunal de exceção, não podendo ninguém ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.[...] Assim, o que se veda é a designação ou criação, por deliberação legislativa ou outra, de tribunal (de exceção) para julgar, através de processo (civil, penal ou administrativo), determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência de tribunal, não abrangendo na aludida proibição a **Justiça especializada**, nem tampouco **tribunais de ética**, como o da OAB, cujas decisões administrativas (disciplinares) poderão ser revistas pelo Judiciário. Acrescentamos, ainda, que a **prerrogativa de foro** não afronta o princípio do juiz natural ou legal (*gesetzlicher Richter*) (exemplos: arts. 100, I e II, do CPC e 52, I, da CF/88). No mesmo sentido, nas hipóteses de competência relativa, por convenção das partes e dentro dos limites legais, não há qualquer vedação em relação aos **foros de eleição**. Conforme vimos, (cf. item 14.8.20), também não se caracteriza qualquer violação ao princípio do juiz natural a instituição do **juízo arbitral** (LENZA, 2008, p. 618-619).

Ademais, verifica-se que o executado, não possui defesa quando exposto o procedimento extrajudicial, pois, não lhe foi dado qualquer possibilidade de utilizar o instituto da ampla defesa, não lhe restando alternativa senão a liquidação da obrigação pelos critérios utilizados pelo credor (DANTZGER, 2007, p. 99).

Das lições de Ernane Fidelis dos Santos, verifica-se que o Decreto Lei 70 de 1966, em seu artigo 31, ao autorizar pessoa diversa da investida pela Constituição Federal como competente para executar os bens do devedor, fere o devido processo legal.

É evidente que tal preceito está eivado de inconstitucionalidade, já que atribui à autoridade administrativa função meramente jurisdicional. As conseqüências contratuais e a consolidação da propriedade em desacordo, ainda que eventuais, configuram autêntico litígio, cuja solução, se não houver a autocomposição, é da competência exclusiva do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), feridos ainda os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (ines. LIV e LV) (SANTOS, 1999, p. 261).

A Constituição Federal não ratifica o mencionado diploma legal infraconstitucional, dessa forma, não subsiste eficácia das normas contidas no decreto-lei que possibilita a expropriação privada do bem pelo credor. Ademais, este ato afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição,

devido ser considerado nulo o ato jurídico expropriatório, levado a efeito com fundamento na citada norma. Portanto, Decreto-lei 70 de 1966, de fato, no conceito da corrente que o repele, mostra-se teratológico, pois cuida de uma execução privada, figura-se um caso típico de autodefesa que é a resolução da situação litigiosa pela própria parte, com a imposição do seu interesse em detrimento do interesse ou mesmo dos direitos da parte adversa, não admitida no ordenamento jurídico brasileiro (DANTZGER, 2007, p. 100).

Esse é o entendimento de Glézio Rocha (1971, p. 56-57) ao afirmar que o procedimento executório criado pelo Decreto-lei 70 de 1966 é sumário, instaurado mediante simples “participação” do credor ao agente fiduciário, sem qualquer exigência de fundamentação e prova. Em nenhum momento assegura ao executado o direito ao contraditório e a ampla defesa. O mencionado procedimento não faculta ao devedor o direito de ser ouvido; opor defesa que julgue cabível; não existe fase cognitiva; ausente, ainda, previsão recursal, e não cogita sequer da pessoa do devedor como sujeito processual; não estabelece relação entre autor e réu, mas apenas entre o autor e o agente fiduciário. Impondo este, mediante o pedido daquele, ao devedor a obrigação de pagar dentro de um prazo fatal, sob pena de perda automática da propriedade.

O mencionado Decreto-lei não oferta ao devedor à oportunidade para o exercício da defesa, este não pode mostrar um possível equívoco quanto ao valor da dívida, a fim de discuti-lo, obter uma decisão sobre o real montante devido, pois a execução extrajudicial não oferece condições para o exame do critério utilizado no cálculo da dívida ou do reajuste das prestações. Inicialmente, compete ao Judiciário julgar se é indevida a resistência do autor e, conseqüentemente, impuser ao réu a submissão ao interesse legítimo do autor ou, em sentido contrário, se está à resistência do réu amparada no direito, impor, neste caso, ao autor a obediência ao império da lei, para que se abstenha de exigir o que não lhe é devido, ainda não lhe é devido ou deixou de ser-lhe devido (ROCHA, 1971, p. 5).

Outro ponto a destacar reside na imprestabilidade do título obtido, mediante a arrematação, baseada no art. 37, § 2.º do Decreto-lei 70 de 1966, propiciar a imissão na posse, ainda que devidamente inscrito ou transcrito no Registro de Imóveis. Tal afirmativa mostra-se verdadeira, pois o mencionado

artigo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. As normas procedimentais do Decreto-lei n.º 70/66 são anteriores à vigente Constituição. Em face da mencionada norma, contrariar o texto atual da Constituição Federal de 1988, tornam-se imprestáveis (DANTZGER, 2007, p. 100).

Pontes de Miranda (1967, p. 415-416) esclarece que, sendo a lei inconstitucional editada após a Constituição, o autor a reputa nula, existente, porém não válida, competindo ao Judiciário declará-la não aplicável ao caso julgado e dependendo sua suspensão ou interrupção de vigência, de ato do Senado Federal. Lado outro, sendo a lei inconstitucional anterior à Constituição, entende que esta, dispondo de modo diverso ou incompatível com aquela, já a revogou, não dependendo daquele ato do Poder Legislativo.

Com a promulgação da atual Constituição Federal, que data de 1988, o uso de tal procedimento extrajudicial, previsto no Decreto-lei 70 de 1966, teria se tornado de execução impossível, pois aquele diploma legal jamais teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em especial, por ferir os princípios constitucionais constantes do art. 5º incisos XXXV, LIV e LV.

De todo o exposto, conclui-se que, em vista da Constituição Federal de 1988, ser indubitosa quanto à inconstitucionalidade do Decreto-lei 70 de 1966, pois este atribui ao agente fiduciário à presidência do processo de execução extrajudicial, extirpando da apreciação do poder judiciário o monopólio da jurisdição, função indelegável e própria do juiz natural, provido das garantias e investido na forma constitucionalmente exigida, único capaz de assegurar a imparcialidade no tratamento das partes. Ademais, ao delegar o poder de executar bens do devedor, a cargo de pessoa jurídica de direito privado, tem-se a morte do devido processo legal, pois, como dito alhures, este é inexistente no procedimento extrajudicial. Ora, a mencionada execução é manejada pelo próprio credor, por meio de entidade por ele contratada, ferindo os direitos e garantias constitucionais analisados (DANTZGER, 2007, p. 102).

## **6 A CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO EXECUTÓRIO REGULADO PELO DECRETO-LEI 70 DE 1.966 E COBRANÇA EXTRAJUDICIAL PREVISTA NA LEI 9.514 DE 1.997**

Ultrapassada a análise das razões que concluem se tratar de inconstitucional o procedimento executório regulado pelo Decreto-lei 70 de 1.966 e, por analogia, a cobrança extrajudicial prevista na Lei 9.514 de 1997. Cumpre, neste ponto, destacar os argumentos e as razões que existem a favor da constitucionalidade dos referidos diplomas legais. Forçoso destacar os temas já apresentados, que terão de ser, invariavelmente, reexaminados, à medida que razões favoráveis à constitucionalidade do procedimento extrajudicial surgirem.

Tal confrontação de argumentos se mostra fundamental para que seja possível se chegar a uma conclusão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Para uma análise mais perfunctória, faz-se mister comparar os argumentos que se levantaram, tanto da vigência da Constituição precedente quanto da atual, em relação ao confronto do Decreto-lei 70 de 1966, face aos mencionados textos constitucionais, com o intuito de vislumbrar, na alienação fiduciária de bem imóvel, a existência ou não do vício de inconstitucionalidade (DANTZGER, 2007, p. 102-103).

Extrai-se dos ensinamentos de Melhim Namem Chalhub (2000, p. 297-298), nos termos da Lei 9.514 de 1997, que a mora é *ex re*, à medida que o contrato estipula termo certo para cumprimento da obrigação de pagar as prestações. Por isso mesmo, o não pagamento de alguma das prestações configura de pleno direito a mora, independente de notificação conforme estipula o art. 397 do Código Civil.

Observa Orlando Gomes (1975, p. 100) que a notificação serve apenas como documento de prova para o credor, pois comprova que este praticou inequívoco ato de inadimplência, sendo desnecessária. Cumpre ressaltar que o devedor não incorre em mora no dia da expedição da carta. O que caracteriza a mora é o não pagamento da dívida no vencimento. Melhim Namem Chalhub (2000, p. 297-298) afirma que a notificação do devedor tem a função de comprovar a mora, entretanto, cumpre o papel de proporcionar oportunidade para o devedor operar a purgação. Para cumprir o papel assessório, é fundamental que a notificação leve consigo o demonstrativo dos valores em cobrança, a exemplo da regra do art. 614, II, do Código de Processo Civil.

Em face do teor informativo, tem-se que a notificação, por si só, não encerra qualquer lesão de direito do devedor. Ao revés, constituindo apenas um meio de cientificação compatível com a natureza do contrato. Fato incontroverso reside que, na iminência de qualquer lesão, o devedor não está proibido de buscar a tutela jurisdicional, ao revés, inobservância de alguma formalidade ou de algum requisito contratual ou legal dá ensejo o ajuizamento de medida judicial para reprimir ou evitar a mencionada lesão, pois as normas que tratam da notificação não obstruem o direito de ação, possibilidade de utilizar a ampla defesa tampouco o contraditório, mediante a ação própria para a espécie (CHALUB, 2000, p. 299).

Já ao teor do art. 31, inciso IV, do Decreto-lei 70 de 1966, cuja redação foi dada pela Lei 8.004/1990, tem-se que é fundamental a cópia dos avisos reclamando pagamento da dívida, expedidos segundo instruções regulamentares relativas ao Sistema Financeiro da Habitação, para que se processe a execução extrajudicial. Dessa forma, esta somente pode ter início após ser dada ao devedor ciência de sua situação de mora. Em que pese a necessidade de cientificação, uma vez noticiada a execução, todos os meios de reação, de resistência extrajudiciais ou judiciais, restam à disposição do mutuário. Soma-se a esta afirmativa a possibilidade inserida no art. 34 do mencionado decreto-lei que prevê expressamente a possibilidade do devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, solver o débito, totalizado de acordo com o artigo 33, e acrescido de encargos (DANTZGER, 2007, p. 103).

Ademais, o ordenamento jurídico, atual, prevê a possibilidade atual da antecipação parcial ou total dos efeitos da tutela, conforme autoriza o do art. 273 do Código de Processo Civil. Com o advento do referido artigo, abriu-se caminho máximo e instantâneo de acesso ao Judiciário, tudo dependendo, única e exclusivamente, da iniciativa do interessado. Outro mecanismo processual importante consiste na aplicação do art. 461 do Código de Processo Civil que disciplina o assunto com os mesmos objetivos, para os casos de obrigação de fazer ou não fazer e o art. 461-A para a entrega de coisa. Nas palavras José Manoel de Arruda Alvim Netto (2000, p. 45), chama a atenção para a possibilidade de provimento antecipado da tutela atuar em favor do devedor, tornando efetiva a garantia constitucional.

Melhim Namem Chalhub (2000, p. 306-307) afirma que, se existisse qualquer fundamento amparando a tese de que a execução extrajudicial confrontaria o princípio do livre contraditório, esse teria absolutamente desaparecido, pois os referidos textos legais têm por objetivo prevenir o dano, acima de tudo, e estão ao alcance de todos, como que preceituado constitucionalmente.

No que se refere à execução extrajudicial, tem-se que esta não traduz em uma novidade ou na acepção da palavra “criação” do Sistema Financeiro da Habitação. Ao revés, como assevera Zilda Tavares (2005, p. 95), a sistemática jurídica da execução extrajudicial dos imóveis dos mutuários inadimplentes, como resposta à necessidade de cobrança rápida dos créditos integrantes, remonta do Direito Francês, bem como desde 1903, já existia no direito pátrio dispositivo similar: a Legislação dos Armazéns Gerais.

O objetivo do legislador em autorizar a execução, por meio extrajudicial, reveste-se em uma tentativa de atingir um efetivo equilíbrio entre a atuação do Estado e a do indivíduo. Aquele atua na busca de recursos crescentes para a moradia, preocupação eminentemente social, este tem liberdade de usufruir de planos habitacionais que são oferecidos 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. Entretanto, das lições de Zilda Tavares (2005, p. 95) verifica-se que o objetivo da atividade traduz-se na segurança do investidor com o escopo de garantir facilidades e rapidez no que se refere ao retorno do crédito.

Dessa forma, o que se busca é facilitar o desenvolvimento de um mercado secundário de valores imobiliários e, especialmente, tranquilizar os investidores quanto à segurança do fluxo de retomo, com a instituição da alienação fiduciária em garantia para os bens imóveis. Almeja-se um instrumento jurídico mais dinâmico, confirmando a ideologia do Sistema Financeiro Imobiliário, por meio de legislação especial, de não ter cunho social, ao contrário, objetiva o lucro, com argumento de desenvolver o setor da construção civil e geração de empregos, fornecendo crédito ao setor, com a circulação de títulos de créditos (DANTZGER, 2007, p. 106).

Melhim Namem Chalhub (2000, p. 318-319) destaca que o legislador apenas objetivou permitir rápidas medidas judiciais de recuperação de crédito e fomento da economia, cuja importância para a manutenção da política habitacional é inquestionável. Deve-se ressaltar que oferta de crédito é fundamental, pois traduz-se em elemento propulsor da atividade produtiva. Destaca, também, que os mecanismos adotados pelas normas especiais que disciplinam procedimento extrajudicial se ajustam a essas necessidades, harmonizando o interesse coletivo da oferta de crédito com as garantias individuais emanadas da Constituição.

Orlando Gomes elenca os argumentos invocados em favor da constitucionalidade da execução extrajudicial nos termos do Decreto-lei 70 de 1966, a saber:

Diversos argumentos são invocados em favor da constitucionalidade das disposições assecuratórias da cobrança extrajudicial das dívidas vinculadas ao sistema financeiro da habitação, mas, em resumo, arguem-se principalmente os seguintes:

- 1.º) não se impede, nem se proíbe, o acesso à via judicial;
- 2.º) se há lesão de direito no caso, quem a sofre é o credor por efeito do inadimplemento do devedor; e é a ele, credor, que a Lei faculta a escolha da via extrajudicial;
- 3.º) ao devedor não é defeso buscar a via judicial em qualquer fase da execução extrajudicial (ou, acrescente-se, antes dela), não estando excluída, por conseguinte, a cognição pelo Poder Judiciário;
- 4.º) há exemplos na legislação nacional de execução ou cobrança por via extrajudicial (no penhor, na alienação fiduciária em garantia, na falência) sem que jamais se houvesse argüido a inconstitucionalidade das disposições que as autorizam;
- 5.º) a própria Lei (Dec.-lei 70/1966) prevê o controle jurisdicional (art. 37) ainda que *a posteriori*, exigindo carta de arrematação na venda por leiloeiro que, transcrita no Registro de Imóveis, possibilita ao adquirente imitir-se, por meio de concessão liminar, na posse do bem;
- 6.º) por último, responsabiliza o agente fiduciário que, mediante comprovada má-fé, alienar imóvel pela via extrajudicial (GOMES, 1972, p. 380).

A execução extrajudicial deve ser sempre interpretada pela sua constitucionalidade, não se admitindo outra forma, pois como assevera o citado autor, o instituto não viola preceitos constitucionais, por que a lei não excluiu do Judiciário qualquer lesão de direito. Ao revés, ao devedor hipotecário, sempre que entender lesado o seu direito individual, está assegurado o direito de propor às ações cabíveis a espécie tais como: consignatória; prestação de contas ou; qualquer outra modalidade de acautelamento do direito (GOMES, 1972, p. 380).

Portanto, não há de se falar em afronta ao devido processo legal, vez que este é respeitado. Ademais, a execução extrajudicial é faculdade, “um plus”, da lei

que a instituiu não obrigação. Só não haveria controle jurisdicional se o próprio texto de Lei assim dispusesse.

Ressalta-se também que o citado decreto-lei possibilita a purgação do débito, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, sem prejuízo do recurso ao Poder Judiciário, bem como, em seu art. 40, impõe a rigorosa sanção ao agente fiduciário que não agir legalmente. O devedor antes do início da execução, conforme o disposto no art. 31, quando tiver fundada razão para pôr em dúvida imparcialidade ou idoneidade do agente fiduciário eleito no contrato, poderá pedir ao juízo competente a sua destituição nos termos do art. 41, §1.º.

Analisando as alegações favoráveis e não favoráveis à constitucionalidade do Decreto-lei 70/1966, verifica-se que o referido diploma legal não subtraiu da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Ao revés, ao devedor é facultado interpor as medidas processuais que entender cabíveis a espécie, bem como toda vez que sentir-se ameaçado por qualquer lesão ou ameaça ao seu direito tem à sua inteira disposição inúmeras ações judiciais onde poderá exercer as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Dentre as ações que podem ser manejadas pelo ofendido destacam-se: ação cautelar com pedido de liminar; ação ordinária com pedido de tutela antecipada; ação de consignação em pagamento; ação anulatória de ato jurídico; ação revisional de cláusulas contratuais cumulada com repetição de indébito.

Ademais, o procedimento executório extrajudicial não priva do imóvel o mutuário inadimplente sem o devido processo legal, antes, a própria lei prevê a afastabilidade do agente fiduciário que não se mostrar imparcial, conforme preceitua o art. 41, § 1º.

Neste ponto deve-se esclarecer que os autores que advogam em prol da constitucionalidade pregam que, tanto pelo Decreto-lei 70/1966, no que concerne à execução extrajudicial, como pela Lei 9.514/1997 no tocante à alienação fiduciária do bem imóvel, afirmam que os credores buscam o adimplemento contratual, pois, é este que fomenta o círculo virtuoso de geração de novos negócios. Sendo repudiado o desapossamento imotivado de qualquer devedor. A Lei 9.514/97 pretende-se resolver os problemas do mercado imobiliário e não aumentá-los (DANTZGER, 2007, p. 108-109).

Melhim Namem Chalhub (2000, p. 314) destaca que o entendimento pela inconstitucionalidade não tem merecido acolhida nos tribunais superiores, pois as decisões reconhecem a constitucionalidade do procedimento da execução extrajudicial do Decreto-lei 70, de 1966, sob vários argumentos, dentre os quais se destacam:

- não há limitação ou redução do campo de defesa devedor, ao qual está assegurado o direito de propor ações cabíveis (consignatória, prestação de contas ou qualquer outra) sempre que entender lesado seu direito;
- só não haveria o controle judicial se o próprio texto da lei assim dispusesse;
- Decreto-lei 70/66 possibilita a purgação da mora a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, sem prejuízo de recurso ao Judiciário;
- Decreto-lei 70/66 impõe severa sanção ao agente que não agir legalmente;
- devedor, antes do início da execução, quando tiver fundada razão para pôr em dúvida a imparcialidade ou idoneidade do agente fiduciário eleito no contrato, poderá pedir em juízo sua destituição (DL 70/66, arts. 31 e 41,§ 1) (CHALUB, 2000, p. 314).

Destaca também Melhim Namem Chalhub (2000, p. 314) que no procedimento extrajudicial, previsto no Decreto-lei 70 de 1966, é fundamental a prévia cientificação da parte para assegurar ampla defesa, uma vez que esta somente se torna possível a partir do momento em que se efetiva a notificação, pois é por ela que se dá ciência do prazo ao devedor, ciência essa que viabilizará a resistência do devedor, por quaisquer dos meios admitidos em direito, judiciais ou extrajudiciais. Saliencia o mencionado autor que a notificação torna-se fundamental para a corporificação do contraditório, pois, uma vez possuidor da informação, nada obsta que o devedor oponha resistência. Outro ponto a destacar reside na certeza de que o Decreto-lei 70 de 1966 não admite ato ilícito, fraude, simulação ou comprovada má-fé do agente fiduciário. Nesses termos, existe previsão legal no art. 40 e 41 de reparação de todas as perdas e danos ao devedor, quando o agente ocasionar prejuízo com a alienação indevida do imóvel.

O indigitado Decreto-lei prevê o rito do leilão e o controle jurisdicional posterior, além de possibilitar, em rito ordinário, a verificação das alegações do devedor. Ora, os atos tendentes a levar a bom termo a execução extrajudicial podem e devem ser revistos pelo Poder Judiciário, caso se desviem ou extrapolem os ditames constantes no Decreto-lei 70/1966, em cujos dispositivos não consta, jamais, a exclusão da participação do Poder Judiciário, na hipótese de violação dos direitos individuais. Conclui-se que nada tem de inconstitucional o procedimento executório previsto no Decreto-

lei 70/1966, que se afigura como texto da lei perfeitamente recepcionado pela Carta Magna de 1988, e, portanto, plenamente válido.

A consolidação da propriedade fiduciária em nome do fiduciário, na forma prevista pela lei, embora se dê extrajudicialmente, nada tem de inconstitucional.

Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 1.280) defende que jamais será tolhido ao devedor fiduciante inadimplente o acesso ao Judiciário para que se proceda o controle jurisdicional. Ao revés, a apreciação do órgão judicante é admissível em dois momentos e com duas finalidades fundamentais. Primeiramente, quando da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento perante o registro imobiliário destinado a esse fim (Lei 9.514, de 20.11.1997, art. 26 e parágrafos), é lícito ao devedor fiduciante impugnar em juízo as exigências do credor ou mesmo a regularidade do procedimento. Ou se preferir, em um segundo momento, lhe é facultado, sem prejuízo de trazer à discussão o próprio registro que haja sido feito na matrícula imobiliária (Lei 9.514, art. 26, § 7.º), poderá ele discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão conforme art. 27 da indigitada lei. Tudo com apoio da promessa constitucional de acesso à Justiça, que a lei não arreda nem poderia arrear (CF, art. 5.º, inciso XXXV).

Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 1.280) ratifica seu entendimento e elenca as hipóteses pelas quais, a tutela jurisdicional irá amparar o fiduciante, devedor, quando tiver seu direito turbado, de forma indevida, pelo credor, fiduciário, a saber:

a) admissibilidade de reclamações referentes ao próprio contrato e às cláusulas que contêm, inclusive mediante ações declaratórias a serem propostas pelo devedor;

b) possibilidade de impugnar o procedimento instaurado perante os cartórios do registro imobiliário, seja mediante negativa da mora, seja com a alegação de vícios do procedimento em si mesmo;

c) oferta de meios idôneos para a discussão do valor pelo qual o bem garantidor haja sido transferido à terceiro.

A dívida extingue após o segundo leilão, quer o valor arrecadado seja superior, igual ou inferior ao débito. Entretanto não constando sobra ou sendo declarada uma sobra que não satisfaça o devedor, sempre poderá este pedir em

juízo o reconhecimento de seu direito ao valor que entende devido. Estando assim aberto o Poder Judiciário para enfrentar com realismo e sem preconceitos todas as questões que por ventura os litígios suscitarem (DINAMARCO, 2002, p. 1.280).

Analisando a alienação fiduciária de bens imóveis, Marcelo Terra (1998, p. 53) também sustenta explicitamente a plena compatibilidade do procedimento extrajudicial de cobrança e leilão em caso de mora do devedor. O autor manifesta da seguinte forma:

Muito se discutirá a respeito dos aspectos constitucionais do leilão extrajudicial, razão pela qual manifesto, de pronto, minha opinião pela absoluta compatibilidade do procedimento em tela com os ditames da Constituição Federal, por respeitar as garantias individuais de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (art. 5.º, inciso XXXV) e de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5.º, inciso LIV) (TERRA, 1998, p. 53).

Adverte Marcelo Terra (1998, p. 53) que o leilão extrajudicial somente será realizado após a consolidação da plena propriedade na pessoa do credor, fiduciário. Ademais, a referida consolidação está indissolavelmente condicionada à preexistência de débito precedido de mora não purgada pelo devedor, fiduciante. Tais requisitos são fundamentais, como já dito alhures, uma vez que se o fiduciante tiver justa causa para o não pagamento de sua dívida, ou se houver razão para impugnar qualquer formalidade do procedimento de intimação ou de realização do leilão extrajudicial, ele poderá, sem qualquer embaraço, demandar judicialmente antes, durante ou posteriormente ao leilão. Ratifica o supracitado autor que o acesso ao judiciário é inafastável. Devendo, este último, toda vez que instado pelo interessado, decidir a respeito de todas as questões pertinentes. Seria efetivamente inconstitucional se a disposição legal vedasse ao devedor, fiduciante, o direito de demandar a respeito de qualquer aspecto do contrato de alienação ou do procedimento decorrente do seu próprio inadimplemento.

Marcelo Terra (1998, p. 54) arremata o tema afirmando que além da garantia de acesso irrestrito ao judiciário o preceito constitucional de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal também não é violado. “A uma pelo fato de o devedor (fiduciante) ser somente titular de direito real expectativo de se tornar proprietário e não proprietário, pois ao transmitir em garantia ao credor (fiduciário), aquele

voluntária e anteriormente já se despojara da propriedade. A duas porque o leilão extrajudicial necessariamente se realiza posteriormente após a consolidação da propriedade plena na pessoa do credor (fiduciário)”, que, na visão do autor, depende da mora não purgada pelo devedor, fiduciante.

E ainda, Narciso Orlandi Neto (1997, p.73) entende que a tendência dos Tribunais deve ser de aceitar a constitucionalidade diploma legal que disciplina o procedimento extrajudicial de cobrança no tocante à alienação fiduciária de imóveis. O autor afirma que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que os dispositivos do Decreto-lei 70/66 não são inconstitucionais, continuam em vigor e não foram revogados nem pelo Código de Processo Civil. Entretanto as disposições mais gravosas previstas na Lei 9.514 de 1997 serão temperadas e abrandadas com os princípios apontados no Código de Defesa do Consumidor.

Paulo Restiffe Neto e Paulo Sergio Restiffe (2009, p. 168) salientam que no instituto de alienação fiduciária de bens imóveis os efeitos da reversão e de consolidação do domínio se mostram diversos. Os autores explicam que a reversão do domínio pleno a benefício do fiduciante é o efeito ordinário do adimplemento da obrigação pelo devedor. Lado outro, a consolidação da propriedade plena em favor do fiduciário é o efeito extraordinário para excussão da garantia dominial vinculada à obrigação. Frisa-se, é o próprio fiduciante, pelo inadimplemento, que lhe dá ensejo. Não existe reversão ao fiduciário nem consolidação com o fiduciante.

Portanto, não é inconstitucional a alienação fiduciária de bens imóveis, pois, o credor, fiduciário, tem o domínio resolúvel da coisa alienada até a liquidação da dívida garantida, ressaltando-se que o efeito principal da propriedade resolúvel é o desdobramento do domínio, partilhado concomitantemente com dois proprietários. Dessa forma, vencida a dívida e não paga, restando demonstrada a constituição em mora do devedor, e, por fim, constatada a consolidação da propriedade, conforme versa a regra cogente do art. 26 da lei em referência, pode ser reivindicado o bem imóvel alienado fiduciariamente de quem o detém, conforme dispõe o art. 30 da lei em evidência.

Neste ponto Melhim Namem Chalhub (2000, p. 134) afirma que a citada lei abriu perspectivas para que o setor imobiliário viesse a funcionar

em condições compatíveis com a economia de mercado, na medida em que reduz sensivelmente a interferência do Estado e rompe com o princípio do dirigismo estatal que prevaleceu no setor desde que foi implantado o sistema financeiro da habitação, em 1964.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O instituto da alienação fiduciária de coisa imóvel foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. A criação da citada lei pelo legislador foi impulsionada pela crescente necessidade de fomentar o mercado imobiliário que atualmente não consegue cumprir o comando constitucional de “acesso à moradia”. Motivada, também, pelos anseios dos investidores do Sistema de Financiamento Imobiliário em receber o seu crédito de forma rápida em caso de inadimplência por meio da consolidação em definitivo da garantia que lhe foi oferecida, no momento da contratação, ainda que, neste caso específico, lhe seja imposta a obrigação da alienar o imóvel em público leilão, como visto. É verdade que a propriedade fiduciária confere ao credor o poder de constituir a propriedade resolúvel em seu nome, mediante a consolidação da propriedade. Mas isso só ocorrerá se o fiduciante não pagar a dívida.

Tem-se que, neste aspecto, existem divergências quanto à constitucionalidade ou não do procedimento extrajudicial de cobrança e do leilão para fins de realização da garantia. Os autores que defendem sua constitucionalidade destacam que o Poder Judiciário pode ser invocado a qualquer momento, quer antes, durante ou mesmo depois da consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor fiduciário em caso de inadimplemento do devedor. Dessa forma, está a salvo a regularidade constitucional. Lado outro, os autores que defendem sua inconstitucionalidade sustentam que o citado procedimento atribui ao agente fiduciário a presidência do processo de execução extrajudicial, extirpando da apreciação do Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, função esta indelegável e própria do juiz natural, provido das garantias e investido na forma constitucionalmente exigida, sendo o único capaz de assegurar a imparcialidade no tratamento das partes.

Não obstante os argumentos dos que sustentam a inconstitucionalidade do instituto, verifica-se, nos ensinamentos dos que labutam pela constitucionalidade, que o procedimento extrajudicial traduz-se em uma providência salutar, pois as outras formas de garantias reais existentes, na prática, já se mostram ineficazes ante a dificuldade e morosidade do processo que as regulam, tornando-as, assim, um fator de desestímulo àqueles que pretendem investir no mercado financeiro imobiliário brasileiro.

Dos argumentos trazidos pelos doutrinadores que defendem a constitucionalidade, somados a jurisprudência nesta mesma direção, verifica-se uma tendência de uniformizar o entendimento de que o procedimento de cobrança e leilão extrajudicial regulado pela Lei 9.514/1997 é plenamente constitucional e válido.

## **REFERÊNCIAS**

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ARRUDA ALVIM. *Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: PUC-SP.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 9.514 (1997). *Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências*. Brasília, DF: Senado, 1997.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COSTA, Valestan Milhomen da. *A alienação fiduciária no financiamento imobiliário*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, v. 11.

FREITAS, Alexandre Câmara. *Lições de direito processual civil*. 11. ed. ver. e atual. Segundo o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

JUNQUEIRA, José de Mello. *Alienação fiduciária de coisa imóvel — Lei 9.514/1997*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEZZARI, Mário Pazutti. *Alienação fiduciária da Lei 9.514/1997*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Processo civil*. São Paulo: Método, 2009.

NARCISO NETO, Orlandi. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Jubileu de Prata (1972-1997, Trabalhos jurídicos, Comemorativos, Editora Oliveira Mendes, 1997).

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sergio. *Propriedade fiduciária imóvel: nas modalidades de financiamento mercadológico e autofinanciamento consorcial e Transmissão dos novos direitos fiduciários seus reflexos na recuperação judicial ou falência (Regime jurídico — Questionamentos— Jurisprudência)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ROCHA, Glézio. *Da execução extrajudicial do crédito hipotecado*. São Paulo: Sugestões Literárias S/A. 1971.

TAVARES, Zilda. *Código de defesa do consumidor e a alienação fiduciária imobiliária*. São Paulo: Método, 2005.

TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia — Lei 9.514/1997, primeiras linhas*. Porto Alegre: SAFE, 1998.