

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)  
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)

Rafaella Ponce de Almeida Guimarães

A INSEGURANÇA JURÍDICA DO LEILÃO EXTRAJUDICIAL COMO FORMA DE  
EXTINÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

Rio de Janeiro

2017

Rafaella Ponce de Almeida Guimarães

A INSEGURANÇA JURÍDICA DO LEILÃO EXTRAJUDICIAL COMO FORMA DE  
EXTINÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Universidade Candido Mendes - Centro,  
como requisito parcial à obtenção do título  
de bacharel em Direito.

Orientadora: Elisabete Cuim Nunes

Rio de Janeiro

2017

Rafaella Ponce de Almeida Guimarães

A INSEGURANÇA JURÍDICA DO LEILÃO EXTRAJUDICIAL COMO FORMA DE  
EXTINÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Universidade Candido Mendes – Centro,  
como requisito parcial à obtenção do título  
de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

Nota (        )

---

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Elisabete Cuim Nunes – Orientadora

---

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Marta Rocha - Avaliadora

---

Prof. Dr. Roberto Nunes - Avaliador

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me fortalecido todos os dias durante a minha graduação, acalmando meu coração com seu amor tão puro e maravilhoso todas as vezes em que precisei.

Aos meus pais, minha irmã e minha madrinha, por sempre acreditarem no meu potencial e serem meu porto seguro em todos os momentos da minha vida. Sem vocês, eu nada seria.

Às minhas amigas que concluíram o ensino médio comigo e hoje continuam junto a mim, apoiando e aplaudindo as minhas conquistas. Em especial, à Paula Medeiros, que acompanhou toda a dificuldade e grandiosidade desse momento bem de perto, sempre me impulsionando com uma palavra amiga.

Finalmente, agradeço ao meu namorado, que é o meu companheiro de todas as horas, sempre me estimulando a alcançar meus objetivos.

Amo vocês.

Obrigada!!

## RESUMO

A evolução do conceito de propriedade trouxe consigo novas formas de percepção da mesma, como a propriedade resolúvel, a fiduciária e a sua forma móvel e imóvel. A propriedade imóvel traz consigo um conceito de propriedade fiduciária que tem início na Roma antiga, ainda somente como *fidúcia*. A palavra *fidúcia* tem sua origem do latim *fiducia*, de confiar, da própria confiança ou fidelidade, significando o pontual e exato cumprimento de um dever. Com o passar do tempo o entendimento foi evoluindo e transferiu-se o ônus pelo não adimplemento da dívida para o patrimônio material do devedor. Desta forma, surgiram as figuras da *fidúcia cum amico* e da *fidúcia cum creditore*. Evoluindo a partir daí, criou-se a propriedade fiduciária que é recepcionada pelo Direito Civil brasileiro como um direito real de garantia, fazendo com que o bem dado em garantia em um contrato traga segurança jurídica ao credor, quanto ao cumprimento da obrigação pactuada. Caso o devedor não cumpra com o contrato, será constituído em mora e, o bem dado em garantia no contrato acessório, vai a leilão extrajudicial como forma de devolver ao credor o valor não pago pelo devedor. A grande divergência está na forma como é realizado o leilão, pois, é extrajudicial e não depende do judiciária para sua efetivação. Dessa forma, alguns autores defendem sua constitucionalidade, alegando nenhuma afronta aos princípios fundamentais; e outros defendem sua inconstitucionalidade com o argumento de que violaria o devido processo legal, entre outros princípios.

**Palavras-chave:** Propriedade. Propriedade fiduciária. Mora. Leilão extrajudicial.

## ABSTRACT

The evolution of the concept of property has brought with it new forms of perception of property, such as resolvable property, fiduciary property and its movable and immovable form. Immovable property carries with it a concept of fiduciary property that begins in ancient Rome, still only as fiduciary. The word fiducia has its origin from the Latin fiducia, to trust, of the own trust or fidelity, signifying the punctual and exact fulfillment of a duty. With the passage of time the understanding evolved and the burden was transferred due to the non-payment of the debt to the material assets of the debtor. In this way, the figures of the cumulative fiduciary and the fiduciary cum creditore appeared. Evolving from that, fiduciary property was created that is received by Brazilian Civil Law as a real right of guarantee, making the good given as collateral in a contract brings legal certainty to the creditor, as to the fulfillment of the agreed obligation. If the debtor does not comply with the contract, it will be made in default and the asset pledged as collateral in the ancillary contract goes to the extrajudicial auction as a way to return to the creditor the amount not paid by the debtor. The great divergence is in the way the auction is carried out, since it is extrajudicial and does not depend on the judiciary for its effectiveness. Thus, some authors defend their constitutionality, claiming no affront to fundamental principles; and others defend their unconstitutionality with the argument that it would violate due process, among other principles.

**Keywords:** Property. Fiduciary property. Mora. Out-of-court auction.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PROPRIEDADE.....	3
2.1	Propriedade resolúvel.....	5
2.2	Propriedade de bem imóvel.....	6
3	PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL.....	9
3.1	Requisitos, constituição e características da propriedade fiduciária de bem imóvel pela lei 9.514/97.....	10
4	EXTINÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL.....	14
4.1	Constituição do devedor em mora.....	15
4.2	Das consequências da inadimplência e consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário.....	17
4.3	O leilão extrajudicial e seu procedimento.....	19
5	EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DO IMÓVEL ALIENADO FIDUCIARIAMENTE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	21
5.1	A defesa da inconstitucionalidade da execução extrajudicial.....	22
5.2	A posição favorável à constitucionalidade da execução extrajudicial.....	23
6	CONCLUSÃO.....	26
7	REFERÊNCIAS.....	28

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a problemática da resolução do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel através do leilão extrajudicial à luz dos princípios constitucionais que sustentam a segurança jurídica individual.

O Código Civil traz o conceito de propriedade fiduciária e deixa as disposições específicas, relacionadas ao bem imóvel, a cargo de lei especial. A lei especial que cuidou do procedimento da propriedade fiduciária de bem imóvel é a Lei 9.514//97. Nessa lei encontra-se todos os procedimentos necessários à extinção do contrato, seja por seu cumprimento ou descumprimento.

Assim, em conformidade com a Lei 9.514 de 1997, o devedor que deixar de cumprir sua obrigação contratual em um negócio jurídico de alienação fiduciária terá seu contrato resolvido e o bem objeto leiloadado, sem a necessidade de ciência do judiciário.

Entretanto, essa possibilidade vai de encontro à alguns princípios fundamentais elencados na constituição, pois toda a dinâmica da perda do bem objeto do contrato se realiza de forma extrajudicial.

Diante disso, o presente trabalho trará os motivos que fazem desse tipo de dinâmica extrajudicial ser completamente aceitável e, inclusive, demasiadamente utilizada como modo de movimentar a economia.

O texto ora apresentado visa analisar exatamente quais preceitos constitucionais fundamentais estariam, na teoria, sendo violados no momento em que é utilizado o leilão extrajudicial como forma de execução da extinção do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel.

Para chegar a esse conflito será necessário, primeiramente, definir propriedade desde sua criação até os dias atuais, utilizando, para tanto, os conceitos históricos e sociais.

Ademais, para o ideal enfrentamento do tema se faz imprescindível destacar o conceito de propriedade fiduciária, bem como sua forma de extinção, através de leilão extrajudicial.

Após, identificados os requisitos e procedimentos emanados de propriedade fiduciária, será determinante verificar as posições a respeito do tema do trabalho.

Com isso, enfrentar-se-á o problema da pesquisa, qual seja, a constitucionalidade do procedimento.

O tema torna-se relevante justamente por apresentar-se por demais espinhoso na doutrina brasileira e foi motivado pelo grande crescimento de contratos de garantia fiduciária ocasionado pelo estímulo à construções civis e compra de imóveis na última década, incentivada por programas governamentais.

Para isso, explorar-se-ão diversos autores do Direito Civil Brasileiro, bem como entendimentos jurisprudências.

## 2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PROPRIEDADE

O conceito de propriedade, apesar de estar em constante transformação para seu aperfeiçoamento, é antigo e mostra que desde os primórdios o indivíduo usou da apropriação de bens para satisfazer suas necessidades.

No princípio a propriedade surgia como forma de adquirir bens de consumo imediato através da terra para sua subsistência, chegando, logo depois, ao domínio de coisas móveis. Esse domínio de bens gerava uma segurança ao indivíduo que cada vez mais ansiava ser único detentor de um bem, na vontade de chamar algo de “seu”.

Tanto no Direito Grego, assim como no Romano, a propriedade surge no início da civilização por meio de lideranças de determinado território e, posteriormente, através da liderança econômica, trazendo a propriedade como um direito absoluto e indisponível.

Na Idade Média a classificação de propriedade é mantida como condição da manutenção da divisão social, ou seja, os poucos que detinham poder social também detinham o poder sobre a propriedade e sobre os demais indivíduos. Nessa lógica, resta claro que o poder e o prestígio poderiam ser medidos em virtude do que possuía cada reino. E é nesse período que a propriedade começa a ganhar um contorno mais próprio dado pelo direito.

Entretanto, é no período da Idade Moderna que a propriedade segue outro direcionamento. Com um contexto econômico propício à circulação de capitais, os sujeitos começam a usufruir de sua liberdade para fazer suas próprias vontades, esquecendo o conceito de uma propriedade absoluta nas mãos de um determinado grupo social. Esse novo conceito de propriedade ganha força juntamente com o contratualismo.

Com isso, o direito de propriedade ganhou sua primeira positivação na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na qual foi garantido ao indivíduo o direito à propriedade como um direito inviolável e sagrado:

Art. 17º. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização. (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789, 1789).

Desde então, a propriedade foi se aperfeiçoando cada vez mais no ordenamento jurídico até chegar na definição que temos hoje no Direito Brasileiro no Código Civil de 2002, aqui transcrita: “Art. 1.228º. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” (LEI Nº 10406/2002, 2002).

Pode-se observar que a propriedade é plena e exclusiva, tendo seu proprietário o direito de usar, gozar, dispor e reaver. O direito ao uso consiste no direito do proprietário de ser beneficiário dos frutos que essa propriedade vier a oferecer. Já o direito ao gozo é o direito do proprietário em explorar economicamente os frutos e produtos advindos do bem, podendo essa exploração ser tanto industrial quanto civil, como é o caso da locação. O direito de dispor é o direito de escolher qual destinação será dada ao bem, podendo ser a destinação material, como a destruição ou deterioração da coisa, ou a destinação jurídica, como a alienação, a hipoteca, etc. Enquanto isso, direito de reaver fundamenta-se na pretensão do titular do bem em tomar para si a dominação da coisa que estava sendo ingerida por terceiro, firmando sua pretensão reivindicatória.

Ainda assim, mesmo sendo individual, a propriedade deve se preocupar e respeitar os direitos coletivos em primeiro lugar, como por exemplo, através da função social dada a ela pelo proprietário. Seguindo esse raciocínio, o Código Civil de 2002 trouxe, além do conceito, os limites e deveres do proprietário ao longo dos 4 primeiros incisos do art. 1228º, vejamos:

§ 1º 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.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. (LEI Nº 10406/2002, 2002).

Logo, seguindo o raciocínio de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald podemos conceituar propriedade como uma relação jurídica complexa formada entre o titular do bem e a coletividade de pessoas. Sendo ela desmembrada, criando várias definições, e uma delas é a propriedade fiduciária que aborda esse trabalho.

## 2.2 Propriedade resolúvel

Observamos até o presente momento que a propriedade, mesmo com todas as transformações sofridas ao longo dos séculos, continua sendo um bem individual, exclusivo e ilimitado. Entretanto, esse conceito pode, inúmeras vezes, deixar de ser regra.

Há alguns casos em que a propriedade deixa de ser um bem de duração ilimitada e irrevogável. Isso ocorre quando ela se detém à uma limitação futura, seja ela certa ou incerta, tornando-se uma propriedade resolúvel.

A resolução da propriedade por causas supervenientes, também chamada por alguns autores de propriedade *ad tempus*, é uma das formas de resolução e ela só ocorre após a transferência do direito, fazendo com que seus efeitos não sejam retroativos, preservando assim, todos os atos praticados pelo proprietário antes da extinção e também o seu direito subjetivo contra o direito *erga omnes*.

Muito diferente da resolução por causa superveniente está a resolução por termo final ou condição, que é a que realmente devemos destacar nesse momento. Ela acontece quando no próprio contrato firmado no momento da transferência da propriedade fica pactuado a possível resolução deste, caso aconteça a situação ou prazo previsto no registro.

Essa limitação futura da propriedade, exercida por um termo final ou condição, deverá estar prevista no próprio título constitutivo para que seja eficaz. Para desenvolver o entendimento sobre o conceito de uma condição ou termo final em um título constitutivo, temos como exemplo a propriedade fiduciária, a retrovenda, etc.

A resolução se efetivará por força de lei ou mesmo por declaração de vontade pautada no título. Então, após resolvida a propriedade, sua extinção terá efeito *ex tunc*, produzindo efeitos retroativos, como prevê o artigo 1.359 do Código Civil de 2002 que diz:

Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha. (LEI Nº 10406/2002, 2002).

Logo, serão extintos todos os direitos adquiridos nesse ínterim, até aqueles adquiridos por terceiros de boa-fé ou as garantias reais gravadas no imóvel, pois, como a condição ou termo final foram registrados em cartório de registro de imóveis, sua oponibilidade é *erga omnes*.

É necessário ressaltar que mesmo a propriedade sendo resolúvel, o proprietário poderá se utilizar de todos os direitos advindos ou constitutivos daquele bem, exercendo a atividade plena sobre a propriedade, ou seja, podendo usar, gozar, dispor e reaver, até que se verifique a condição resolutiva.

Dessa forma, pode-se perceber que a propriedade resolúvel é uma realidade em nosso cotidiano. Seguindo esse raciocínio é necessário continuar o presente trabalho com uma outra vertente da propriedade que é absolutamente primordial para a compreensão desse trabalho de forma clara.

## **2.2 Propriedade de bem móvel**

Até esse projeto alcançar seu objeto de discussão principal é necessário conceituar o bem imóvel, ao passo que já foi explicitado, inclusive em seu efeito evolutivo histórico, o que é propriedade.

Segundo o artigo 79 do Código Civil, “são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”. (Lei n 10406/2002, 2002). O conceito legal é complementado no artigo 80 do mesmo código, no qual é considerado “bem imóvel para efeitos legais os direitos reais sobre imóveis e ações que os asseguram e, também, o direito à sucessão aberta”. (Lei n 10406/2002, 2002).

Seguindo esse raciocínio, vários autores classificam bem imóvel em suas obras. Pablo Stolze e o Rodolfo Pamplona (Stolze, 2012) conceituam bens imóveis como aqueles que não podem ser transportados de um lugar para outro sem alteração de sua substância; já Carlos Roberto Gonçalves (Gonçalves, 2014) dá uma conceituação mais abrangente, afirmando que os bens imóveis podem ser classificados em imóveis por natureza, por acessão natural, por acessão artificial e por determinação legal.

No entendimento de Carlos Alberto Gonçalves, a classificação de bem imóvel se daria de quatro formas, como vimos no parágrafo anterior. A primeira, que classifica o bem por sua natureza, como regra seria o solo, subsolo e espaço aéreo. Porém, como já foi estudado, o conceito de propriedade evoluiu e está em constante aperfeiçoamento.

Com a evolução do conceito de propriedade, o conceito de bem imóvel também sofre alteração em seu entendimento, de forma que não será considerado parte do solo as jazidas, os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica, não sendo, assim, bem imóvel por natureza.

A segunda classificação traz bens imóveis por acessão natural. Esses bens são os acessórios e adjacências naturais dos bens imóveis por natureza, como por exemplo, uma árvore e/ou seus frutos, fontes e cursos de água, pedras, entre outros, pois, todos são considerados incorporados ao solo.

É sabido que a natureza por si só pode modificar o solo; essas modificações são também consideradas bens imóveis. É importante esclarecer que objetos que não constituem parte integrante do solo, não serão considerados imóveis, pois podem ser removidos a qualquer tempo, como um bem enterrado, por exemplo.

A terceira classificação dada por Carlos Roberto, é o bem imóvel por acessão artificial ou industrial. Diferentemente do bem imóvel por acessão natural, o imóvel por acessão artificial só pode ocorrer com a ajuda do homem, de forma que haverá interferência direta na natureza. Esse tipo de bem imóvel se consolida quando o homem incorpora uma coisa de forma permanente no solo.

Essa coisa pode ser uma semente plantada que venha a originar uma plantação, um edifício, construções, coisas que não possam ser removidas sem causar destruição ou modificação. Como é necessário que sejam coisas fixas ao solo, não entram nessa classificação os bens construídos pelo homem, mas que possam ser removidos do local sem causar qualquer dano, como por exemplo, o circo.

Se em alguma ocasião o bem imóvel por acessão artificial for retirado de seu local sem sofrer qualquer dano, ou se para novamente incorporar o local de que foi retirado, continuará sendo bem imóvel.

Por último, apresentam-se os bens imóveis por determinação legal, positivados pelo artigo 80 do Código Civil de 2002. São esses, justamente, os que mais exigem atenção por ter um conceito atribuído por lei. A definição é totalmente distinta do que foi apresentado até então.

Os bens nesse caso serão incorpóreos e imateriais. Segundo Silvio Rodrigues, (Rodrigues, 2003, p. 126) trata-se de diversos direitos aos quais, por circunstância especiais, a lei atribui a condição de imóveis. Nesses casos não confere identidade com a realidade física

Um caso a ser destacado é o direito à sucessão aberta, ao qual é atribuída a qualidade de bem imóvel em referência ao direito à herança, que será sempre bem imóvel.

Os bens imóveis definidos por determinação legal seguem esse viés para que a sua segurança jurídica fosse preservada, principalmente em casos que versem sobre propriedade. Para que não corra o risco de um direito real ou sucessório ser violado.

### 3 PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL

Para entender a definição de propriedade fiduciária é necessário o entendimento dos conceitos já abordados. Assim, é interessante compreender como surgiu e se tornou tão utilizada nos dias atuais.

Para ingressar nesse estudo deve-se entender o significado de fidúcia - vocábulo que deu origem a essa espécie de propriedade. O dicionário define fidúcia como “*gesto confiante, um comportamento ousado, atrevimento, confiança*, pois, no seu íntimo, nada mais é que um contrato de boa-fé e, enquanto elemento da relação obrigacional, provoca o fortalecimento dos vínculos da relação jurídica obrigacional.

A fidúcia se originou nos tempos do Direito Romano como um negócio jurídico no qual o devedor empenhava o seu bem na frente de testemunhas firmando um negócio com força de lei e, a partir disso, a coisa transmitia-se ao credor que a devolveria assim que cumprida a obrigação.

Com o passar do tempo o entendimento foi evoluindo e transferiu-se o ônus pelo não adimplemento da dívida para o patrimônio material do devedor. Desta forma, surgiram as figuras da *fidúcia cum amico* e da *fidúcia cum creditore*.

A *fidúcia cum amico* era tão-somente um contrato de confiança e não de garantia, em que o fiduciante alienava seus bens a um amigo, com a condição de lhe serem restituídos quando cessasse as circunstâncias aleatórias, como o risco de perecer na guerra, uma viagem etc.

A *fidúcia cum creditore* já continha caráter assecuratório ou de garantia, pois o devedor vendia seus bens ao credor sob a condição de recuperá-los se, dentro de certo prazo, efetuasse o pagamento do débito. Conferia uma excessiva vantagem ao credor, pois lhe permitia conservar a propriedade de coisa de valor muito superior ao débito.

Nestas duas espécies de fidúcia nota-se que havia uma transferência da coisa ou do direito para determinado fim, com a obrigação do adquirente de restituí-lo ao alienante depois de cumprido o objetivo que se pretendia.

Segundo Arnaldo Rizzardo (2009, p. 468), o conceito de fidúcia vem a ser o contrato pelo qual o adquirente aparente de um bem se obriga a restituí-lo ao alienante, depois de cessadas as causas que motivaram a venda a fim de certo tempo.

A partir disso, foi trazido ao ordenamento jurídico brasileiro o conceito de propriedade fiduciária como direito real de garantia pela primeira vez em 1965 pela Lei 4.728 (LEI Nº 4728/1965, 1965).

Posteriormente, também foi introduzido no direito brasileiro o conceito de propriedade fiduciária pela Lei nº 9.514/97 (Lei n 9514/97, 1997) através da qual foi definido a alienação fiduciária de coisa imóvel em seu artigo 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”.

Logo, na alienação fiduciária em garantia, encontraremos dois atos fiduciários, quais sejam: de um, a transferência da propriedade em garantia ao proprietário fiduciário e outro, a transferência da posse direta do bem ao devedor.

Finalmente em 2002, o legislador retomou a ideia de propriedade fiduciária e resolveu acrescentar ao seu novo Código Civil um capítulo inteiro sobre ela, nos artigos 1.361 ao 1.368. Entretanto, as definições de propriedade fiduciária contidas nesses artigos da lei não abrangem a propriedade fiduciária de coisa imóvel, somente da coisa móvel.

Com isso, a propriedade fiduciária de bem imóvel passou a ser regulada somente por leis especiais, como obriga o próprio artigo 1.368-A do Código Civil quando diz que “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.” (LEI Nº 10406/2002, 2002).

Atualmente, a lei específica mais utilizada quando se trata de propriedade fiduciária de bem imóvel é a Lei 9.514/97 que regula a alienação fiduciária de bens imóveis, entre outras coisas.

### **3.1 Requisitos, constituição e características da propriedade fiduciária de bem imóvel pela lei nº 9.514/97**

A propriedade fiduciária resume-se propriamente na alienação fiduciária em garantia, pois o negócio jurídico bilateral se concretiza quando o credor adquire a propriedade resolúvel até o momento que cumpre com o adimplemento da dívida.

Sendo o objetivo da propriedade fiduciária garantir a obrigação assumida pelo alienante em prol do adquirente.

Diferentemente do que ocorria nos tempos do Direito Romano, quando criada a fidúcia, não será mais a confiança que sustentará a relação obrigacional nesse momento e, sim, uma cláusula própria inserida no negócio jurídico originário que obrigará o credor de restituir a coisa ao devedor caso este cumpra com a obrigação dentro do prazo e de forma plena e eficaz.

Por isso, segundo Cristiano Chaves (2016, p. 524) “o negócio jurídico de alienação fiduciária é um conjunto de atos coordenados que, desde a fase pré-contratual (tratativas) até a fase pós-contratual, requer que os contratantes atuem com lealdade e cooperação, a fim de que não sejam lesadas as legítimas expectativas comuns, concretizadas pelo princípio da boa-fé objetiva”.

Com o advento da Lei 9.514/97, tentou-se atender as demandas consequentes à evolução social, estimulando o financiamento imobiliário, surgindo então a verdadeira propriedade fiduciária do credor e não mais apenas a garantia sobre a coisa.

Pela referida lei o sujeito ativo da alienação fiduciária será o credor fiduciário. Esse sujeito ativo pode ser pessoa física ou pessoa jurídica, mesmo que essa não seja sob a forma de instituição financeira. Contudo, o mais comum em casos de alienação fiduciária de bem imóvel é o sujeito ativo ser pessoa jurídica de instituição financeira concedente de empréstimo, seguindo as regras constantes no regime do Decreto-Lei nº 911/69.

O devedor será o sujeito passivo na relação obrigacional e também será chamado de devedor fiduciante, e também poderá ser identificado como alienante ou possuidor direto. A única condição imprescindível ao devedor é a capacidade de fato e legitimação para dispor do bem.

Como somente é necessário que o devedor possa dispor do bem, ele não precisa ser o titular do bem dado em garantia. Isso é comum e ocorre quando há a concessão do crédito mesmo que o fiduciante não tenha adquirido a propriedade da coisa, porém, deverá adquirir em momento superveniente tendo seus efeitos eficácia retroativa à data da alienação.

Há também uma possibilidade em que o proprietário do bem não será o devedor. Um terceiro pode dar o bem de sua propriedade ao credor para garantir débito contraído por outra pessoa (devedor). Nesse caso, mesmo o devedor não

sendo o proprietário da coisa, a consequência do inadimplemento recairá sobre o bem oferecido pelo terceiro como garantia.

O objeto da alienação fiduciária será um bem imóvel, podendo ser qualquer daqueles bens imóveis classificados no tópico 2.2 dessa pesquisa, não excluindo a possibilidade de recair sobre a propriedade superficiária.

A alienação será realizada através de um negócio jurídico de natureza obrigacional e seu contrato deverá conter algumas características imprescindíveis à sua eficácia, como ter sua forma escrita, ser bilateral, oneroso e, não menos importante, acessório, pois a obrigação principal não é a alienação fiduciária e, sim, aquela assumida pelo devedor anteriormente, sendo o contrato de alienação fiduciária somente a garantia para cumprimento do negócio principal.

Ademais, como trata-se de bem imóvel também deverá, necessariamente, ser realizado por instrumento público, independentemente do valor atribuído, como forma de garantir a segurança do negócio jurídico e só a partir do registro será constituída.

Além dos requisitos já apresentados, a Lei 9.514 traz outros requisitos formais e específicos do contrato de alienação fiduciária, ocasionando maior credibilidade ao instituto.

Neste sentido os artigos 24 e 25 da Lei em comento foram capazes de definir requisitos formais específicos do contrato de alienação fiduciária de bens imóveis, figurando entre estes requisitos: o valor total da dívida, o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; a taxa de juros e os encargos incidentes; 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; a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão e uma cláusula dispondo dos procedimentos do leilão.

Vale acrescentar que o fiduciante terá a livre utilização do bem devido desmembramento da posse relacionado a alienação fiduciária. A posse será exercida de forma indireta pelo sujeito ativo e de forma direta pelo sujeito passivo da obrigação, de forma que ambos poderão exercer tutela possessória em face de terceiros e serão legitimados à proteção possessória recíproca nos casos que um possuidor desrespeite o direito do outro, tanto o possuidor direto quanto o indireto. Porém,

apesar da posse ser exercida de forma concomitante, os encargos advindos do imóvel serão patrocinados somente pelo devedor fiduciário.

Outra característica que suporta o contrato de alienação fiduciária é ser resolúvel – como já visto – logo, o contrato já nasce com a previsão de sua extinção que será concretizada com o evento futuro do adimplemento integral das obrigações assumidas pelo devedor.

Por consequência, o devedor fiduciante obtém um direito real de aquisição antes mesmo de integralizar o débito, sendo este um direito eventual que converterá sua expectativa de direito em uma propriedade definitiva. Esse direito adquirido está previsto no artigo 1368-B do Código Civil que aproveita para esclarecer que o direito eventual de aquisição não está vinculado somente à pessoa do devedor, pois, pode se transmitir em caráter inter vivos ou causa mortis, podendo integralizar o débito do devedor originário, os herdeiros ou legatários ou o cessionário da alienação fiduciária.

É válido reforçar que o que será transmitido é o direito aquisitivo e não o próprio bem, que continuará sendo propriedade do credor fiduciário.

Outrossim, a propriedade fiduciária também tem como característica o direito real de garantia em coisa própria que garante que ocorrerá a transferência do próprio bem colacionado no contrato ao fiduciário, caso o devedor não cumpra com a sua obrigação. Essa característica é a mais interessante de todas, pois traz a importância e usualidade que tem hoje a propriedade fiduciária.

O motivo da sua grande utilização é que o bem será acrescido ao patrimônio do credor, podendo converter em dinheiro para cobrir o saldo da dívida do fiduciante, em caso de inadimplemento, não necessitando penhorar bens do devedor para garantir o valor faltante, pois a própria coisa garantirá a dívida.

Dessa ordem de ideias, a própria coisa dada em garantia será impenhorável em relação às dívidas contraídas pelo credor fiduciante, pois, por ter somente a posse direta do bem e não a propriedade, não será autorizada a constrição judicial em prol de seus credores pessoais.

#### **4 EXTINÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL**

O contrato de alienação fiduciária poderá ser extinto através do seu integral cumprimento, pela entrega do bem em pagamento da dívida ou pela retomada do bem pelo credor.

Na primeira hipótese, o devedor fiduciante que já possui um direito real de aquisição da propriedade, ou seja, é titular da propriedade em condição suspensiva, cumpre integralmente a sua parte na avença, pagando o débito na sua integralidade.

A partir disso, o devedor recupera o imóvel concedido em garantia, devendo o cumprimento da obrigação averbado na matrícula do imóvel, extinguindo ônus real da alienação fiduciária e extinguindo o contrato.

O termo de quitação e autorização do cancelamento deve ser apresentado pelo fiduciário, em cartório competente, no prazo de trinta dias a partir da liquidação da dívida, sob pena de incidência de multa penitencial de 0,5% do valor do contrato (principal) por mês.

Essa forma de extinção é a que possui mais eficácia, pois as duas partes saem satisfeitas com a resolução do negócio jurídico.

Na segunda hipótese, o devedor fiduciante prefere, em face da impossibilidade ou incapacidade em manter o contrato anteriormente pactuado e a partir da anuência do credor fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensando os procedimentos de leilão previstos no art. 27 da Lei 9.514/97.

Ou seja, o devedor promoverá a entrega do bem alienado ao credor em dação em pagamento, conferindo as partes, quitação recíproca, de forma que, não sobejando saldo para qualquer das partes por força do acordo, torna-se desnecessário o desgastante e oneroso procedimento de leilão.

A forma mais controvertida de extinção do contrato de propriedade fiduciária, ocorre quando o devedor fiduciante deixa de cumprir com a sua obrigação, tornando-se inadimplente.

A partir da inadimplência, o credor terá a faculdade de promover a retomada extrajudicial do bem, nos termos da Lei nº 9.514/1997, levando-o a leilão e, como consequência, devolvendo ao devedor eventual saldo que remanescer, ou, conferindo quitação mútua do contrato, caso o maior lance oferecido seja inferior ao valor da dívida.

#### 4.1 Constituição do devedor em mora

Para que a terceira hipótese de extinção do contrato de alienação fiduciária seja corretamente aplicada, deve ser confirmada a constituição do devedor em mora, que compreende-se ser o atraso ou o não cumprimento de obrigação pactuada.

A natureza da mora da propriedade fiduciária tem entendimentos divergentes. Parte da doutrina defende que a mora do devedor se concretizará a partir do mero vencimento das obrigações contratuais, já produzindo efeitos e outra parte defende que sendo qualificada a mora, é necessária a notificação do devedor para a produção de seus efeitos, mesmo que configurada desde o vencimento da obrigação.

Como os contratos de alienação fiduciária de bem imóveis são regidos pela Lei 5.514/97, não há dúvidas do momento de constituição em mora do devedor. Ela ocorrerá de acordo com o artigo 26, em seu parágrafo primeiro:

Art. 26. 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. § 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação. (LEI Nº 5514/97, 1997).

Sendo assim, a constituição em mora só será efetiva quando depois de intimado, o devedor se mantiver inerte pelo prazo de quinze dias.

A intimação para cumprimento da prestação vencida deve respeitar o esgotamento do período de carência definido no contrato.

Findo esse prazo previsto no contrato, será a intimação realizada pessoalmente ao fiduciante, ou a quem o represente legalmente, podendo ser também promovida por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento. E, sendo casado o fiduciante, o cônjuge também deve ser intimado, excetuado o regime da separação de bens.

Em último caso, a intimação poderá ser feita por hora certa, quando, por duas vezes, havendo suspeita motivada de ocultação, o oficial de registro de imóveis ou de

registro de títulos e documentos não encontrar o devedor em seu domicílio; ou por edital, quando o fiduciante encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, contanto que a intimação siga os pressupostos legais.

Se, após intimado, o devedor resolver pagar o valor da prestação vencida e cumprir as exigências do artigo 26, parágrafo primeiro da lei em questão, estará convalidado o contrato de alienação fiduciária e o próprio oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao credor fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação. E então, o contrato seguirá seu curso normal.

A discussão do momento exato para purgar a mora traz consigo outros conflitos. Segundo o entendimento do STJ, a purgação da mora pode ser realizada a qualquer momento, contanto que a ainda não tenha sido o imóvel arrematado em leilão, mesmo que a propriedade já tenha se consolidado em favor do credor fiduciário.

Isso pois, considerando que o principal objetivo do contrato estudado é o adimplemento da dívida (contrato principal) e não a transferência de titularidade da propriedade do objeto do contrato (contrato acessório).

Logo, se o contrato principal ainda não foi extinto, tem o devedor a oportunidade de purgar a mora. Como entendido na jurisprudência do Recurso Especial nº 1.462.210 - RS (2014/0149511-0)

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. 1.Cinge-se a controvérsia a examinar se é possível a purga da mora em contrato de alienação fiduciária de bem imóvel (Lei nº 9.514/1997) quando já consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário. 2.No âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato não se extingue por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, após a lavratura do auto de arrematação. 3. Considerando-se que o credor fiduciário, nos termos do art. 27 da Lei nº 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, que a principal finalidade da alienação fiduciária é o adimplemento da dívida e a ausência de prejuízo para o credor, a purgação da mora até a arrematação não encontra nenhum entrave procedimental, desde que cumpridas todas as exigências previstas no art. 34 do Decreto-Lei nº 70/1966. 4. O devedor pode purgar a mora em 15 (quinze) dias após a intimação prevista no art. 26, § 1º, da Lei nº 9.514/1997, ou a qualquer momento, até a assinatura do auto de

arrematação (art. 34 do Decreto-Lei nº 70/1966). Aplicação subsidiária do Decreto-Lei nº 70/1966 às operações de financiamento imobiliário a que se refere a Lei nº 9.514/1997. 5. Recurso especial provido. (STJ, 2014).

Entretanto, há tribunais e autores, como Cristiano Chaves (2016) que não compactuam do mesmo entendimento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, pois entendem que com a consolidação da propriedade se concretiza a resolução do negócio jurídico principal e a pretensão de reintegração de posse sobre o imóvel, sendo o leilão somente uma consequência executória, fazendo com que o direito à posse direta seja imediato após a consolidação da propriedade ao credor.

Como forma de gerar um entendimento capaz de satisfazer ambas as partes e cumprir com os princípios contratuais, a legislação, recentemente, através da Lei 13.465/17, caminhou no sentido de permitir a purga posterior da mora, porém, não cancelando a averbação da consolidação da propriedade em nome do fiduciário e determinando a realização de novo negócio jurídico entre as partes, com a renovação da garantia ou alteração da propriedade. Essa mudança legal se encontra assegurada pelo artigo 27 da Lei 5.514/97, em seu parágrafo 2º-B.

É de extrema importância esclarecer que nos casos de financiamento habitacional, se a prestação não for paga dentro do prazo de quinze dias, o cartório do Registro de Imóveis só realizará a averbação em nome do credor fiduciário trinta dias após a expiração do referido prazo e terá o devedor a possibilidade de pagar as dívidas vencidas e seus encargos até a consolidação da propriedade em nome do fiduciário, segundo o artigo 26-A e seus incisos.

Caso esse prazo se encerre sem o pagamento da dívida, terá o devedor de financiamento habitacional o direito de preferência que tratou o parágrafo acima.

#### **4.2 Das consequências da inadimplência e consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário**

Após a efetiva constituição do devedor em mora por sua inadimplência, seguindo todos os requisitos do tópico anterior, será consolidada a propriedade em favor do credor fiduciário.

A consolidação da propriedade em favor do fiduciário traz consigo a agilidade na execução do bem, fator que torna a propriedade fiduciária mais usual, pois todo o procedimento se desenrola extrajudicialmente, como já visto.

Destarte, o efetivo inadimplemento levará a retomada e desapossamento do bem pelo credor, com a conseqüente venda do bem através do leilão extrajudicial. Se o imóvel não for desocupado, o credor, que passa a possuir a propriedade de forma consolidada, pode ajuizar ação de Reintegração de Posse com pedido de liminar para desocupação em 60 dias e tornar a posse do devedor ilegítima, que responderá pela deterioração do bem até a reintegração do fiduciário na posse.

Também poderão ser incluídos nas “despesas” componentes de seu débito os gastos necessários à recomposição do imóvel ao seu estado normal de uso por má conservação do fiduciante.

É necessário esclarecer que se o imóvel estiver locado, poderá esse contrato ser denunciado com o prazo de desocupação de no máximo 30 dias. Entretanto, excepcionalmente, caso haja concordância do fiduciário à locação, o prazo poderá se estender em até 90 dias.

Lembrando que é requisito legal essa condição constar expressamente no contrato de locação em cláusula específica, destacando-se das demais, acautelando o terceiro locatário dos efeitos da extinção de um outro negócio jurídico do qual não é parte, fazendo valer a função social do contrato.

Caso não haja concordância do credor fiduciário, não adiantará o locatário evocar o seu direito de preferência, seja no leilão público ou no momento da consolidação da propriedade, pois o direito de preferência para o locatário se refere somente aos contratos de compra venda, promessa de compra e venda, promessa ou cessão de direitos ou dação em pagamento de imóvel não sujeito ao regime jurídico de garantia da propriedade fiduciária.

Apesar da propriedade estar consolidada em nome do credor fiduciário, não será uma consequência do inadimplemento a possibilidade de direitos plenos e irrestritos do credor sobre o bem. Não podendo, por exemplo, ficar com o bem em pagamento da dívida. Restando obrigado a realizar a venda do bem em público leilão para satisfação do seu crédito, e, ainda, a entregar ao fiduciante o valor que ultrapassar o seu crédito, se a venda ocorrer em primeiro leilão.

É de extrema importância ressaltar o recente entendimento da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça sobre a Teoria do adimplemento substancial não ter aplicação nos casos de inadimplência em alienação fiduciária.

A teoria do adimplemento substancial consiste em impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários

em prol da preservação da avença, pois ocorre quando o adimplemento for realizado de modo substancial, ou seja, se a parte inadimplida é mínima em relação ao todo.

Ainda é um tema bastante discutido, porém, a maioria dos doutrinadores e julgadores levam em consideração a essência do contrato de alienação fiduciária que é a celeridade da execução. Contudo, ainda não é um entendimento pacífico, podendo em alguns casos, não ser consolidada a propriedade fiduciária ao credor em caso de inadimplemento substancial. Como mostra o seguinte julgado:

Apelação. Ação de Busca e Apreensão. Alienação fiduciária. Devedor fiduciante que pagou 49 das 60 prestações do contrato. Adimplemento substancial configurado. Credor fiduciário que pode utilizar meios menos gravosos para a satisfação de seu crédito. Ausência de interesse processual, que enseja a extinção da ação, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC/1973 (atual art. 485, VI do CPC/2015). Legalidade da utilização da Tabela Price para amortização do débito. Capitalização expressamente pactuada. Comissão de permanência e correção pela TR. Incidência não verificada. Inexistência de dano moral. Inadimplemento confesso do devedor. Pedido reconvenicional improcedente. Manutenção da sucumbência. Aplicação do princípio da causalidade. Recurso provido em parte. (TJRJ, 2016).

### **4.3 O leilão extrajudicial e seu procedimento**

Como visto no tópico anterior, constatada a purga da mora, o efetivo inadimplemento levará a retomada e desapossamento do bem pelo credor, com a consequente venda do bem através do leilão extrajudicial.

Uma vez consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário, este deverá realizar, no prazo de trinta dias contados da data da averbação da consolidação no cartório de Registro de Imóveis, o leilão público para a alienação do imóvel, conforme previsto no artigo 27 e seus parágrafos e incisos da Lei 5.514/97.

Então, ocorrerá o primeiro leilão. Se o maior lance oferecido nesse momento for inferior ao valor do imóvel, quantia este estipulado no contrato, nas formas do artigo 24, inciso VI da lei supracitada, será realizado um segundo leilão nos quinze dias subsequentes.

No segundo leilão será aceito o maior lance oferecido, desde que seja igual ou superior ao valor da dívida somada às despesas, prêmios de seguro, encargos legais, inclusive tributos, e contribuições condominiais.

Para esses fins, no seu artigo 27, parágrafo terceiro, o legislador destacou que se entende por dívida o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais. E, entende-se por despesas a soma das importâncias correspondentes aos encargos, custas da intimação e todas as necessárias à realização do leilão público, incluindo as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

A lei determina, em seu artigo sétimo, parágrafo quarto, que, após a venda do imóvel em leilão, deverá o credor entregar ao devedor a importância que eventualmente sobejar em até cinco dias, considerando incluído os valores da indenização de benfeitorias, depois, claro, de deduzido os valores da dívida e despesas descritas no parágrafo anterior.

Se realizado o segundo leilão e o maior lance oferecido não for superior ao valor necessário, se considera extinta a dívida e fica o credor exonerado de entregar ao devedor a quantia que remanescer, conforme determina o parágrafo quarto do artigo 27 da referida lei. Nesse caso, o credor dará quitação ao devedor mediante termo próprio, no prazo de 5 dias, a contar da data do segundo leilão, fato que importará na quitação recíproca, não se aplicando o direito de retenção pelo valor das benfeitorias.

O devedor, mesmo após quitação recíproca, responderá pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições de condomínio e qualquer outro encargo que recaia sobre o bem que foi objeto de leilão, até a data em que o credor fiduciário vier a ser imitado na posse do imóvel.

## 5 EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DO IMÓVEL ALIENADO FIDUCIARIAMENTE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Após o esclarecimento de todas as questões pertinentes a propriedade fiduciária, desde o momento da sua criação até o momento de sua extinção, chega o momento crucial do presente trabalho, a possível inconstitucionalidade no procedimento de execução contido na Lei 5.514/97.

É neste procedimento de alienação extrajudicial do bem em leilão público descrito no tópico acima que parte da doutrina questiona a constitucionalidade e validade, já que poderia, em tese, colocar o devedor em situação de extrema desvantagem.

Importante salientar que o procedimento de execução extrajudicial previsto na Lei nº 5.514/97 se assemelha ao procedimento de execução também extrajudicial instituída pelo Decreto-Lei nº 70/66 (cédula de crédito hipotecária), pois, os artigos 30 a 38 do referido Decreto também preveem procedimento extrajudicial de realização da garantia, cabendo a discussão acerca da constitucionalidade para o procedimento extrajudicial. Por isso, a interpretação dada à execução no Decreto nº 70/66 é análoga à Lei 5.514/97 no que diz respeito à execução extrajudicial.

Os artigos 25 a 30 da lei de alienação fiduciária disciplinam os procedimentos que revestem de agilidade e de segurança a garantia fiduciária, inclusive a reintegração do credor na posse do imóvel, sendo estas as grandes vantagens desse tipo de garantia.

Nessa parte vale destacar, antes mesmo de adentrar na constitucionalidade de alguns artigos dessa lei, que a reintegração de posse se processa em Juízo, enquanto os procedimentos de cobrança, consolidação da propriedade e leilão se desenvolvem no plano extrajudicial. Tratando pontos importantes da efetivação do negócio jurídico de forma distinta.

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. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, 1988).

No entendimento de Melhim Manem Chalub (2000, p. 294), os princípios contidos nesses incisos do 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 analisar a conformidade da lei segundo a 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.

Concomitantemente, os que defendem a violação ao artigo 5º, LIV da Constituição Federal, trazem a questão 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.

Ademais, além desses preceitos fundamentais defendidos por Melhim Manem (2000, p. 294), outros preceitos fundamentais são relevantes na hora de analisar a constitucionalidade da execução extrajudicial, como a função social que deve ser dada a propriedade.

### **5.1 A defesa da inconstitucionalidade da execução extrajudicial**

Para começar a tratar diretamente da possível inconstitucionalidade dessa norma, é necessário falar sobre as garantias que emanam do processo legal - abrangidas anteriormente pela opinião de Melhim Manem Chalub (2000) - que são a ampla defesa e o contraditório, insculpida no artigo 5º, LV da Constituição Federal.

O contraditório consiste no direito de resposta contra qualquer acusação, utilizando todos os meios de defesa para tal. Pois, somente por meio da contra argumentação apresentada à tese é que o poderá ser feito o juízo de julgamento.

Enquanto a ampla defesa decorre do contraditório, pois, é a possibilidade de utilização de todos os meios de defesa legais e morais para resguardar seus direitos.

Com isso, os defensores da inconstitucionalidade do leilão extrajudicial, usam o argumento de que no momento em que o devedor é privado de se contrapor à

vontade do credor de tomar para si o bem em garantia, seus direitos fundamentais não estariam sendo respeitados.

Seguindo esse raciocínio, a execução pelo credor, a partir de mera notificação do devedor contendo o valor a ser pago, não permite que este venha a questionar e discutir os valores que lhe são cobrados, nem sequer impugnar as parcelas que lhe são cobradas.

Ficaria, assim, todo o controle do débito da relação contratual nas mãos do credor, o que a toda evidencia lhe conferiria posição contratual de superioridade, ferindo assim os princípios do contraditório e da ampla defesa acima mencionados.

Ainda, a consolidação da propriedade nas mãos do credor juntamente com sua venda extrajudicial desvalorizaria o princípio da inafastabilidade do poder judiciário da apreciação da questão e condução do processo executório.

O princípio da inafastabilidade do poder judiciário consagra-se no Art. 5º, XXXV da Constituição Federal e estabelece que a lei não poderá excluir da apreciação do judiciário lesão ou ameaça ao direito e, segundo entendimento do Marcelo Novelino (2014, p. 571) não há matéria que possa ser excluída da apreciação do poder judiciário, ressalvadas as hipóteses contidas na própria Carta Magna.

Logo, por esse princípio, inadmite-se a transferência ao poder privado da resolução e da execução dos litígios da sociedade, sob pena de se configurar, na hipótese, a expropriação privada da propriedade alheia sem a participação do Poder Estatal.

Dessa forma, a inobservância destes princípios e garantias asseguradas no bojo da constituição eivaria o procedimento de realização da garantia de forma extrajudicial de inconstitucionalidade, não se admitindo a realização da uma justiça privada, sem a observância dos princípios do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e a inafastabilidade do judiciário. Uma vez que, com isso, afasta do poder estatal a resolução dos conflitos sociais e a expropriação dos bens do patrimônio de uma pessoa.

## **5.2 A posição favorável à constitucionalidade da execução extrajudicial**

Se faz necessário mencionar alguns dos trâmites extrajudiciais a partir da purga da mora pelo devedor, para que, com isso, fique clara a constitucionalidade de cada lesão, de direito e processual, que afeta o devedor fiduciante.

Aqueles que defendem a constitucionalidade da norma, tem para si que a notificação para cumprimento da dívida em atraso, por si só, não produz qualquer lesão de direito do devedor, sendo apenas um meio de ciência compatível com a natureza contratual.

Porém, se assim entender como uma lesão ao seu direito, este não está proibido de buscar a tutela jurisdicional e exercer seu direito ao contraditório ou a ampla defesa, fazendo com que na inobservância de alguma formalidade ou de algum requisito contratual ou legal, fique livre para dar ensejo ao ajuizamento de medida judicial para reprimir ou evitar a mencionada lesão, pois as normas que tratam da notificação não obstruem o direito de ação.

Portanto, estaria assegurado o direito ao devido processo legal e, por consequência, totalmente possível a apreciação pelo judiciário porque em nenhum momento o devedor é privado de recorrer à justiça ou tem seu acesso inviabilizado.

Ao defender a constitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei nº 70/66 e, por analogia, o procedimento previsto na Lei nº 9.514/97, Orlando Gomes (1975), reforça a ideia de que não se impede e nem se proíbe o acesso à justiça, que esse acesso não será defeso ao devedor em qualquer fase da execução.

Ademais, reforçando o argumento pela constitucionalidade da venda extrajudicial do bem, esse procedimento encontra previsão legal e contratual em caso de mora do devedor, não estando este desprotegido ou sem conhecimento do rito que será seguido para a recuperação do crédito, pois o contrato faz lei entre as partes e estas são livres, no momento do pacto obrigacional, para estabelecerem as regras contratuais como melhor as atenderem.

É garantido ao fiduciante, se necessitar sanar alguma irregularidade durante esse processo, ações como consignatória dos valores devidos para a discussão do valor da dívida ou ainda a de prestação de contas, com a finalidade de se apurar eventual saldo existente após a venda do bem em leilão público.

Além disso, o fiduciário ao realizar o leilão extrajudicial conferido em lei, também está trazendo a utilidade do princípio da função social à propriedade em relação ao princípio da ordem econômica, no qual consiste em atingir os interesses coletivos pertinentes a economia.

Com isso, ao defender a constitucionalidade estaria defendendo também a função social da propriedade, já que esta é uma aliada na movimentação imobiliária da economia.

Defende ainda, Orlando Gomes (1972, p.380) que se há alguma lesão de direito, quem a sofre é credor por efeito do inadimplemento do devedor.

Ademais, o procedimento executório extrajudicial não priva do imóvel o devedor inadimplente sem o devido processo legal, sendo necessário recorrer ao judiciário para a reintegração da posse.

Nessa linha de pensamento, afirma Melhim Namem Chalhub (2000, p. 306-307), 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.

Segundo Dantzger (2007, p.106), esse tipo de execução da propriedade almeja um instrumento jurídico mais dinâmico, confirmando a ideologia do Sistema Financeiro Imobiliário, por meio de legislação especial, de não ter cunho social, e, sim, objetivando o lucro.

Nesse passo, deve-se esclarecer 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, os credores buscam somente o adimplemento contratual. Sendo repudiado o desapossamento imotivado de qualquer devedor.

Logo, como visto, o devedor tem toda a possibilidade de socorrer-se pelo judiciário se necessário, como por exemplo, reclamações referentes ao próprio contrato e suas cláusulas, possibilidade de impugnação do procedimento de extinção do contrato de alienação no cartório de registro imobiliário, por negativa da mora ou vícios no próprio procedimento e possibilidade de discussão do valor pelo qual o bem garantido tenha sido transferido à terceiro.

## 6 CONCLUSÃO

Portanto, após a minuciosa análise da evolução histórica do conceito de propriedade, a exposição dos conceitos de propriedade resolúvel, fiduciária e fiduciária de bem imóvel e a conseqüente análise da constitucionalidade do procedimento de execução por meio de leilão extrajudicial, conclui-se que é imprescindível que o contrato de alienação fiduciária tenha o procedimento de extinção colacionado na forma de leilão extrajudicial.

Trazendo, dessa forma, a dinâmica do direito dado em garantia e levando segurança do investidor com o intuito de garantir facilidades e rapidez no que se refere ao retorno do crédito.

Essa forma de desfazimento do contrato se assegura em todos os princípios fundamentais necessários para seguridade da boa-fé contratual.

Ademais, a sociedade sente necessidade de obter a propriedade de seu bem, como forma de segurança social; e, justamente pelo procedimento célere e prático que a alienação fiduciária possui, se torna possível consolidação de uma propriedade para maior parte da população. Pois, no momento em que o devedor deixar de cumprir com a sua obrigação contratual, não corre o risco, o credor, de se utilizar de uma ação judicial que não trará resultados financeiros na maior parte das vezes.

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.

O Estado atua na busca de recursos crescentes para a moradia, preocupação eminentemente social e, por outro lado, o indivíduo tem liberdade de usufruir de planos habitacionais que são oferecidos a partir da obtenção de recursos.

Além de não privar o devedor de todos os seus direitos fundamentais como cidadão, ao realizar o leilão extrajudicial como forma de extinção do contrato acessório, o credor obedece ao princípio da função social do contrato e da obrigatoriedade do contrato.

Por isso, ambas as partes têm igualmente a obrigação, na acepção jurídica do termo, de cumprir com o compromisso assumido, devendo honrar o contrato firmado, que faz lei entre elas, velando pelo seu fiel cumprimento em todos os termos convencionados.

Por isso, a execução extrajudicial deve ser sempre interpretada pela sua constitucionalidade, não se admitindo outra forma, pois, o instituto não viola preceitos constitucionais porque a lei não excluiu do Judiciário qualquer lesão de direito.

Dessa forma, atendidos todos os requisitos previstos na Lei 9.514/97, os ciclos de formação, execução e extinção normal e anormal do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel em garantia, deverão seguir o seu regular curso, sem risco de qualquer intervenção judicial em contrário, desde que observados estritamente os requisitos insertos na legislação especial.

## 7 REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CORREA, Rafael Tavares Bekner. *Alienação fiduciária de bens imóveis e considerações acerca da lei 9514/97*. EMERJ. Rio de Janeiro. out. 2010. Disponível em:<  
[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2010/trabalhos\\_12010/rafaelcorrea.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/rafaelcorrea.pdf)>. Acesso em: 19 dez. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. 31. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil 5*. 12. ed. Salvador: Juspvim, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MAIRINK, Carlos Henrique Passos. *Leilão extrajudicial nos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis, suas repercussões econômicas e constitucionais*. Publica Direito. Rio de Janeiro. nov. 2016. Disponível em:<  
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a6a74cbe87bc600>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas: lei 10406 de 10 de janeiro de 2002*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.