



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Alienação Fiduciária de bens imóveis e considerações acerca da Lei nº 9.514/97.

Rafael Tavares Bekner Correa

Rio de Janeiro
2010

Rafael Tavares Bekner Correa

Alienação Fiduciária de bens imóveis e considerações acerca da Lei nº 9.514/97

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Hustana Vargas
Prof^ª. Mônica Areal
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª. Néli Fetzner
Prof^ª. Kátia Araújo
Prof. Walter Aranha Capanema

Rio de Janeiro
2010

Alienação Fiduciária de bens imóveis e considerações acerca da Lei nº 9.514/97

Rafael Tavares Bekner Correa

Graduado pela PUC-RIO. Pós-graduando pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Faz-se uma análise crítica acerca da alienação fiduciária de bens imóveis como forma de garantia das obrigações e da constitucionalidade do art. 27, §2º da lei 9.514/97, principalmente no que tange à alienação extrajudicial pelo credor fiduciário.

Palavras-chaves: alienação fiduciária, bens imóveis, alienação extrajudicial, constitucionalidade. Lei nº 9.514/97,

Sumário: Introdução. 1. Utilidade e finalidade social do instituto. 2. Da alienação fiduciária de bens imóveis. 3. Procedimento de alienação extrajudicial do artigo 27 da Lei nº 9.514/97. 4. Análise da constitucionalidade da venda extrajudicial do bem. 5. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a alienação fiduciária de bens imóveis em substituição à hipoteca como forma de garantia do credor no mercado imobiliário, por representar meio real de garantia com maior eficácia e celeridade na recuperação do crédito concedido pelo credor, sobretudo em decorrência da possibilidade de venda extrajudicial do bem como forma de satisfazer o débito do devedor fiduciário. Busca-se, em primeiro lugar, uma delimitação básica do instituto, para então realizar-se uma análise mais aprofundada da legislação pertinente, em especial a Lei 9.514/97 e seu artigo 27, que parte da doutrina defende ser eivado de inconstitucionalidade por violação do devido processo legal, na medida em que se permite o credor fiduciário alienar o bem extrajudicialmente sem a participação do devedor e do Poder Judiciário. Bastaria, para tanto, que o valor do leilão fosse superior ao débito, impondo ao devedor a perda do bem alienado e os valores já pagos ao credor, ficando somente com eventual saldo existente da venda do bem no leilão público. Por último, impende delinear parâmetros básicos a fim de compatibilizar o instituto com os ditames constitucionais e os direitos fundamentais.

A alienação fiduciária de bens imóveis é prática crescente no mercado imobiliário como forma de garantia do crédito concedido, sendo necessário o debate pelo acerca da constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.514/97 e da alienação extrajudicial do bem alienado fiduciariamente. Surge, então, grande insegurança jurídica na medida em que a delimitação e as decisões judiciais sobre o tema ainda são tímidas e por muitas vezes não enfrentam a questão em sua profundidade. Destarte, torna-se imperativa uma análise e estudo sobre a matéria para possibilitar uma maior segurança jurídica tanto para os credores como para os próprios devedores e assim garantir maior efetividade dos preceitos constitucionais como moradia e devido processo legal na expropriação do patrimônio do devedor.

O trabalho busca focar essa possível inconstitucionalidade do artigo 27 §2º da Lei 9.514/97 e a situação do devedor no caso de inadimplência, com a venda extrajudicial do

bem, em segundo leilão, por valor superior ao débito, sem assegurar qualquer garantia de devolução de valores ao devedor. Procura-se compatibilizar a legislação existente com os preceitos constitucionais e consumeristas do direito à moradia, devido processo legal e vedação do enriquecimento sem causa.

No decorrer do artigo, serão aprofundados tópicos como a legislação existente sobre alienação fiduciária de bens imóveis, em especial a constitucionalidade do procedimento do artigo 27 da Lei 9.514/97.

1 – UTILIDADE E FINALIDADE SOCIAL DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS

A necessidade de um maior desenvolvimento econômico e a efetivação do comando constitucional que prevê a moradia como direito fundamental, bem como a crescente necessidade de ampliação do crédito imobiliário, levaram o legislador Brasileiro a editar a Lei nº 9514/97, que disciplina o Sistema de Financiamento Imobiliário e instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis.

A utilização dos contratos de alienação fiduciária na aquisição de bens móveis e imóveis de maior valor econômico é crescente em nossos dias, uma vez que deveres e assegura vantagens para ambas as partes contratantes.

De um lado possibilita uma expansão no volume de crédito e um maior alcance de bens duráveis a classes sociais antes relegadas a segundo plano no mercado de consumo. Por outro lado permitem aos empresários e credores um maior desenvolvimento de seus negócios,

respaldados por maior garantia de recuperação de créditos em casos de inadimplemento dos devedores.

Dentre outras vantagens os contratos de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis e a regulamentação trazida pela Lei nº 9.514/97 possibilitaram um alargamento no crédito e uma redução das taxas de juros e encargos cobrados pelos bancos e financiadores, na medida em que possuem maiores garantias e maior celeridade na recuperação de seus créditos. A venda extrajudicial do bem através do procedimento de leilão público extrajudicial assegura maior celeridade ao processo de recuperação das dívidas se comparado ao demorado e litigioso processo de execução de outras garantias reais, como por exemplo, a hipoteca, que necessita de procedimento judicial.

Seguindo a lógica econômica de quanto maior o risco do empreendimento maior deve ser o retorno do capital, que no caso se dá através dos juros e encargos, a existência de uma forma mais segura e dinâmica de garantir o investimento permite aos grandes financiadores e bancos que concedem financiamentos em escala mais ampla a otimizarem o aproveitamento do capital e alargar a oferta de crédito, aplicando ainda juros mais baixos. Este alargamento na oferta de crédito e a redução dos juros aplicados a toda evidência permitem a inclusão no sistema financeiro de nova parte da população que busca a dignidade através da efetivação do direito à moradia, contribuindo para a redução do déficit habitacional brasileiro.

2 – DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS

A alienação fiduciária de bens imóveis constitui instituto jurídico de grande utilidade nos dias atuais, figurando como uma das principais formas de garantia real para o mercado imobiliário, proporcionando vantagens para credores e devedores.

Classifica a doutrina (MARIANI, 2007) como contrato acessório que instrumentaliza a garantia de um financiamento, através do qual o devedor-fiduciante mantém-se na posse direta do bem, transferindo ao credor-fiduciário a propriedade resolúvel do bem, subordinada a condição do pagamento do financiamento concedido.

Inicialmente a alienação fiduciária não era reconhecida como direito real uma vez que não havia previsão no rol dos direitos reais elencados no Código Civil de 1916. Teve sua regulação inicial traçada no Decreto-Lei 911/69. Com o advento do Código Civil de 2002 e previsão da propriedade fiduciária houve revogação parcial do Decreto Lei citado pelos artigos 1361 a 1368 que passaram, então, a regular a matéria. Ressalta-se ainda que posteriormente a Lei nº 10.931/04 criou o artigo 1368-A do Código Civil, dando a esse caráter subsidiário à legislação especial.

A alienação fiduciária constitui-se por contrato bilateral onde o credor fiduciário firma título hábil a adquirir a propriedade resolúvel do bem e a posse indireta, se tratando de bem imóvel como garantia do financiamento concedido ao devedor fiduciário. Permite-se dessa maneira que o credor fiduciário, em caso de mora do adquirente, transforme-se em proprietário do bem, valendo-se desse como forma de recuperar o montante concedido a título de financiamento para o adquirente. O artigo 1361 do Código Civil coloca de forma explícita a função de garantia da alienação fiduciária.

Insta salientar que a propriedade fiduciária não se constitui pelo contrato acessório de alienação fiduciária, mas sim com o registro deste no cartório do Registro Geral de Imóveis da situação do bem, conforme previsão expressa do artigo 23 da Lei nº 9.514/97. Após este procedimento é que estará configurada a propriedade resolúvel nas mãos do credor fiduciário

e realmente implementada a garantia real. O contrato somente serve como instrumento hábil à efetivação da garantia, não tendo o condão, de por si só, instituir a propriedade resolúvel. De outra forma não poderia ser o procedimento, uma vez que é através do registro do contrato no cartório de Imóveis que se dá publicidade e efeitos *erga omnes*, assegurando assim o direito de terceiros de boa-fé que tenham interesse sobre o imóvel. Sendo a propriedade resolúvel deve estar prevista sua extinção no próprio título que a instituiu, sendo que esta extinção se dará pela pagamento integral da dívida, hipótese em que a propriedade retorna ao patrimônio do devedor, ou pela configuração da mora, situação em que a propriedade se resolve e se consolida no patrimônio do credor.

Fato ainda capaz de conferir maior segurança ao instituto é a segregação do bem do patrimônio do devedor-fiduciante, o que conseqüentemente também o exclui dos efeitos de eventual insolvência, não impondo ao credor participar de concurso de credores no caso de impossibilidade de o devedor assumir com todas suas dívidas.

Apesar de o objeto da alienação fiduciária normalmente recair sobre bens imóveis não se exclui a possibilidade da alienação fiduciária recair sobre a propriedade superficiária. Tal possibilidade já era defendida pela doutrina que, na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal de 2004, aprovou o enunciado nº 249 neste sentido, vindo a ser consolidada esta posição com a posterior alteração do artigo 22, §§1º e 2º da Lei 9.514/97 pela Lei nº11.481/07.

Em relação às partes contratantes o Código Civil de 2002 e a Lei nº 11.076/04, que veio a alterar dispositivos da Lei nº 9.514/97, não traz qualquer exigência no que se refere à figura do credor fiduciário, permitindo que seja pessoa jurídica ou natural, conforme estabelecido no artigo 22 da Lei. Não é, entretanto, o mesmo tratamento dado pelo Decreto Lei 911/69, que exige que o credor fiduciário seja pessoa jurídica, não se permitindo a

existência de pessoa natural como sujeito credor do negócio jurídico. No que se refere ao devedor não há qualquer restrição, podendo ser representado por pessoa jurídica ou natural.

Acerca da legitimidade para figurar como credor fiduciário deve-se ter que somente as pessoas vinculadas ao Sistema Financeiro Imobiliário ou as demais autorizadas pela CMN – Conselho Monetário Nacional – poderão realizar a securitização dos créditos sendo que a companhia que realizar esta operação poderá emitir Certificado de Recebíveis Imobiliários.

Ponto que merece destaque ainda sobre as partes na alienação fiduciária é a disposição contida no artigo 1368 do Código Civil, onde se permite que terceiro que pague o débito do devedor se sub-rogue no crédito, tratando-se, evidentemente, de regra excepcional ao permitir a sub-rogação legal. A justificativa dessa previsão repousa na tentativa de que qualquer pessoa possa ser garantidor da dívida, gozando dos privilégios do credor no caso de pagamento.

A propriedade fiduciária, via de regra, recai sobre bens móveis, sendo a normativa dos bens imóveis regulada por legislação específica, com destaque à Lei nº 9.514/97. A referida legislação cria uma sistemática que garante ao credor uma recuperação mais célere de seu crédito, não sendo utilizados os mesmos mecanismos do Sistema Financeiro Imobiliário, que prevê a execução da hipoteca como forma de garantia do crédito concedido.

A edição da legislação tratando especificamente a matéria trouxe maior credibilidade ao instituto, ao serem reguladas questões que anteriormente ficavam carentes de regulamentação legal e causavam certa insegurança jurídica aos credores. 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: a) valor do imóvel e seu critério de revisão para hipótese de venda em leilão público extrajudicial; b) descrição dos procedimentos a serem adotados em caso de leilão público; c) estipulação de

prazo de carência para a cientificação da mora do devedor e d) instituição de seguro de vida e invalidez permanente pela parte fiduciante.

No caso de morte do devedor-fiduciante o contrato não deve ser rompido, uma vez que por sua característica e a presença de direito real de garantia prevalece o *intuito pecuniae*, podendo ser continuado pelos herdeiros ou demais interessados, ocorrendo assim a substituição subjetiva do pólo devedor, sem a necessidade de qualquer aquiescência do credor-fiduciário.

Traçadas as características básicas do contrato de alienação fiduciária de bens imóveis deve-se fazer uma análise mais detalhada dos requisitos especiais necessários aos contratos, previstos nos artigos 24 e 25 da Lei 9514/97.

A natureza da mora no contrato de alienação fiduciária é divergente, havendo entendimento de que a mora possui natureza *ex personae*. Há, no entanto, parte da doutrina, como Irineu Mariani (MARIANI, 2007), que defende que a mora nestes contratos decorre do mero vencimento das obrigações contratuais, sendo, portanto, *ex re*, porém, qualificada. Neste sentido o autor CHALHUB, (2009 – p. 249), comentando o assunto afirma que “em regra , no contrato de empréstimo com pacto adjecto de alienação fiduciária o vencimento das parcelas de amortização, juros e encargos tem vencimento certo, estabelecido no contrato, de modo que se aplica a regra *dies interpellat pro homine*”. Sendo qualificada esta mora necessária é a notificação do devedor para a produção de seus efeitos, estando, porém, configurada desde o vencimento da obrigação. A instituição da mora qualificada nos contratos de alienação fiduciária se justifica pela densidade social do contrato e pelo princípio da preservação dos contratos, sendo este o sentido dado pela previsão do artigo 26 da Lei 9.514/97.

Para fins de produção dos efeitos da mora alguns requisitos devem ser atendidos, como por exemplo a notificação pessoal do devedor. O artigo 26, §3º da lei regulamentadora do tema traz a previsão de notificação pessoal do devedor-fiduciário ou a seu procurador legal

caso este possua poderes especiais. Caso não seja encontrado o devedor-fiduciário pelo oficial do Cartório de Imóveis ou de Títulos e Documentos do local do imóvel a notificação deverá esta ser feita por edital, estando esta possibilidade prevista no §4º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97, devendo este procedimento ser realizado por três vezes em jornal local de grande circulação diária.

Na notificação expedida ao devedor deve constar ainda o prazo determinado de 15 dias para a realização da purga da mora, não sendo necessário que conste o valor da dívida na notificação. Este entendimento se firmou pela ausência de previsão legal e pela variação crescente do valor devido em decorrência da incidência de juros e correção monetária, o que impossibilita que o credor quantifique o valor devido na data da purga da mora. O Superior Tribunal de Justiça, ao deliberar reiteradamente sobre o assunto acabou por editar a o enunciado de Súmula nº 245, consolidando a dispensa da indicação do valor do débito.

A purga da mora deve ser realizada através do pagamento realizado ao oficial do Cartório de Imóveis, que deverá repassar o valor arrecadado ao credor-fiduciário em até três dias. Decorrido o prazo da interpelação sem a purga da mora por parte do devedor-fiduciante o oficial do Registro de Imóveis certificará o fato e averbar a consolidação da propriedade em nome do fiduciário, que deverá comprovar o pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* da propriedade.

Ainda no que se refere aos requisitos específicos do contrato de alienação fiduciária de bens imóveis o artigo 24, VI da Lei nº 9.514/97 exige que conste a indicação do valor do imóvel e sua forma de atualização para os casos de venda em leilão público, tendo a função de estabelecer o valor do imóvel no momento da contratação, o que fixa o valor do lance mínimo no caso de leilão extrajudicial do bem.

Como terceiro requisito especial do contrato de alienação fiduciária consta a necessidade de especificação no instrumento de prazo de carência para a notificação da mora,

conforme previsto no §2º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97. Somente com o decurso deste prazo, de natureza contratual, uma vez que ausente qualquer previsão legal, é que o credor-fiduciante poderá a notificação para que a mora passe a ter seus efeitos naturais. No caso de ausência de estipulação contratual do prazo de carência para a ciência da mora a doutrina novamente Irineu Mariani, ao comentar o assunto defende que o prazo deve ser, por simetria, de 15 dias, assim como o prazo de purga da mora após a notificação.

A Purga da mora deve ser feita com os valores atualizados do débito, com a incidência de juros e atualização monetária. Constitui verdadeiro direito do devedor, que se a realiza sana o descumprimento contratual e possibilita seu cumprimento. Deve, no entanto, ser feita dentro do prazo concedido na notificação pessoal realizada pelo credor, sendo este prazo mínimo de 15 dias. Após o decurso do prazo a propriedade se consolida nas mãos do credor-fiduciante, restando impossível a purga da mora pelo devedor neste momento.

Por fim, consta como último requisito especial do contrato de alienação fiduciária de bens imóveis a necessidade de previsão contratual do procedimento a serem realizados em caso de leilão do bem para saldar eventuais débitos. A exigência se encontra disposta no inciso VII do artigo 24 da Lei nº 9.514/97, podendo esta narrativa ser feita por três modos distintos. Como primeira forma de se atender ao disposto no supra mencionado artigo as partes podem transcrever as normas a serem seguidas no caso de leilão público do bem, previstas no artigo 26 §7º e 27 da Lei nº 9.514/97, estando, desta forma, as condições previstas no próprio instrumento contratual gerador da obrigação. Nas demais formas o procedimento a ser adotado não se encontra no instrumento contratual, mas sim em separado, podendo constar de anexo ao contrato ou ainda como mera menção de que as partes receberam e estão cientes das normas a serem seguidas em caso de leilão público.

No caso de silente o contrato acerca destas normas não fica este com sua validade viciada, mas somente a cláusula, o que impossibilita ao credor realizar o leilão público

extrajudicial do bem, restando-lhe somente a via de execução de título extrajudicial para a satisfação de seu crédito.

Ainda sobre este ponto importante ressaltar que a lei ao determinar que as partes prevejam qual o procedimento a ser adotado no leilão público do bem visou dar ao devedor uma proteção eficaz, afastando qualquer surpresa no momento da venda do bem extrajudicialmente.

Ponto ainda que merece destaque sobre a alienação fiduciária de bens imóveis em garantia de contrato de financiamento é o afastamento da disposição do artigo 1428 do atual Código Civil, que veda a estipulação de cláusula contratual que permita ao credor se apoderar da coisa dada em garantia. Isto porque a apropriação do bem imóvel e a consolidação da propriedade nas mãos do credor não decorrem, nesta modalidade de contrato, de disposição contratual, mas sim de previsão legal e da própria finalidade do contrato de assegurar o crédito do fiduciante, sendo esta uma das principais distinções das demais garantias reais. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a matéria, já teve a oportunidade de decidir desta forma, em acórdão no Recurso Especial nº 162.942-MS de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao argumento das características próprias do contrato e da expressa autorização legal para o credor tornar-se proprietário da coisa dada em garantia. Para mitigar a os efeitos da resobabilidade a Lei nº 9.514/97 impõe ao credor a tentativa de venda do imóvel em dois leilões, seguindo os critérios de preços estipulados no contrato, somente após o qual o credor poderá ficar com o bem em seu patrimônio sem qualquer ônus.

Feitas as considerações básicas acerca dos elementos necessários ao contrato acessório de alienação fiduciária em garantia, instrumento legítimo à constituição da propriedade fiduciária necessário se faz a análise do procedimento a ser adotado pelo credor para a execução de sua garantia e a recuperação do crédito concedido ao devedor-fiduciante em caso de inadimplemento do financiamento concedido por meio do contrato principal de financiamento.

Conforme já citado acima a mora no contrato de alienação fiduciária em garantia constitui-se, para grande parte da doutrina, automaticamente com o vencimento e o não cumprimento da parcela da obrigação. Assim, vencida a parcela de amortização e não paga pelo devedor constitui-se este em mora. Deve, entretanto, para produzir seus efeitos naturais, e permitir a consolidação da propriedade nas mãos do credor, ser realizada a notificação do devedor e oportunizada a purga da mora, que se fará através de pagamento do montante devido, acrescidos de juros de mora e demais encargos, ao oficial do cartório responsável pela notificação. Satisfeita a obrigação há a convalidação do contrato; no entanto, não saldado o débito deverá o oficial do cartório certificar tal fato e averbar a consolidação da propriedade no patrimônio do credor-fiduciante.

A Lei nº 9.514/97 traz ainda o ônus do credor de, no prazo de 30 dias consolidação da propriedade em realizar o primeiro leilão público para a venda do bem, pelo preço mínimo estipulado no contrato de alienação fiduciária, e, não se atingindo este valor em segundo leilão por qualquer preço desde que acima do valor do débito. Havendo a venda do bem deverá o credor transferir ao devedor eventual saldo e conceder a quitação de débito.

Importante salientar que o procedimento de execução extrajudicial previsto na Lei nº 9.514/97 se assemelha ao procedimento de execução também extrajudicial instituída pelo Decreto-Lei nº 70/66, decreto este que instituiu a cédula de crédito hipotecária. Os artigos 30 a 38 do

referido Decreto também preveem procedimento extrajudicial de realização da garantia, cabendo para a mesma discussão acerca da constitucionalidade para o procedimento extrajudicial previsto no decreto.

4 - ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA VENDA EXTRAJUDICIAL DO BEM

É este procedimento de alienação extrajudicial do bem em leilão público descrito acima que parte da doutrina questiona sua constitucionalidade e validade, já que poderia colocar o devedor em situação de extrema desvantagem.

Principal argumento utilizado pela doutrina que defende a inconstitucionalidade da execução da garantia por meio de leilão público extrajudicial encontra-se a violação ao princípio do devido processo legal. Isto porque a consolidação dos bens nas mãos do credor obedeceria ao processo legal sob o crivo do Judiciário e com decisão emanada de juiz constitucionalmente competente. Ao contrário, esta consolidação se daria de forma automática, com o mero decurso do prazo dado pelo credor ao devedor para que este realize o pagamento da dívida, sem a observância das garantias que o decorrem da observância do devido processo legal.

Como uma das garantias emanadas da observância do devido processo legal encontra-se a da ampla defesa e do contraditório, insculpida no artigo 5º, LV da Constituição Federal. 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.

Ainda, a consolidação da propriedade nas mãos do credor e sua venda extrajudicial aviltaria o princípio da inafastabilidade do poder judiciário da apreciação da questão e condução do processo executório. A inafastabilidade do poder judiciário também é matéria prevista em sede constitucional, prevista no artigo 5º XXXV, inadmitindo que se transfira ao poder privado a resolução e a execução dos litígios da sociedade, sob pena de se configurar, na hipótese, a expropriação privada da propriedade alheia, sem a participação do Poder Estatal.

Cumprir trazer a baila ainda o verbete de Súmula nº 39 do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo afirmando que “são inconstitucionais os arts. 30, parte final, e 31 a 38 do Dec.-lei 70, de 21.11.1966”, prestigiando assim a tese de inconstitucionalidade do procedimento de realização da garantia por venda do bem em leilão extrajudicial realizado pelo credor.

Assim, 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 da ampla defesa e devido processo legal e afastando do poder estatal a resolução dos conflitos sociais e a expropriação dos bens do patrimônio de uma pessoa.

Em sentido oposto há a doutrina que de forma bastante majoritária afirma ser a norma constitucional, validando assim a execução da garantia do credor fiduciário.

Defendem a constitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto-lei nº 70/66 e na Lei nº 9.514/97 ao argumento inicial de que o procedimento de realização da garantia através da venda extrajudicial do bem imóvel somente pode ser feito a partir da notificação do devedor acerca de sua mora. Note-se que esta notificação, de forma a garantir maior segurança ao procedimento deve ser feita por oficial do Cartório de Imóveis ou pelo Cartório de Títulos e Documentos na pessoa do devedor, possuindo o oficial do cartório fé-pública para atestar a regular notificação do devedor.

Assim, conseqüência desta notificação pessoal do devedor esta a possibilidade deste, querendo, purgar a mora, ou ainda, recorrer a via judicial para discutir os valores cobrados, a própria existência da mora ou ainda qualquer outra irregularidade existente no procedimento de notificação do devedor.

Não estaria, portanto, afastada a possibilidade de se trazer o Poder Judiciário à análise da legalidade do procedimento de execução extrajudicial, sendo garantido ao devedor o amplo acesso ao Judiciário.

Importante ressaltar ainda que em nenhum momento a lei afasta do controle do Judiciário o controle da legalidade dos atos praticados pelo credor, podendo o Poder Judiciário, inclusive utilizar da antecipação dos efeitos da tutela disposta no artigo 273 do Código de Processo Civil como forma de evitar qualquer dano iminente ao devedor.

Da mesma forma, o amplo acesso ao judiciário para coibir qualquer ilegalidade existente em qualquer fase do procedimento de realização da garantia garante ao devedor também o exercício da ampla defesa e do contraditório das questões que julgar relevante, podendo-se utilizar ainda de toda sorte de recursos cabíveis.

Orlando Gomes (GOMES, 1975), defendendo a constitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei nº 70/66 e, conseqüentemente do procedimento previsto

na Lei nº 9.514/97, utiliza, dentre outros argumentos: 1) não se impedem nem se proíbe, o acesso à via judicial; 2) ao devedor não é defeso buscar a via judicial em qualquer fase da execução; 3) o próprio Decreto-Lei nº70/66 prevê o controle jurisdicional, ainda que posterior, no momento da emissão da carta de arrematação. José Carlos Moreira Alves (ALVES 1979), comentando o assunto, também espousa o mesmo entendimento favorável à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial da garantia retratada pela propriedade fiduciária.

Ademais, reforçando o argumento pela constitucionalidade da venda extrajudicial do bem encontra-se a previsão legal e contratual do procedimento a ser seguido em caso de mora do devedor, não estando este desprotegido ou sem conhecimento do rito que será seguido para a recuperação do crédito. A Lei nº 9.514/97 delimita os limites básicos do procedimento de realização do crédito, ficando a cargo das partes, no momento da realização do negócio fiduciário determinar as demais cláusulas, que são resultantes do livre exercício da autonomia contratual das partes, que são livres para estabelecerem suas obrigações conforme seus interesses. Nesta esfera de autonomia da vontade encontra-se, como exemplo, a estipulação do prazo de carência para a notificação ou ainda o valor do imóvel para fins de realização do primeiro leilão público.

Assim, estando os elementos básicos do procedimento e as partes convencionando os demais elementos não há que se falar em violação do devido processo legal, uma vez que a realização do leilão público e demais procedimentos realizados pelo credor obedece aos ditames legais, previstos na Lei nº 9.514/97, e às estipulações contratuais.

Garante-se ainda, ao devedor-fiduciante, a possibilidade de inúmeras outras ações como forma de sanar qualquer ilegalidade que julgue existir, notadamente a cautelar com pedido de liminar, a ação 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, saldo este que deverá ser entregue ao devedor-fiduciante.

Importante frisar que a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores posteriores à Constituição Federal de 1988 veem aceitando as medidas extrajudiciais adotadas pelo credor como forma de realização do crédito. Neste sentido vale trazer a baila o Recurso Especial nº 46.050-6, que teve como relator o Ministro Garcia Vieira, não reconhecendo qualquer inconstitucionalidade do procedimento do Decreto-Lei nº 70/66.

No mesmo sentido encontra-se decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, proferida em Recurso Extraordinário nº 223.075-DF de relatoria do Min. Ilmar Galvão, que, novamente, reconhece como constitucional o procedimento de venda extrajudicial do bem dado em garantia, argumentando, para tanto, que não houve a supressão do Poder Judicial, tendo apenas ocorrido um diferimento do momento em que o Judiciário é chamado a solucionar o conflito.

Desta forma não há como se falar na não recepção da alienação extrajudicial do Decreto-Lei nº 70/66 ou de inconstitucionalidade do procedimento previsto na Lei nº 9.514/97, sendo certo que não há a violação de qualquer dispositivo ou garantia prevista na Constituição Federal.

A Jurisprudência de nossos Tribunais Superiores vem se firmando no sentido da constitucionalidade da medida, da mesma forma que a doutrina pátria também se encontra inclinada, de forma ampla, no sentido da regularidade do procedimento de venda do bem extrajudicialmente em leilão público.

O procedimento em análise além de se encontrar em consonância com os ditames constitucionais encontra-se ainda em sintonia com as diretrizes do Sistema Financeiro de

Habitação, que necessita de garantias seguras, eficazes e céleres para a expansão e manutenção do volume de crédito ofertado para a população adquirir imóvel próprio e assim ter implementado o direito constitucional à moradia.

Reconhecer a inconstitucionalidade do procedimento de venda extrajudicial do bem ofertado em garantia poderia ter efeito contrário ao pretendido. Ao invés de se proteger a camada da população que necessita de crédito para a aquisição de imóvel próprio estar-se-ia restringindo o crédito e dificultando o financiamento imobiliário, prejudicando assim considerável parcela da população que poderia se utilizar do Sistema de Financiamento Habitacional.

5- CONCLUSÃO

Ante o exposto, deve-se concluir pela constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial do bem dado em garantia pelo contrato de alienação fiduciária em garantia conforme procedimento previsto na Lei nº 9.514/97.

O tratamento legal dado ao instituto da alienação fiduciária dos bens imóveis encontra-se em perfeita consonância com os ditames constitucionais, não violando os princípios e garantias básicas nela insculpidas, bem como da mesma forma não viola demais dispositivos encontrados na legislação infraconstitucional.

A possibilidade de o devedor manejar todas as ações judiciais cabíveis, inclusive com pedido de antecipação de tutela, a qualquer momento do procedimento executório, e ainda a necessidade de intimação pessoal do devedor asseguram a transparência e a boa-fé do procedimento, na medida em que assegura ao devedor todos os meios para exercer sua defesa contra o credor.

Ademais, conclui-se que, ao contrário da doutrina que defende a inconstitucionalidade do procedimento executório extrajudicial, a Lei nº 9.514/97 ao prever a possibilidade da realização da garantia fiduciária de forma mais célere e eficaz visou atribuir de meios mais vantajosos o Sistema Financeiro Nacional e o Sistema Financeiro de Habitação, possibilitando assim a ampliação e consolidação do crédito habitacional no país, diminuindo assim uma das principais barreiras anteriormente existentes, a insegurança jurídica e a morosidade do Poder Judiciário.

Assim, a Lei busca exatamente uma forma de implementar uma diretriz constitucional e um direito de todos, qual seja, a moradia digna. Eivar a possibilidade de o credor executar de forma mais rápida e vantajosa uma garantia que foi estipulada pelas partes, no uso da autonomia da vontade dos contratantes, seria um retrocesso na concessão de crédito habitacional no país, aumentando ainda mais o déficit habitacional e a pobreza no país, situação esta sim, que certamente iria contra os ditames constitucionais consagrados em nossa Carta Republicana.

REFERÊNCIAS:

ALVES, José Carlos Moreira Alves. *Alienação fiduciária em Garantia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. *apud* CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Alienação Fiduciária: As Ações de Busca e Apreensão e Depósito na atual Lei nº 10.931/04*. 2ª ed. Leme – SP.: Editora e Distribuidora de Livros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocencio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 jun. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de Novembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm>. Acesso em: 19 jun. 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v. I. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. Malheiros, 2005.

DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *A Construção do Direito Privado Contemporâneo na Experiência Crítico-Doutrinária Brasileira a Partir do Catálogo Mínimo para o Direito Civil-Constitucional no Brasil*. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4. ed. São Paulo: RT, 1975.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da alienação Fiduciária em Garantia de Coisa Imóvel*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MARIANI, Irineu. *Contratos Empresariais: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil, v.IV*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Antonio da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. Brasil.: Malheiros, 2003.

TERRA, Marcelo. *Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia (Lei 9.514/97, primeiras linhas)*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direitos reais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.