

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

FERNANDO JOSE GASPAR

LEI 9.514/1997 E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

**CURITIBA
2016**

FERNANDO JOSE GASPAR

LEI 9.514/1997 E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Kennedy Josué Greca de Mattos

**CURITIBA
2016
TERMO DE APROVAÇÃO**

FERNANDO JOSE GASPAR

LEI 9.514/1997 E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, 31 de outubro de 2016.

DEDICATÓRIA

Aos professores da Escola da Magistratura do Paraná,

A Prof.^a Maria da Glória Colucci na graduação.

A minha querida avó materna, Clori Vileski.

Ao meu grande amor, Potira Miranda Destro.

Agradeço a todos pelo apoio e incentivo nessa caminhada.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE ASSEGURAM O DIREITO DE PROPRIEDADE – ARTIGO 5º, INCISOS XXII E XIII, CF/88	08
3. A ORIGEM DA GARANTIA FIDUCIÁRIA	11
4. A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL NO DIREITO BRASILEIRO	15
5. DO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE EXPROPRIAÇÃO	20
6. DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO	27
7. DA NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DO LEILÃO DE ACORDO COM O RECURSO ESPECIAL Nº 1.447.687/DF	36
8. DA QUITAÇÃO DO DÉBITO ANTES DA ARREMATAÇÃO DE ACORDO COM O RECURSO ESPECIAL Nº 1.462.210/RS	39
9. CONCLUSÃO	44
10. REFERÊNCIAS	45

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar a aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório em relação à Lei 9.514/97, especificamente em relação a necessidade de intimação prévia do devedor a respeito dos leilões extrajudiciais e da possibilidade da purgação mora até a arrematação do imóvel. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, com base na doutrina e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: alienação fiduciária, ampla defesa, contraditório, leilão, purgação da mora.

1. INTRODUÇÃO.

Nos tempos atuais de crise política e financeira, é grande o destaque para a inadimplência¹, principalmente em relação aos contratos bancários.

O Brasil experimentou nos últimos dez anos um volume maior na disponibilização de crédito para pessoas físicas e jurídicas, seja para empréstimos pessoais, capital de giro e aquisição de bens.

Para dar maior segurança a esses contratos bancários, quando principalmente envolve valores de grande monta, normalmente as instituições financeiras exigem garantias reais, sejam veículos ou imóveis.

Em relação às garantias reais, especificamente aos imóveis, o legislador editou a Lei 9.514/1997, onde disciplina os contratos bancários que tem por objeto a garantia de um imóvel residencial ou comercial.

Quando inadimplente o contrato, o artigo 26 do referido diploma legal disciplina à intimação do devedor para pagamento, havendo uma única possibilidade para encerramento do procedimento de execução extrajudicial, o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, não havendo em tese mais qualquer possibilidade de negociação ou defesa.

Analisando a Lei 9.514/1997 à luz da jurisprudência das Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, principalmente da 17ª Câmara e 18ª Câmara, e ainda do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que em alguns casos é admitido à aplicação das normas da Lei 70/1966 que trata da Execução Hipotecária, para que o devedor seja intimado sobre o leilão do imóvel financiado, para que tenha oportunidade de fazer o pagamento e recuperar o imóvel, ampliando assim a possibilidade de pagamento não prevista na Lei 9.514/1997, tal cuidado da jurisprudência é para preservar o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal do Brasil de 1.988.

¹ Disponível em: <http://www.acionista.com.br/rx/bradesco/_Estudo_Crescimento_Consumo.pdf>. Acesso em: 30 de outubro. 2016.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE ASSEGURAM O DIREITO DE PROPRIEDADE – ARTIGO 5º, INCISOS XXII E XXIII, CF/88.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, prevê o direito de propriedade, desde que observado a função social, reforçando essa ressalva nos artigos 182, § 2º e artigo 186 da CF/88.

A pessoa física ou jurídica vê assegurada pela Carta Republicana o seu direito de propriedade, nesse caso particular de estudo, o imóvel, seja urbano ou rural e assim dispor da melhor forma que lhe entende cabível, seja para o lazer, trabalho ou aferir renda, desde que destine esse imóvel para um fim social.

Importante lembrar que a Constituição Federal de 1967/1969 já assegurava ao cidadão o direito de propriedade em seu artigo 150, § 22:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior².

Ainda sobre o histórico desse direito em outras Constituições Federais, é de grande valor o ensinamento do professor Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

² BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

“Ressalte-se que a função social da propriedade foi mencionada expressamente e pela primeira vez entre nós na Constituição de 1967, que a elencava como princípio básico à ordem econômica. O texto constitucional anterior, de 1946, já continha expressão semelhante - interesse social, associado à desapropriação. A Constituição de 1934 estabelecia que o direito de propriedade era garantido, mas não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo (art. 113, 17)”.³

Percebe-se assim que o direito a propriedade sempre esteve albergado pelo Constituinte, seja de forma implícita ou explícita, dessa forma qualquer legislação infraconstitucional que regule o direito de propriedade, como a Lei 9.514/1997, que normatiza o Sistema de Financiamento Imobiliário, deverá ser analisada sobre o prisma da Constituição Federal, e do objetivo da função social da propriedade.

Em relação à proteção da propriedade, o Supremo Tribunal Federal assim com as demais Cortes de Justiça do país, vem se manifestando no sentido de proteger o cidadão e o seu direito, senão vejamos:

E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA – REFORMA AGRÁRIA – IMÓVEL RURAL – INVASÃO DA PROPRIEDADE POR TRABALHADORES RURAIS REUNIDOS EM MOVIMENTO SOCIAL ORGANIZADO – ESBULHOS POSSESSÓRIOS PRATICADOS, EM TRÊS (03) MOMENTOS DISTINTOS, MEDIANTE AÇÃO COLETIVA – PRÁTICA ILÍCITA DE VIOLAÇÃO POSSESSÓRIA QUE COMPROMETE A RACIONAL E ADEQUADA EXPLORAÇÃO DO IMÓVEL RURAL, APTA A AFASTAR A ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE –DESCABIMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO (CF, ART. 184, “CAPUT”) – INVALIDAÇÃO DA DECLARAÇÃO EXPROPRIATÓRIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – (...) – A União Federal, mesmo tratando-se da execução e implementação do programa de

³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 338/339.

reforma agrária, não está dispensada da obrigação, que é indeclinável, de respeitar, no desempenho de sua atividade de expropriação, por interesse social, os postulados constitucionais que, especialmente em tema de propriedade, protegem as pessoas e os indivíduos contra eventual expansão arbitrária do poder. Essa asserção – ao menos enquanto subsistir o sistema consagrado em nosso texto constitucional – **impõe que se repudie qualquer medida que importe em arbitrária negação ou em injusto sacrifício do direito de propriedade, notadamente quando o Poder Público deparar-se com atos de espoliação ou de violação possessória**, ainda que tais atos sejam praticados por movimentos sociais organizados, como o MST. – A necessidade de observância do império da lei (“rule of law”) e a possibilidade de acesso à tutela jurisdicional do Estado – que configuram valores essenciais em uma sociedade democrática – **devem representar o sopro inspirador da harmonia social, significando, por isso mesmo, um veto permanente a qualquer tipo de comportamento cuja motivação resulte do intuito deliberado de praticar atos inaceitáveis de violência e de ilicitude, como os atos de invasão da propriedade alheia e de desrespeito à autoridade das leis e à supremacia da Constituição da República** perpetrados por movimentos sociais organizados, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST). – O Supremo Tribunal Federal, em tema de reforma agrária (como em outro qualquer), não pode cancelar, jurisdicionalmente, atos e medidas que, perpetrados à margem da lei e do direito por movimentos sociais organizados, transgridem, comprometem e ofendem a integridade da ordem jurídica fundada em princípios e em valores consagrados pela própria Constituição da República. Precedentes. (MS 32752 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 07-08-2015 PUBLIC 10-08-2015).⁴ Grifos nossos.

Nesse importante julgado de 2015 a Suprema Corte reforça o manto protetor que a Constituição Republicana guarda em relação ao direito de

⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp>>. Acesso em: 30 de outubro. 2016.

propriedade, ao imóvel do cidadão, como a legislador e o Estado deverão assegurar e garantir esse exercício, evitando assim que haja insegurança e arbitrariedades.

Como se verá ao longo desse estudo, a proteção e o respeito a propriedade e ao bem imóvel, deverão ser observados pelo Credor Fiduciário, não lhe afastando de forma alguma o seu direito de recuperar o crédito que lhe é devido, mas garantindo ao devedor todas as formas legais de adimplir com débito e permanecer com o imóvel, rural ou urbano, tendo em vista que Lei 9.514/97 não assegurou todas as formas de ampla defesa do devedor em relação ao credor.

3. A ORIGEM DO DIREITO DE GARANTIA FIDUCIÁRIA.

Não existindo dúvidas a respeito do caráter especial que é conferido ao direito de propriedade pelo Direito Constitucional, é importante conhecer a origem da utilização do imóvel como objeto de garantia de contratos ou dívidas, para depois melhor conhecermos a origem da alienação fiduciária do imóvel através da Lei 9.514/97.

No direito romano, os débitos que a pessoa assumia e porventura não adimplisse junto ao credor era exercida contra a própria pessoa, ou seja, através do seu corpo, sobre esse período nos esclarece o Professor Caio Mário da Silva Pereira:

“Vale dizer que o devedor respondia com o próprio corpo, sobre o que incidia o poder do credor. E tão longe se levava o princípio, que sobre o devedor insolvente se instaurava uma espécie de concurso creditório macabro, transportando-o além do Tibre, onde se lhe tirava a vida repartindo-se o cadáver. Se na verdade tal espóstejamento se efetivava, não sabemos. Mas é certo que se podia fazer. Foi somente no ano 326 a.C., com a *Lex Poetelia Papiria*, que se aboliu a execução contra a pessoa do devedor, instituindo-se a responsabilidade sobre seus bens

(*pecuniae credtae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*)
se a dívida não procedia o delito”⁵.

Da pena corpórea passam se a fazer a execução contra os bens móveis e imóveis do devedor, a partir dessa evolução e do direito do credor de obter tantos bens que fossem necessários para quitação do débito, iniciasse a ideia de exigir antecipadamente do devedor bens que lhe garantisse o adimplemento do negócio, sendo que depois de cumprido os bens retornavam ao patrimônio do devedor, o jurisconsulto Sílvio de Salvo Venosa nos explica:

“A mais antiga modalidade de garantia encontrada nas fontes é a *fidúcia cum creditore*. Por esse negócio, o devedor transferia a propriedade aos credores, pela *mancipio* ou *in iure cessio*, a fim de garantir o cumprimento de obrigação, mediante um pacto de restituição de coisa (*pactum fiduciae*), quando a extinção da dívida (Alves, 1983, v. 1:429).”⁶

Com essa evolução da exigência de garantia para negócios e obrigações entre as partes, surgem às primeiras espécies de garantia, como penhor, anticrese e hipoteca.

O penhor está normatizado no artigo 1.431 do Código Civil, sendo a transferência da posse de um bem móvel para o credor para garantia de um débito, sendo passível de alienação, sendo que nos artigos seguintes são regulados as suas diversas modalidades.

A anticrese é garantia pela qual o devedor entrega um imóvel ao credor para que este receba os frutos e rendimentos desse bem para fins de compensação da dívida, tal instituto está previsto no artigo 1.506 do Código Civil.

A hipoteca é garantia de um bem imóvel dado pelo devedor ao credor para pagamento de uma dívida, mas permanecendo com sua posse, tal instituto vem previsto no artigo 1473 do Código Civil e artigos seguintes. Merece

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. – 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Página 273.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais** – 11ª ed. São Paulo. Atlas, 2011. Página 533.

destaque entre as várias modalidades, a hipoteca prevista no Sistema Financeira de Habitação, Lei 4.380 de 1964, que permite a pessoa fazer a compra de um imóvel através de financiamentos junto às instituições integrantes do SFH, dando a instituição o imóvel adquirido como garantia da dívida, não havendo o pagamento do débito a credora pode promover a execução desse contrato e levar a leilão, conforme é esclarecido no destaque abaixo:

“A lei 4.380 de 21.8.64 criou o Sistema Financeiro da Habitação, para financiar a aquisição de bens imóveis (casas, apartamentos, etc) pela população. Essa mesma lei autorizou que os contratos que tenham como parte o Banco Nacional da Habitação (hoje Caixa Econômica Federal) ou entidades que integrem o SFH, fossem celebrados por instrumento particular, atribuindo-lhes o caráter de escritura pública. Desta forma, abriu-se uma exceção ao artigo 108 do Código Civil, que exige a escritura pública para alienação e constituição de ônus reais. Esse tipo de contrato, normalmente, envolve a aquisição do imóvel com o dinheiro financiado e, no mesmo momento, o comprador dá o imóvel que está adquirindo em hipoteca ao credor, a CEF- Caixa Econômica Federal ou outro banco integrante do Sistema Financeiro da Habitação. O Decreto-lei 70 de 21.11.66 instituiu a Cédula hipotecária, como instrumento hábil para a representação do crédito hipotecário devendo esta ser averbada no Registro de Imóveis, para poder ser lançada à circulação. Emitida a cédula hipotecária, passa a hipoteca a fazer parte integrante dela, acompanhando-a nos endossos subsequentes, sub-rogando-se automaticamente o favorecido ou endossatário em todos os direitos creditícios respectivos, que serão exercidos pelo último deles, titular pelo endosso em preto. Na emissão e no endosso, é dispensável a outorga uxória. A liquidação da hipoteca prova-se pela restituição da Cédula hipotecária, quitada, ao devedor, ou ainda por declaração de quitação do emitente ou endossante em documento a parte. Caso o devedor não pague a dívida, a execução da hipoteca para fins da retomada do imóvel é feita extrajudicialmente, conforme determina o Decreto Lei 70/66, e uma vez feita a alienação do imóvel em leilão, será expedida a respectiva carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas,

documento este que servirá como título para registro no Registro de Imóveis, conforme artigo 37 do mencionado Decreto”.⁷

A dificuldade da utilização da hipoteca como forma de financiamento de imóvel, reside no fato da execução hipotecária ter requisitos específicos, como a que o credor deverá comprovar o envio de duas notificações reclamando o pagamento da dívida, inciso IV, do artigo 2º, da Lei 5.741 de 1971, antes do seu ajuizamento, sendo que depois de ajuizado ainda deverá promover a citação do devedor para pagamento, havendo todos os percalços que qualquer ação judicial enfrenta para chegar a sua conclusão, motivo pela qual essa modalidade de negócio não seja mais de grande utilização pelas instituições de financiamentos.

Tanto o penhor, como a hipoteca e a anticrese, são meios de garantia que tem hoje em dia pouco uso, em razão da dinâmica que ocorrem com os negócios, exigindo novas formas de garantia onde o credor possa reaver seu crédito de forma mais célere e o devedor possa dispor dos seus bens de uma forma mais rápida, surgindo então a alienação fiduciária de bem imóvel, seja para pessoas físicas como para pessoas jurídicas, nesse sentido cabe expor o trecho do livro do Professor Caio Mário da Silva Pereira:

“O direito brasileiro tem experimentado novos instrumentos de garantia, uma vez que a complexidade da vida moderna não se satisfaz com aqueles de cunho tradicional. O penhor e a hipoteca revelam-se demasiado rígidos para acompanharem a velocidade crescente do tráfico jurídico. O primeiro, exigindo a efetiva *traditio* (salvo algumas exceções) da coisa apenhada, não satisfaz às exigências da vida mercantil. A segunda, limitada aos bens imóveis, navio e aeronaves, tem o seu campo de incidência estreito demais. E da anticrese não há falar, dado o desuso e que incorre em nosso direito, como em face de tendência moderna á sua supressão como direito real”.⁸

⁷ Disponível em: <http://www.quintotab.com.br/VisualizarItem.aspx?Id=125&CategoriaId=7>. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. – 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Página 273.

Complementa ainda esse pensamento a posição do jurisconsulto Sílvio de Salvo Venosa:

“Há uma nova modalidade de direito de garantia que é, sem dúvida, a alienação fiduciária. Com a amplitude que a legislação mais recente deu para esse negócio jurídico tanto para os móveis como para os imóveis, haverá, sem dúvida, menor utilização do penhor e da hipoteca”.⁹

Concluído essa passagem sobre a evolução do direito de garantia e as formas pela qual o credor poderia se valer para recuperar seu crédito daquele devedor, constatando que as formas criadas anteriormente como: penhor, hipoteca e anticrese, não atendem mais as necessidades das relações obrigacionais modernas, passamos a estudar a alienação fiduciária propriamente dita, sua evolução no direito brasileiro e seus desafios em um cenário de recessão econômica.

4. A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL NO DIREITO BRASILEIRO.

A alienação fiduciária de imóvel é o negócio jurídico onde o devedor transfere ao credor a propriedade do seu imóvel, como forma de garantia de um negócio, conforme se depreende da leitura do caput do artigo 22, da Lei 9.514/1997.

Cabe destacar o entendimento de Carlos Eduardo Elias de Oliveira, consultor legislativo do Senado Federal na área de Direito Civil, Processo Civil e Direito Agrário:

“Com a alienação fiduciária, o devedor perde a propriedade, e o credor – assumindo a propriedade resolúvel do bem – passa a ser dono até que ocorra o evento futuro e incerto do pagamento integral da dívida. Só remanesce ao devedor, além da posse direta sobre a coisa (por conta do constituto-possessório previsto na legislação), o direito de readquiri-la,

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais** – 11ª ed. São Paulo. Atlas, 2011. Página 535.

caso a dívida garantida seja integralmente paga. Trata-se do chamado direito de reaquisição do devedor fiduciário”.¹⁰

Pois bem, indo além do conceito acima da alienação fiduciária, particularmente de imóvel, é importante saber o motivo pela qual esse instituto de direito de garantia surgiu em nosso ordenamento jurídico, já sabemos que a hipoteca não satisfazia as partes em suas relações de negócio, dado a sua complexidade, motivando assim o surgimento da Lei 9.514/1997 que instituía a alienação fiduciária de imóvel, principalmente como forma de modernização de negócios na área de financiamento imobiliário, impulsionar o mercado de construção civil e financeiro, possibilitando o acesso ao crédito às pessoas de formas menos burocrática, tirando do Estado a maior parte da responsabilidade pelo subsídio financeiro ao acesso a moradia, pois em um cenário de estabilização econômica, possibilitava as pessoas a ter acesso ao crédito diretamente de bancos comerciais sem a ingerência do Estado.

Sobre a criação dessa nova legislação, é importante destacar três exposições de motivos no parecer ministerial que foi anexado ao do projeto de lei:

“9. Com a consolidação em curso da estabilização macroeconômica e o crescimento populacional, vem aumentando não só a demanda por imóveis residenciais, mas também por imóveis não residenciais, sobretudo nos centros urbanos maiores. São necessidades variadas: mais escolas, hospitais, consultórios médicos, shopping centers, etc. Adicionalmente, a terceirização da economia faz crescer o número de empresas de pequeno e médio portes, que necessitam de instalações e reformas para seu funcionamento.

(...)

12. O presente projeto de lei orienta-se segundo as diretrizes de desregulamentação da economia e modernização

¹⁰ Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-132-alienacao-fiduciaria-em-garantia-reflexoes-sobre-a-in-suficiencia-do-cenario-normativo-e-jurisprudencial-atual>>. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

dos instrumentos e mecanismos de financiamento à atividade produtiva. Seu objetivo fundamental é estabelecer as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento de um mercado de financiamento imobiliário. Para o que se criem novos instrumentos e mecanismos que possibilitam a livre operação do crédito para o setor e a mobilização dos capitais necessários à sua dinamização.

(...)

26. Pelas razões apresentadas, estamos convictos de que o presente projeto de lei cria as condições para mobilizar volume crescente de recursos para o setor habitacional, com redução tendencial dos custos dos financiamentos, seja pela ampliação da oferta de imóveis, seja pela diminuição dos riscos implícitos na concessão de crédito. Estaremos assim atingido três objetivos fundamentais do governo de Vossa Excelência, nomeadamente: geração de renda e empregos, ampliação do acesso da população à moradia e promoção do crescimento sustentado da economia.”¹¹

Com essa nova legislação em vigor, aliado ao bom desempenho da economia brasileira, percebeu-se o rápido crescimento desse tipo de negócio, aumentando o volume de vendas de imóveis, movimentando toda a cadeia da construção civil, criação de novos postos de trabalho, com esse cenário favorável, a legislação em principio cumpriu seu papel.

Em razão desse aparente sucesso da legislação anterior, nasceu a Lei 10.931/2004, onde foi autorizado as partes celebrarem os diversos tipos de contratos com garantia de alienação fiduciária de imóvel, senão vejamos:

Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos

¹¹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb>>. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel.¹²

As partes dessa forma passaram a adotar a alienação fiduciária de bem imóvel para seus contratos, como por exemplo, a cédula de crédito bancário para capital de giro, as partes viram na legislação mencionada uma oportunidade de impulsionar os empréstimos e financiamentos com esse tipo de garantia, em razão da sua fácil execução o que também possibilitava uma menor taxa de juros.

Mas a utilização da alienação fiduciária de imóvel em outros tipos de obrigação, além do financiamento de imóvel, não foi pacífica, começou a surgir no Poder Judiciário, tanto na esfera estadual como na federal os primeiros questionamentos em relação à Lei 10.931/2004 e sua combinação com a Lei 9.514/97, sendo que muitas Cortes de Justiça entendiam que não se poderia dar o imóvel como garantia de contratos com base na Lei 9.514/97, pois contrariava seu objetivo que era possibilitar a compra de um imóvel, como título de exemplo é possível citar uma decisão de 2011 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COM PEDIDO DECLARATÓRIO DE NULIDADE DE GARANTIA FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. PEDIDO LIMINAR DE SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE CONSOLIDAÇÃO DO BANCO NA POSSE E PROPRIEDADE DO IMÓVEL. GARANTIA FIDUCIÁRIA VINCULADA A CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - EMPRÉSTIDO DE CAPITAL DE GIRO. DESATENDIMENTO DA FINALIDADE DO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS (LEI 9.514/97). MÚTUO CONTRAÍDO POR SOCIEDADE EMPRESÁRIA. IMÓVEL DADO EM GARANTIA FIDUCIÁRIA DE PROPRIEDADE DE SÓCIO E UTILIZADO COM O FIM DE MORADIA. RELEVANTES FUNDAMENTOS PARA A SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO. PERICULUM IN MORA CONFIGURADO. RECURSO

¹² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

PROVIDO. 1. A finalidade perseguida com a edição da Lei nº 9.514/97 visa proteger o Sistema Financeiro Imobiliário e o de Habitação como um todo, garantindo que o fluxo de recursos para os programas de casa própria não fiquem estagnados, bem como seja colocada a disposição da população, em condições de adquirir imóveis, uma grande quantidade de opções de aquisição, ou seja, prestigiando os bons pagadores em detrimento dos maus pagadores; 2. A constituição de garantia fiduciária sobre bem imóvel deve estar de acordo com o escopo da Lei 9.514/97, que é o incentivo ao financiamento imobiliário (para aquisição, edificação ou reforma do imóvel), com vistas ao atendimento do direito constitucional à moradia (art. 6º, CF); 3. Mostra-se impertinente, contrariando a finalidade da Lei 9.514/97, que o imóvel onde o sócio reside seja dado em garantia fiduciária de contrato de empréstimo para capital de giro contraído pela sociedade empresária; 4. Sendo relevantes os fundamentos, e considerando o perigo de desapossamento do imóvel residencial, plenamente cabível a suspensão liminar do procedimento extrajudicial de consolidação do banco na posse e propriedade do imóvel.

(TJ-PR - AI: 7374272 PR 0737427-2, Relator: Lauri Caetano da Silva, Data de Julgamento: 02/03/2011, 17ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 595)

Tal entendimento acima não foi a que prevaleceu, pois se passou a admitir a alienação fiduciária de imóvel como garantia para várias modalidades de contrato bancários, seja por pessoa física ou jurídica, seja para financiamento da compra de um imóvel, seja para fazer a capitalização de uma empresa, ilustra essa posição a decisão abaixo do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. CONTRATAÇÃO POR QUALQUER PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA. 1- Embora a alienação fiduciária de bens imóveis tenha sido introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 9.514/97, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, seu alcance foi ampliado por legislação posterior, especialmente a Lei nº 11.481/2007, a qual alterou as disposições contidas no art. 22 da Lei nº

9.514/97, estendendo a utilização da alienação fiduciária de imóveis a qualquer pessoa física ou jurídica. **Portanto, o legislador expressamente possibilitou a qualquer pessoa física ou jurídica contratar a alienação fiduciária de imóveis, transformando-a em uma nova modalidade de garantia real**, não sendo ela, portanto, privativa das entidades que operam o Sistema Financeiro Imobiliário. 2- A fim de assegurar a efetividade do processo, a parte agravante deve ser mantida na posse do imóvel e a CEF impedida de aliená-lo, até a prolação de sentença. 3- Agravo de instrumento parcialmente provido.

(TRF-4 - AG: 50250896320154040000 5025089-63.2015.404.0000, Relator: CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Data de Julgamento: 25/08/2015, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 27/08/2015). Grifos nossos.

Com esse breve histórico, podemos observar como foi há evolução da alienação fiduciária de imóvel como forma de garantia, qual foi seu objetivo pelo legislador que era fomentar a economia e vários tipos de mercado, no item a seguir passamos a estudar a respeito sobre o procedimento extrajudicial de expropriação do imóvel, artigo 26, da Lei 9.514/97, surgindo dessa forma o núcleo do nosso estudo, as primeiras dúvidas e posições da jurisprudência sobre o princípio da ampla defesa, artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 e como esse princípio deverá ser aplicado como forma de preservar a propriedade e sua função social.

5. DO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE EXPROPRIAÇÃO.

O início do procedimento de expropriação extrajudicial do imóvel se inicia como o descumprimento contratual da outra parte, que deixa de honrar com o pagamento financeiro programado junto ao credor, essa mora pode ocorrer por diversos fatores, normalmente econômica.

Importante destacar que a propriedade fiduciária de imóvel, somente se constitui mediante a devida averbação na matrícula do imóvel, perante o Registro de Imóveis competente, conforme estabelece o artigo 23, da Lei 9.514/97.

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

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.¹³

Diante da certeza do credor sobre a mora do devedor em relação ao contrato firmado entre as partes, o mesmo terá direito a acionar via Cartório de Registro de Imóveis o devedor, para que o mesmo faça o adimplemento da sua obrigação, conforme se observa pela leitura do § 1º:

§ 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 intimação¹⁴.

Essa carência entre a data do primeiro dia em mora até o acionamento via cartório vai depender do pacto contratual, o legislador não se propôs a estipular uma data, como observamos no paragrafo 2º, do artigo 26, da norma.

Em relação à intimação do devedor para que realize o pagamento do débito, a regra prevista no § 3º, do artigo 26, é que seja feito pessoalmente pelo oficial cartorário ou ainda pelo correio, com aviso de recebimento.

¹³ **Vade Mecum – Método – legislação 2016. – 4. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método 2016. Pág. 1.269.**

¹⁴ *Ibidem*

Podemos presumir que seja preferível a intimação por oficial cartorário, porque o mesmo goza de fé pública relativa¹⁵, pela importância do negócio jurídico e por envolver um alto valor agregado ao bem, quando a intimação ocorre por via postal, a mesma é cercada das mesmas dificuldades que normalmente ocorre com a hipoteca, envolve várias dificuldades de localização do devedor, suscitando ainda questionamentos posteriores no Judiciário de quem recebeu a intimação e se a mesma era válida, motivo pela qual normalmente o credor opta pela intimação pessoal.

Sobre essa questão, importante citar o entendimento de Renata Seixas Amante Fares em seu artigo científico na Escola da Magistratura Estadual do Rio de Janeiro:

“Na alienação fiduciária de bem imóvel, há necessidade de constituição em mora do fiduciante, a qual se dará por meio de intimação. Dada à natureza e relevância do bem, todo rigor será necessário para essa constituição em mora, o que implica em afirmar que essa intimação será necessariamente pessoal, ou seja, na figura do fiduciante ou de seu representante legal e, somente na falta desses é que a intimação dar-se-á por edital, nos termos do § 4º, do art. 26, da Lei n. 9.514/97. Contrariamente, na alienação fiduciária de bem móvel, a mora constitui-se *ex re*, valendo a intimação como meio de sua prova. Trata-se de um abrandamento dado pelo legislador quando do Decreto-lei n. 911/69.

Além dessas diferenças quanto à constituição em mora do devedor fiduciante, outro efeito diferenciador é que na alienação fiduciária em garantia sobre bem imóvel é indispensável que a notificação venha acompanhada do cálculo atual da dívida, devidamente discriminado, sob pena de não ser constituído em mora o devedor, não se aplicando a Súmula

¹⁵ “Não se ignora que o Oficial de Registro de Imóveis goze de fé pública. Todavia a presunção é relativa, e, conforme já assinalado na decisão agravada, num juízo de cognição sumária a notificação do agravado através de edital, especificamente no caso dos autos não se revelou a melhor escolha, pois não foram esgotadas todas as tentativas de comunicação pessoal”. (TJPR - 17ª C.Cível - A - 1081834-5/01 - Foz do Iguaçu - Rel.: Luis Sérgio Swiech - Unânime - - J. 12.02.2014)

245, do Superior Tribunal de Justiça. Esse entendimento restringe-se à propriedade fiduciária de bem móvel em que a mora do devedor é ex re, configurando-se, portanto, independentemente de notificação”.¹⁶

Como bem lembrado pela Autora a intimação do devedor deverá estar acompanhada com o cálculo da dívida, para que o Autor saiba exatamente o que compõem o débito, conforme determina o § 1º, do artigo 26, possibilitando que ele faça o pagamento dentro do prazo de quinze dias.

Quando não encontrado o devedor para ser intimado a respeito do débito, para que se inicie o prazo de quinze dias, a legislação prevê em seu artigo 26, § 4º, a intimação por edital:

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu cessionário, ou seu representante legal ou procurador encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventuário encarregado da diligência e informado ao oficial de Registro de Imóveis, que, à vista da certidão, promoverá a intimação por edital publicado durante 3 (três) dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária, contado o prazo para purgação da mora da data da última publicação do edital.¹⁷

Essa modalidade de intimação é a excepcionalidade do sistema, a exemplo do que ocorre no Processo Civil¹⁸, pois normalmente envolve

¹⁶ Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/>. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

¹⁷ **Vade Mecum – Método – legislação 2016. – 4. Ed. Ver., atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método 2016. Pág. 1.269.

¹⁸ Art. 256. A citação por edital será feita: I - quando desconhecido ou incerto o citando; II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando; III - nos casos expressos em lei. § 1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória. § 2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão. § 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos. - **Vade Mecum – Método – legislação 2016. – 4. Ed. Ver., atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método 2016. Pág. 982.

prejuízo a uma das partes, nesse caso o devedor, importante destacar a decisão do Superior Tribunal de Justiça que aborda justamente esse assunto:

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. LEI Nº 9.514/97. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL. INTIMAÇÃO DO FIDUCIANTE. PURGAÇÃO DA MORA. INTIMAÇÃO POR EDITAL. ESGOTAMENTO DOS MEIOS DE LOCALIZAÇÃO DO MUTUÁRIO. NECESSIDADE. 1. A exemplo do que ocorre nos procedimentos regidos pelo Decreto-Lei nº 70/66 e pelo Decreto-Lei nº 911/69, a validade da intimação por edital para fins de purgação da mora no procedimento de alienação fiduciária de coisa imóvel, regrado pela Lei nº 9.514/97, pressupõe o esgotamento de todas as possibilidades de localização do devedor. 2. No caso dos autos, o próprio contrato de financiamento firmado entre as partes indicava o endereço residencial do mutuário, que foi ignorado para fins de intimação pessoal. 3. Recurso especial provido. (REsp 1367179/SE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 16/06/2014)

Veja que a norma legal prevê a presença de um dos três elementos para que seja feito a intimação por edital, local ignorado, incerto ou inacessível, podemos encontrar o significado desses termos na lição de Humberto Theodoro Junior:

“Equiparam-se, outrossim, ao lugar ignorado, para efeito de citação-edital, aquele que, embora conhecido seja inacessível à Justiça, para realização do ato citatório. A inacessibilidade, por outro lado, tanto pode ser *física* como *jurídica*. Exemplo de local juridicamente inacessível, para efeito de justificar a citação por edital, é o país estrangeiro que se recusa a dar cumprimento à carta rogatória (art. 256, § 1º).

Segundo o novo Código, é considerado em local ignorado ou incerto o citando se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de

informações de seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos (art. 256, § 3º).¹⁹

Essa modalidade de intimação gera discussões judiciais, pois o devedor questiona judicialmente todo o procedimento de expropriação, alegando que não foi intimado corretamente pelo credor, pedindo a nulidade da consolidação do imóvel e suspensão do leilão extrajudicial, se o credor não tomar os devidos cuidados para localizar o devedor, pode ter problemas futuros na consolidação do imóvel, conforme se observa nas decisões abaixo:

“Conquanto a Oficial de Justiça não tenha logrado êxito em encontrar a autora no endereço indicado no contrato, o Banco deixou de diligenciar de maneira satisfatória no sentido de buscar a real localização "notadamente porque se tratava do próprio objeto do financiamento.”

Portanto, a intimação por edital é medida extrema, já que representa forma excepcional de comunicação ficta, somente admissível diante da comprovação de atendimento aos pressupostos específicos da medida como garantia do respeito ao devido processo legal”. (TJ-SC - AG: 20140375508 SC 2014.037550-8 (Acórdão), Relator: Cláudio Barreto Dutra, Data de Julgamento: 19/11/2014, Quinta Câmara de Direito Comercial Julgado). Grifos nossos.

“O pedido inicial é de reintegração de posse de imóvel alienado fiduciariamente na forma da Lei 9.514/97, julgada improcedente, tendo em vista que o requerido foi intimado por edital, por não ter sido encontrado quando procurado pelo Oficial do Registro de Imóveis para a intimação para purgação da mora. Estabelece o § 4º do artigo 26 da Lei 9.514/97 que se o fiduciante estiver em lugar incerto e não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo então ao oficial do registro de imóveis promover a intimação por edital.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I.** 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Página 560.

No entanto, no caso, o preso à disposição da justiça no sistema prisional estadual, não pode ser considerado como em lugar incerto e não sabido. Ao contrário, está em local conhecido e cabe ao credor interessado tomar as cautelas necessárias antes de optar por intimação por edital. Não se pode considerar como efetuada validamente a intimação para purgação da mora em situações como esta. **A draconiana Lei 9.514/97, ao instituir um sistema de expropriação contra o inadimplente, que o deixa praticamente sem qualquer possibilidade de compensação com valores já pagos, em rapidíssima execução extrajudicial, exigiu cuidados mínimos, que devem ser rigorosamente seguidos, exatamente por se tratar de procedimento extrajudicial, sem o crivo do contraditório”** (TJ-SP - APL: 00091265220098260457 SP 0009126-52.2009.8.26.0457, Relator: Manoel Justino Bezerra Filho, Data de Julgamento: 25/03/2014, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/03/2014). Grifo nossos.

Em ambos os casos, o procedimento extrajudicial foi anulado em razão de que a intimação pessoal foi feita de forma incorreta, sem as cautelas necessárias, passando diretamente para a intimação por edital, o que foi afastado pelo Poder Judiciário, principalmente em razão de que nesse procedimento extrajudicial não é dada oportunidade ao contraditório ao devedor, como bem observou em sua decisão o Desembargador Relator Manoel Justino Bezerra Filho, sendo que tal abordagem será feita de forma mais substancial em tópico posterior juntamente com o princípio da ampla defesa.

Sendo o devedor intimado, seja pessoalmente ou por edital, inicial o prazo para pagamento do débito apontado pelo devedor no prazo de 15 (quinze) dias, sendo que a norma do artigo 26, § 1º, não menciona se o prazo seria em dias úteis ou corridos, entendemos que o prazo seria contado da mesma forma que no Código de Processo Civil, conforme estabelece o artigo 219.

Havendo o pagamento do débito pelo devedor ao credor, a situação contratual volta a *status quo*, não havendo o pagamento do débito o Cartório de Registro de Imóveis a pedido do credor fiduciário promoverá a averbação na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, com o pagamento de todas as custas e impostos devidos, conforme reza o artigo 26, § 7º, da lei 9.514/97.

Verificamos nesse item o procedimento que a lei 9.514/97 prevê para a intimação do devedor para pagamento, o prazo e a forma dessa intimação, a possibilidade de intimação do devedor e a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário em caso de inadimplemento, passaram a ver nos itens a seguir a relação desse procedimento ocorrer via extrajudicial e se haveria cerceamento de defesa e contraditório, outras possibilidades do devedor se opor a cobrança do credor.

6. DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.

A primeira discussão que se faz em relação à alienação fiduciária de imóvel é em relação ao seu procedimento de recuperação de crédito através do Cartório de Registro de Imóveis, afastando em um primeiro momento a intervenção do Poder Judiciário nessa relação.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Republicana de 1988, reza que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito. Sobre esse princípio cabe mencionar a lição de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

“Estabelece esse postulado que, entre nós, somente o Poder Judiciário decide definitivamente, com força de coisa julgada (sistema de jurisdição única). Trata-se de princípio relacionado à própria estrutura jurídico-política do Estado brasileiro, especialmente à independência entre os Poderes, obstando que o Legislativo ou o Executivo reduzam o campo de atuação do Judiciário, mediante a edição de leis, medidas provisórias,

enfim, de atos que pretendessem excluir determinadas matérias ou controvérsias da apreciação judicial.

Consustancia, outrossim, uma das mais relevantes garantias aos indivíduos (e também às pessoas jurídicas), que têm assegurada, sempre que entendam estar sofrendo uma lesão ou ameaça a direito de que se julguem titulares, a possibilidade de provocar e obter decisão de um Poder independente e imparcial. Por essa razão, não só a lei está impedida de excluir determinadas matérias ou controvérsias da apreciação do Judiciário; a inafastabilidade de jurisdição, sendo garantia individual fundamental, está gravada como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, IV), insuscetível de abolição, nem mesmo mediante emenda à Constituição.

Não é correto, porém, com fundamento nesse princípio, afirmar que toda controvérsia, que qualquer matéria possa ser submetida ao Poder Judiciário. Com efeito, existem situações que fogem à apreciação judicial, tais como a prática de atos *interna corporis* (de competência privativa das Casas Legislativas), o mérito administrativo (valoração administrativa, nos limites da lei, quanto à oportunidade e conveniência para a prática de um ato administrativo, no que respeita aos elementos "motivo" e "objeto" do ato) - dentre outras".²⁰

Como bem destacado pelos Autores o princípio da inafastabilidade da jurisdição apesar de ser uma cláusula pétrea, sendo sempre a última esfera estatal a dar a palavra, não obriga que todas as controvérsias tenham que passar pelo crivo do Poder Judiciário, principalmente as relações privadas.

É de conhecimento geral que o Poder Judiciário sofre com a sobrecarga de trabalho, necessitando cada vez mais de estrutura e de recursos para que possa dar andamento ao volume de ações²¹ que cada ano aumenta na justiça

²⁰ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. - 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. Página 163.

²¹ “O Tribunal Superior do Trabalho (TST) estima que, por causa da crise, as Varas Trabalhistas deverão receber este ano um adicional de 3 milhões de novos processos. Se a previsão se confirmar, representará aumento de quase 13% em relação a 2015. Entre 2014 e 2015, o número de novas ações trabalhistas cresceu 5,1%. “O tsunami está chegando até nós”, diz o presidente do TST, Ives Gandra da Silva Martins Filho”. Disponível em: <http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,a-crise-e-a-justica-do-trabalho>. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

estadual e especializada, motivo pela qual o legislador procurou formas de que relações privadas, como a relação de crédito não dependam de processos judiciais para se chegar a uma solução.

Para ilustrar esse entendimento cabe citar as palavras de Nelson Luiz Machado Lamengo:

“O legislador, sensível à necessidade de reduzir a excessiva intervenção do Poder Judiciário nas relações privadas, desenvolveu algumas modalidades de garantia que podem ser executadas independentemente de qualquer provimento jurisdicional e que podem ser constituídas sobre bens intangíveis que dispensam a necessidade de realização, os quais não eram alcançados pelas espécies tradicionais de garantia, contribuindo, assim, para a maior celeridade e efetividade da recuperação do crédito.

Ademais, com a perspectiva de redução da oferta de crédito no cenário mundial, efeito da crise bancária desencadeada pelo aumento da inadimplência de financiamentos imobiliários nos EUA, as garantias constituídas sobre intangíveis e que contam com procedimento de excussão simplificado aumentam a efetividade da recuperação do crédito, contribuindo para a redução do custo do crédito.

Podemos observar essa opção do legislador infraconstitucional de retirar do Judiciário, parte dessa carga de trabalho com processos de fundo essencialmente privado, através do Novo Código de Processo Civil, quando introduz no ordenamento jurídico brasileiro o usucapião extrajudicial, conforme prevê o Artigo 1071, com a introdução do artigo 216-A na Lei 6.016/73, Lei de Registro Públicos.²²

²² **Art. 216-A.** Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias; II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula

Podemos observar que a discussão se é constitucional ou não o procedimento ser via extrajudicial não encontra mais razões para maior debate, sendo assim uma tendência natural a ser seguido pelo legislador infraconstitucional para relações privadas, o que se passa a se discutir é que ao adotar essa via o legislador não estaria mitigando o direito da ampla defesa e do contraditório e ainda trazendo prejuízos ao direito consagrado da propriedade.

Apesar da Lei 9.514/97 não prever expressamente meios para que o devedor possa contestar o débito que lhe é cobrado, pois apenas prevê que o devedor deverá efetuar o pagamento dentro do prazo de quinze dias para evitar a perda propriedade, podemos entender que o direito ao contraditório e a ampla defesa não foram afastados.

Desse entendimento compartilha o Professor Melhim Namem Chalhub:

“Efetivamente, o contraditório se materializa pela possibilidade de reação, a partir do momento em que a parte toma ciência de algum ato que lhe seja desfavorável, como observa Sergio La China, para quem a manifestação técnica do contraditório decorre da articulação de dois aspectos, quais sejam a informação (notificação, citação) e reação (embargos, ação), necessária sempre a primeira, eventual a segunda (mas necessário que seja efetivamente viável).

Em procedimentos como os do Dec.-lei 70/1966 e das Leis 4.591/1964 e 9.514/1997, a prévia audiência da parte, para instauração da ampla defesa, se torna possível a partir do momento em que se efetiva a notificação, pois é por ela que se

dos imóveis confinantes; III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel. **Vade Mecum – Método – legislação 2016. – 4. Ed. Ver., atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2016. Pág. 1019.

dá ciência do prazo ao devedor, e essa ciência viabiliza sua resistência por qualquer dos meios admitidos em direito, judiciais ou extrajudiciais, por força do binômio informação + reação que deflagra o contraditório. É a partir do recebimento da notificação que o devedor poderá deflagrar o contraditório e, para isso, a Constituição põe à sua disposição todos os meios necessários à efetivação da garantia do direito de ação.

Em qualquer das modalidades extrajudiciais de cobrança e leilão, os tribunais têm assegurado a efetividade dos meios de defesa do devedor e, ao fazê-lo, não raras vezes determinam a interrupção do procedimento, em presença de vícios ou em caso de pendência de julgamento sobre questões relativas ao conteúdo do contrato de empréstimo, registrando-se tendência no sentido de se sustar a realização do leilão mediante depósito, pelo devedor, da parcela não-controvertida da dívida, realizando-se mensalmente esses depósitos até o julgamento final da lide”.²³

O professor Melhim entende que após o devedor ser notificado abriria para ele todas as possibilidades de discutir judicialmente o débito e eventuais cláusulas contratuais, inclusive depositando em juízo o valor do débito e suspendendo o leilão.

O princípio do contraditório e da ampla defesa esculpido na Carta Magna de 1988, no artigo 5º, inciso LV, diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

²³ CHALHUB, Melhim Namem. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS. ASPECTOS DA FORMAÇÃO, EXECUÇÃO E EXTINÇÃO DO CONTRATO. Revista de Direito Imobiliário | vol. 63/2007 | p. 82 - 111 | Jul - Dez / 2007 | DTR\2007\908.

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;²⁴

Sobre a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa na esfera extrajudicial podemos citar a lição dos professores Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco na obra de Direito Constitucional:

“Entende-se que o direito à defesa e ao contraditório tem plena aplicação não apenas em relação aos processos judiciais, mas também em relação aos procedimentos administrativos de forma geral. Observe-se, contudo, que em alguns procedimentos administrativos - inquéritos policiais - ou judiciais - inquéritos judiciais - o contraditório e ampla defesa podem não existir ou existir de forma atenuada, em razão de colisão com outros direitos fundamentais”.²⁵

Com base nesse entendimento, o devedor teria direito não apenas de contestar o débito judicialmente, mas poderia se opor extrajudicialmente já na esfera do Cartório do Registro de Imóveis, quando este lhe fizesse a notificação extrajudicial, por meio de uma contra notificação, veja que essa possibilidade não se mostra totalmente sem amparo, quando vemos o artigo 216-A, § 7º, da Lei 6.015 de 1973, que dispõe sobre os Registros Públicos:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

(...)

²⁴ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional. Ed. rev. e atual.** – São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 469.

§ 7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.²⁶

Pode o devedor seguir pelo caminho da suscitação da dúvida, onde o oficial de Registro de Imóveis levará a questão ao Juízo competente, como prevê o artigo 198, da Lei de Registro de Público, para decidir o caso:

Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimi-la, obedecendo-se ao seguinte.²⁷

Podemos observar o uso da suscitação de dúvida em discussões que envolvam a alienação fiduciária de imóvel, como observamos abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL - PROCEDIMENTO DE SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA INVERSA - MORA DO FIDUCIANTE - REQUERIMENTO DE INTIMAÇÃO DO FIDUCIÁRIO AO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS - COMPETÊNCIA PREVISTA NA LEI Nº 9.514/97 - INTIMAÇÃO DO FIDUCIANTE DIRETAMENTE OU POR SOLICITAÇÃO - AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DE EMOLUMENTOS PARA O ATO DE INTIMAÇÃO DIRETA - EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO - DÚVIDA INVERSA ACOLHIDA. De acordo com o art. 26, da Lei nº 9.514/97, compete ao Oficial de Registro de Imóveis efetuar ou solicitar que seja efetuada, após requerimento do credor fiduciário, a intimação que constitui em mora o devedor insolvente nos contratos de financiamento com cláusula de alienação fiduciária. Não importa o nome dado ao ato praticado pelo Oficial de Registro de Imóveis, se intimação ou notificação, mas sim o seu conteúdo, com a exortação do fiduciante a que efetue o pagamento da dívida e dos seus

²⁶ **Vade Mecum – Método – legislação 2016. – 4. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método 2016. Pág. 1019.**

²⁷ **Vade Mecum – Método – legislação 2016. – 4. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método 2016. Pág. 1018.**

encargos, sob pena de se consolidar a propriedade em nome do fiduciário. O fato de não terem sido fixados pela Lei nº 15.424/2004 emolumentos para o ato do Oficial do Registro de Imóveis de intimação do fiduciante para purgar a mora não obsta o cumprimento do disposto no art. 26, da Lei Federal nº 9.514/97, pelos Cartórios de Registro de Imóveis, haja vista que o referido artigo prevê que a intimação seja feita diretamente ou por meio de solicitação ao Oficial de Registro de Títulos e Documentos.

(TJ-MG - AC: 10439120015367001 MG, Relator: Edilson Fernandes, Data de Julgamento: 16/04/2013, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/05/2013)

Em uma segunda hipótese, o devedor pode impugnar o pedido de consolidação do credor e assim forçar o envio do litígio para a esfera do Poder Judiciário, com base no artigo 216-A, parágrafo 10, da Lei 6.015 de 1973:

§ 10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.²⁸

Das hipóteses elencadas acima e a sua utilização vão depender primeiro do entendimento do oficial de Registro de Imóveis, como ensina o Prof. Samir José Caetano Martins:

“Convém assinalar, ainda, que nada obsta a que o Oficial de Registro de Imóveis, em qualquer dos casos, preste sua contribuição para o controle de legalidade das execuções extrajudiciais de créditos imobiliários, suscitando dúvida, na forma do art. 198 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros

²⁸ **Vade Mecum – Método – legislação 2016. – 4. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método 2016. Pág. 1019.**

Públicos), na qual aponte à autoridade judiciária as irregularidades constatadas, de forma a impedir o registro do título aquisitivo defeituosamente formado”.²⁹

O oficial de Registro de Imóveis pode entender pela não aplicação dessas normas no procedimento do Artigo 26 da Lei 9.514/97, mas o que pode realmente influenciar sobre a utilização desses meios de oposição são os argumentos trazidos pelo devedor para se contrapor contra o pedido do credor, pela purgação da mora ou a consolidação de propriedade, simplesmente o devedor se opor contra o credor sem qualquer razão de direito vai de encontro com o princípio da boa-fé contratual.

Verificamos que procedimentos extrajudiciais são uma tendência do legislador infraconstitucional na esfera do direito privado afim de trazer soluções mais rápidas para os cidadãos, sendo que o Poder Judiciário somente deverá intervir nas controvérsias, mas que apesar dessa opção do legislador no que tange ao procedimento da Lei 9.514/97, o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório não podem ser mitigados, caminhando a doutrina e a jurisprudência para caminhos onde se crie condições do devedor apresentar meios de defesa já na esfera extrajudicial, principalmente naqueles casos onde há um abuso do credor, como por exemplo, a cobrança de encargos contratuais não previstos ou mesmo a cobrança de parcelas do contrato que já foram pagas.

Passamos agora a estudar duas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que reforçam a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, a primeira sobre a necessidade de intimação prévia sobre o leilão extrajudicial e a segunda sobre a possibilidade de fazer o pagamento do débito antes da arrematação.

²⁹ MARTINS, Samir José Caetano. **EXECUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS: O DEBATE SOBRE SUA CONSTITUCIONALIDADE**. Revista de Processo | vol. 196/2011 | p. 21 - 64 | Jun / 2011 | DTR\2011\1614.

7. DA NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DO LEILÃO DE ACORDO COM O RECURSO ESPECIAL Nº 1.447.687/DF.

Observamos anteriormente que após a notificação do devedor para pagamento do débito, não sendo realizado a purga da mora no prazo de quinze dias, o cartório de registro de imóveis irá averbar na matrícula do imóvel a consolidação de propriedade em favor do credor fiduciária que terá o prazo de 30 (trinta) dias para fazer o leilão extrajudicial, conforme dispõe o artigo 27 da Lei 9.514/97:

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

§ 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes.

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.³⁰

Pela leitura da norma legal acima e as subsequentes, não se vê previsão legal expressa sobre a notificação prévia do devedor fiduciário a respeito das praças extrajudiciais, mas como veremos no próprio entendimento do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva do Superior Tribunal de Justiça, vemos que no artigo 39, inciso II, da Lei 9.514/97, prevê que se aplicada subsidiariamente o Decreto-Lei nº 70/66, senão vejamos:

Art. 39. Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei:

³⁰ **Vade Mecum – Método – legislação 2016. – 4. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método 2016. Pág. 982.**

I - não se aplicam as disposições da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, e as demais disposições legais referentes ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH;

II - aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.³¹

O ministro dá destaque em seu voto para outra decisão do próprio Superior Tribunal de Justiça e menciona o artigo 36 do Decreto-Lei nº 70/66:

"Art 36. Os públicos leilões regulados pelo artigo 32 serão anunciados e realizados, no que êste decreto-lei não prever, de acôrdo com o que estabelecer o contrato de hipoteca, ou, quando se tratar do Sistema Financeiro da Habitação, o que o Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação estabelecer. Parágrafo único. Considera-se não escrita a cláusula contratual que sob qualquer pretexto preveja condições que subtraiam ao devedor o conhecimento dos públicos leilões de imóvel hipotecado, ou que autorizem sua promoção e realização sem publicidade pelo menos igual à usualmente adotada pelos leiloeiros públicos em sua atividade corrente".

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é pela maior publicidade possível ao leilão extrajudicial, com a aplicação conjunta do Decreto-Lei nº 70/66, dar mais uma oportunidade ao devedor fiduciário, dando a possibilidade de fazer o pagamento do débito e recuperar o bem imóvel.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça tem sido o parâmetro utilizado pelas demais Cortes de Justiça como jurisprudência para julgar questões semelhantes, onde se discutem a ausência de intimação do devedor a respeito do leilão, conforme podemos observar na decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação nº 1002775-65.2015.8.26.0609 de relatoria do Desembargador Ruy Coppola em 15 de setembro de 2016:

³¹ **Vade Mecum – Método – legislação 2016. – 4. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método 2016. Pág. 982.**

“Isso porque, segundo entendimento do C.”. STJ, é imprescindível a intimação pessoal do devedor acerca do local, dia e hora da realização do leilão extrajudicial realizado sob o rito da Lei nº 9.514/97, sob pena de nulidade da execução extrajudicial.

Segundo entendimento consolidado por aquela Corte, embora a Lei nº 9.514/97, mormente em seus artigos 26 e 27, não disponha, expressamente, sobre a necessidade de tal intimação, é certo que, no artigo 39, II, determina, sem qualquer ressalva, que “às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei (...) aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.

Sendo assim, a intimação do leilão é providência que assegura, ao devedor, a possibilidade de efetuar a purgação da mora antes da arrematação ou, como se deu no caso, antes da conclusão dos leilões e da extinção da dívida do agravante, com a conseqüente extinção da relação contratual com o réu. Ausente tal intimação, torna-se duvidosa a validade da execução extrajudicial, que impôs a rescisão do contrato de financiamento”.

A jurisprudência ao seguir esse entendimento segue no caminho mais acertado, dando ampla aplicação da garantia da ampla defesa e do contraditório, garante a lisura do procedimento extrajudicial e do certame de venda do imóvel, pois o devedor pode entender que houve a venda do imóvel por preço vil e assim questionar em juízo o valor da venda, até porque tem interesse no saldo remanescente da venda.

Outro aspecto importante que é mencionado no voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva do Superior Tribunal de Justiça, é que a venda do imóvel em leilão representa a última oportunidade do devedor de poder realizar o pagamento do débito e permanecer com o bem, veja que essa possibilidade é outra construção da jurisprudência como iremos estudar no Recurso Especial nº

1.462.210/RS, pois a Lei 9.514/97 não menciona essa possibilidade de fazer o pagamento do débito após o prazo de quinze dias.

Isso reforça o entendimento de que a propriedade está protegida por diversas garantias constitucionais, pois a propriedade sempre será vista do aspecto da sua função social, apesar de ser utilizada como garantia de crédito, a mesma é cercada de cuidados para que esse uso não gere distorções de direitos para as pessoas e prejuízos ao mercado financeiro, como já vimos ocorrer em países como Estados Unidos³².

8. DA QUITAÇÃO DO DÉBITO ANTES DA ARREMATÇÃO DE ACORDO COM O RECURSO ESPECIAL Nº 1.462.210/RS.

Conforme visto no tópico anterior, a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.447.687/DF, foi no sentido da aplicação do Decreto-Lei 70/66 e seus dispositivos a respeito do procedimento extrajudicial da Lei 9.514/97, a necessidade de intimação do devedor fiduciário a respeito dos leilões extrajudiciais, visando garantir a publicidade do leilão e ainda a possibilidade do devedor ter mais uma última chance de fazer o pagamento do débito antes da arrematação, o voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva dá destaque a esse entendimento:

“Em primeiro lugar, a assinatura do auto de arrematação representa o último momento para purgação da mora, daí a relevância do conhecimento pelo devedor do momento da alienação do bem.”

Dessa forma aplica-se sobre os contratos de alienação fiduciária de imóvel o artigo 34 do Decreto 70/66:

³² “Disto resulta que a propriedade, dentro de relações entre pessoas, depende de uma regulamentação mínima do Estado para que possa ser socialmente justa. O liberalismo exacerbado é contrário às regras de propriedade e pode resultar até mesmo em prejuízo ao seu titular, tal como ocorreu na crise imobiliária americana de 2008”. LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **O REGISTRO DE DIREITOS DIANTE DA CRISE IMOBILIÁRIA GLOBAL**. Revista de Direito Imobiliário | vol. 77/2014 | p. 225 - 249 | Jul - Dez / 2014 | DTR\2014\18615.

Art. 34. É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o artigo 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos:

I - se a purgação se efetuar conforme o parágrafo primeiro do artigo 31, o débito será acrescido das penalidades previstas no contrato de hipoteca, até 10% (dez por cento) do valor do mesmo débito, e da remuneração do agente fiduciário;

II - daí em diante, o débito, para os efeitos de purgação, abrangerá ainda os juros de mora e a correção monetária incidente até o momento da purgação.³³

O mesmo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no voto do Recurso Especial nº 1.462.210/RS, reforça a sua posição a respeito da possibilidade da purgação da mora até a arrematação do imóvel por terceiro:

“Em primeiro lugar, a assinatura do auto de arrematação representa o último momento para purgação da mora, daí a relevância do conhecimento pelo devedor do momento da alienação do bem.”

Importante destacar que a purgação da mora tem que ser de forma integral, ou seja, o devedor deverá pagar as parcelas vencidas e vincendas e todas as despesas do credor, como bem lembra o Desembargador Shiroshi Yendo da 15ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em seu voto no Agravo de Instrumento nº 1.563.098-1, proferida em 28 de setembro de 2016:

“No entanto, apesar de ser possível que o devedor realize a purgação da mora em 15 dias após a intimação de que trata o art. 26, §1º, da Lei nº 9.514/1997, ou a qualquer tempo, até a assinatura do auto de arrematação, de conformidade com o art. 34 do Decreto-lei nº 70/1966, verifica-se que a parte autora requereu a consignação em pagamento das parcelas vincendas, a partir de maio de 2016 (fl. 79-TJ), o que é

³³ **Vade Mecum – Método – legislação 2016. – 4. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método 2016. Pág. 982.**

inadmissível, em razão do disposto no próprio art. 26 §1º, da Lei nº 9.514/1997.

(...)

Ressalte-se que o depósito de importância que não representa o pagamento da quantia das parcelas vencidas e vincendas não tem o condão de purgar a mora e impedir a alienação do bem”.

Na mesma 15ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, já houve entendimento divergente em 2015, na qual não haveria necessidade dessa nova intimação do devedor em relação ao leilão extrajudicial, conforme observamos no julgado abaixo:

Agravo de instrumento. Anulatória com pedido de tutela antecipada. Imóvel. Alienação fiduciária. Propriedade consolidada em favor do credor fiduciante. Leilão extrajudicial. Desnecessidade de nova intimação do devedor fiduciário. Verossimilhança afastada. Tutela antecipada revogada. 1. Constituído o devedor fiduciário formalmente em mora, deflagrado o procedimento extrajudicial para consumação da garantia representada pela garantia fiduciária e aperfeiçoada a intimação exigida como forma de ser-lhe assegurada oportunidade para emendar a mora, a expiração do prazo assinalado para quitação do débito inadimplido enseja a efetivação da garantia fiduciária mediante a consolidação da propriedade do imóvel que a representa em nome do credor fiduciante (Lei nº 9.514 /97, art. 26). 2. Consolidada a propriedade do imóvel oferecido em garantia em nome do credor fiduciante, o bem deve ser alienado, em leilão público, no trintídio subsequente à averbação da propriedade, não remanescendo ao devedor nenhum direito sobre o bem nem lastro para se opor à consumação da alienação, cuja condução está afeta ao credor, restando ao devedor fiduciário apenas o direito a eventual saldo do produto da alienação uma vez esta consumada. 3. Nestas condições, carece de verossimilhança apta a justificar a suspensão do leilão extrajudicial, a alegação de ausência de intimação do devedor fiduciário da realização

do leilão extrajudicial, quando já consolidada a propriedade do imóvel em nome do credor fiduciante. Agravo de instrumento provido. (TJPR - 15ª C.Cível - AI - 1368988-6 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Hamilton Mussi Correa - Unânime - - J. 08.07.2015).

Entendemos que a decisão de setembro de 2016 é mais acertada e de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Ainda sobre o voto do ministro no acórdão nº REsp 1.462.210/RS, a possibilidade da purgação da mora decorre do fato de que o contrato com garantia fiduciária imobiliária não se extingue por completo com a consolidação da propriedade, faltando com último ato a venda do bem em leilão:

“No entanto, apesar de consolidada a propriedade, não se extingue de pleno direito o contrato de mútuo, pois o credor fiduciário deve providenciar a venda do bem, mediante leilão, ou seja, a partir da consolidação da propriedade do bem em favor do agente fiduciário, inaugura-se uma nova fase do procedimento de execução contratual.

Portanto, ao contrário do consignado no acórdão recorrido, no âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato que serve de base para a existência da garantia não se extingue por força da consolidação da propriedade, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, a partir da lavratura do auto de arrematação.

De fato, 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”.

Fica claro que com esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é garantir a preservação do direito de crédito, como era o objetivo do legislador infraconstitucional, mas conciliando esse direito com a proteção da propriedade, pois o objetivo do credor não é a de adquirir um imóvel e sim que seja cumprido o contrato entre as partes, havendo interesse do devedor em recuperar o seu imóvel, devera ser garantido esse direito, desde que o faça em tempo razoável e antes que se proceda e venda a terceiros, sendo o princípio da boa-fé o norte para análise de cada caso concreto, como bem lembra o Desembargador José Carlos Varanda em seu voto na Apelação Cível nº 0027768-43.2010.8.19.0066:

“Sem dúvida, é legítima a intervenção estatal na atividade econômica, para fazer prevalecer os princípios norteadores da ordem econômica consagrados pela Constituição. "Operando-se tal atividade através dos contratos, expressão máxima da autonomia da vontade, legítimo é estabelecer limites a sua concretização, os quais, por força do princípio da legalidade, devem ter sede na lei, a qual não pode desconsiderar a livre iniciativa (que não pode ser inviabilizada pela irracionalidade do controle).

Faça-se, pois, respeitar o princípio da boa-fé objetiva, defendendo o consumidor de todas estipulações abusivas e de todas as obrigações impostas de maneira ofensiva ao necessário e razoável equilíbrio eqüitativo entre prestações e contraprestações; mas não se transforme a intervenção judicial em mera e simplória negativa do princípio da obrigatoriedade do contrato, pois, da desvalorização desse instrumento fundamental a economia assentada na livre iniciativa, decorre fatalmente a ruína do sistema programado pela ideologia econômica de nossa Constituição”.

Ficará a cargo do magistrado³⁴ analisar o caso concreto se o entendimento do Recurso Especial nº 1.462.210/RS se aplica ao caso concreto, se há elementos suficientes para aceitar a purgação da mora solicitada pelo devedor.

³⁴ “Por isso é que, como alerta Dinamarco, “... se de um lado no Estado Moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade. Todo empenho que se espera do juiz no curso do processo e para sua instrução precisa, pois, por um lado, ser conduzido com a consciência dos objetivos e menos apego às formas como tais ou à letra da lei; mas, por outro, com a preocupação pela integridade do due process of Law, que representa penhor da segurança aos litigantes.

9. CONCLUSÃO.

A finalidade do trabalho foi desenvolver um pensamento crítico sobre a Lei 9.514/97 à luz da Constituição Federal de 1988, no que tange aos seus princípios da ampla defesa e do contraditório.

Foi feita uma abordagem sobre o direito de propriedade e da sua função social, esculpida na Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, artigos 182, § 2º, e artigo 186 da CF/88.

Sendo posteriormente analisada a origem da garantia fiduciária, primeiramente no Direito Romano com a utilização do próprio corpo do devedor, passando para análise dos institutos do penhor, anticrese e hipoteca.

Logo após, foi feito o estudo da Alienação Fiduciária no direito brasileiro, sua origem legislativa e seu conceito legal, seu objetivo de alavancar os mercados de venda e construção de imóveis, bem como de capitais.

Com essa estrutura, passamos a analisar a Lei 9.514/97 sobre o enfoque constitucional e sobre o prisma dos princípios da ampla defesa e do contraditório, como meios de garantir ao devedor o direito de permanecer com o imóvel, mas sem retirar do credor o seu direito de recuperação de crédito.

E com base nesses princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, passamos a estudar dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, sendo que em ambos é aplicado o Decreto Lei 70/1966, como forma de complementar lacuna normativas da Lei 9.514/97.

Sendo que o REsp nº 1.447.687/DF, firma o entendimento sobre a necessidade da intimação prévia do devedor a respeito do leilão extrajudicial

É claro que, com certas atitudes, menos ortodoxas ou desapegadas do texto da lei, o juiz acaba por endereçar os fatos a resultados que não seriam atingidos se sua postura fosse outra e que não costumavam sê-lo antes das inovações que ele põe em prática.” LENZA, PEDRO. **Direito Constitucional Esquematizado** - 10ª edição – São Paulo. Editora Método. 2006 – pág. 370 - Nota de rodapé.

realizado pelo credor, como forma de possibilitar a ampla publicidade e evitar nulidades, como venda pelo preço vil.

E por fim, analisamos o REsp 1.462.210/RS, onde possibilita ao devedor fiduciário a purgação da mora até a arrematação do imóvel, com cuidado que essa purgação da mora deverá ser feita de forma integral, ou seja, de todas as parcelas não pagas do contrato e despesas oriundas do débito.

O estudo derivou de análises de decisões do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Paraná e suas Câmaras Cíveis com enfoque naquelas que tratam sobre matéria bancária, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com o objetivo principal de conjugar legislação, doutrina e jurisprudência com o fim de auxiliar o operador do direito sobre o tema tão relevante.

10. REFERÊNCIAS.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento Contratual**. 1ª ed. 6ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

CHALHUB, Melhim Namem. **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS. ASPECTOS DA FORMAÇÃO, EXECUÇÃO E EXTINÇÃO DO CONTRATO**. Revista de Direito Imobiliário | vol. 63/2007 | p. 82 - 111 | Jul - Dez / 2007 | DTR\2007\908.

LENZA, PEDRO. **Direito Constitucional Esquematizado** - 10ª edição – São Paulo. Editora Método. Mar. 2006.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **O REGISTRO DE DIREITOS DIANTE DA CRISE IMOBILIÁRIA GLOBAL**. Revista de Direito Imobiliário | vol. 77/2014 | p. 225 - 249 | Jul - Dez / 2014 | DTR\2014\18615.

MARTINS, Samir José Caetano. **EXECUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS: O DEBATE SOBRE SUA CONSTITUCIONALIDADE**. Revista de Processo | vol. 196/2011 | p. 21 - 64 | Jun / 2011 | DTR\2011\1614.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional. Ed. rev. e atual.** – São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 338/339.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. - 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. Página 163.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. – 21ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2013. Página 273.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Direito Registral Imobiliário**. Curitiba. Editora Juruá, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Página 560.

Vade Mecum – Método – legislação 2016. – 4. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método 2016. Pág. 982.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais – 11ª ed.** São Paulo. Atlas, 2011. Página 533.