



A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.514/97: UMA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DO IMÓVEL

Milena Zampieri Sellmann¹
Leandro Abdalla Ferrer²

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de abordar questões acerca da constitucionalidade da Lei nº 9.514/97, fazendo uma análise ótica sobre o procedimento de alienação fiduciária do imóvel. Para que a pesquisa fosse possível, foram utilizados como método de pesquisa, levantamento bibliográfico, legal, jurisprudencial e documental acerca do tema. A contribuição deste presente estudo, consiste em demonstrar a constitucionalidade, necessidade, celeridade e eficiência deste importante instituto legal.

Palavras chave: constitucionalidade; alienação fiduciária; lei; doutrina; jurisprudência.

THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF LAW 9.514 / 97: AN ANALYSIS OF THE PROPERTY DISPOSAL PROPERTY

ABSTRACT

The present work has the scope of addressing questions about the constitutionality of Law nº 9.514 / 97, making an optical analysis about the fiduciary alienation procedure of the property. In order for the research to be possible, bibliographic, legal, jurisprudential and documentary research on the topic were used as a research method. The contribution of this study is to demonstrate the constitutionality, necessity, speed and efficiency of this important legal institute.

Keywords: constitutionality; fiduciary alienation; law; doctrine; jurisprudence.

INTRODUÇÃO

¹Especialista, Mestre e Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP. MBA na área de gestão universitária. Extensão Universitária em Boston College, Laspau, University of Toronto, University of London, University of Southern California, Hong kong Institute of Education, Center for World-Class Universities of Shanghai Jiao Tong University e Université Paris - Est Créteil. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - U. E. de Lorena/SP. Advogada tributarista, preventiva e contenciosa, até março de 2018. Professora de Direito Tributário nos Cursos de Graduação e Pós-graduação (lato sensu e stricto sensu) em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - U. E. de Lorena/SP, instituição na qual também atuou como Coordenadora do Curso de Direito. Professora de Direito Tributário e Prática Tributária no Damásio Educacional. Aprovada nos Concursos Públicos de Provas e Títulos para Outorga de Delegações de Notas e de Registro do Estado de Minas Gerais - Editais 01/2011 e 01/2014. Tabela e Oficiala no Estado de Minas Gerais.

²Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Elpídio Donizetti. Especialista em Direito Processual Aplicado pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Faculdade de São Lourenço. Sócio no Escritório Ferrer, Aon e Vianna Sociedade de Advogados. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de São Lourenço - UNISEPE. E-mail: leferrer13@yahoo.com.br.





Em 20 de novembro de 1997, foi promulgada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, a Lei de nº 9.514, cujo objetivo foi de instituir e regulamentar o Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI.

Quase vinte anos após sua promulgação, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 860.631/SP, decidiu favorável a repercussão geral do tema, para enfim se manifestar acerca de sua (in)constitucionalidade.

Neste artigo, buscaremos escutar sobre toda a evolução legislativa, bem como sobre os procedimentos de alienação fiduciária do imóvel, bem como analisar os aspectos sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.514/97.

2 – EVOLUÇÃO CONCEITUAL DO INSTITUTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DO IMÓVEL

O instituto da Alienação Fiduciária, apareceu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei nº 4.728/65, com o intuito de facilitar a recuperação de capital, devido ao aumento de devedores inadimplentes. Tal lei conceituou de forma breve, em seu artigo 66 (já revogado), o conceito de alienação fiduciária: “nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida”.

Em 1969, através do Decreto-Lei nº 911, foi modificada a redação do artigo 66 da Lei nº 4.728/65, melhorando o conceito de Alienação Fiduciária:

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

Desta forma, o Decreto-Lei determinou o procedimento que o credor deveria seguir quando da inadimplência do devedor, ou quando este se recusasse a entregar o bem que lhe era de direito.

Scavone Junior (2016, p. 505) aponta que este instituto surgiu com a promulgação da Lei nº 9.514/97:

A alienação fiduciária de bem imóvel surge no Direito pátrio através da Lei 9.514/1997, sendo definida como o negócio mediante o qual o devedor (fiduciante),



transmite a propriedade imobiliária ao fiduciário (credor), em garantia da dívida assumida pela aquisição de imóvel.

Assim houve uma conceituação legislativa mais clara sobre o instituto da Alienação Fiduciária, que pode ser extraída de seu artigo 22: “A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”. Do dispositivo legal referido, pode concluir-se que a alienação fiduciária é uma maneira de garantir ao credor, de lhe ser transferida a propriedade, até que o devedor quite a dívida. No mesmo diapasão dispõe Kikunaga (2018, p.20):

É o negócio jurídico pelo qual o devedor fiduciante, titular de um direito alienável, constitui uma afetação imobiliária, segregando-o de seu patrimônio pessoal, em garantia de uma dívida, podendo o credor, na inexecução do ora devedor, haver para si a propriedade desse bem, para satisfação de seu crédito, alienando-o em hasta pública.

Já Lima (2011, p.59) conceitua como:

negócio de garantia que é, desenvolve-se como um direito acessório, dependente de uma obrigação principal, notadamente um contrato mútuo, pelo qual o devedor – chamado de fiduciante – realiza, por si, ou por intermédio de terceiro, a entrega de bem imóvel, para o credor – dito fiduciário -, em propriedade resolúvel, enquanto durar a obrigação principal.

Pode-se concluir portanto, que o devedor utiliza-se de um bem no qual não detém mais a propriedade, no qual ele só recupera a propriedade quando do pagamento integral da dívida.

3 – PROCEDIMENTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA POR EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

Para ser formalizado o contrato de alienação fiduciária, devem ser preenchidos os requisitos do artigo 24 da Lei nº 9.514/97:

Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá:

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

Parágrafo único. Caso o valor do imóvel convencionado pelas partes nos termos do inciso VI do caput deste artigo seja inferior ao utilizado pelo órgão competente como base de cálculo para a apuração do imposto sobre transmissão inter vivos,



exigível por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, este último será o valor mínimo para efeito de venda do imóvel no primeiro leilão.

Caso haja inadimplência do devedor, o credor deverá notificá-lo para purgar a mora no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena, de não os fazendo, o imóvel que foi apresentado em garantia seja consolidado em nome deste. Assim prescreve o artigo 26 da Lei nº 9.514/97:

Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

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

§ 2º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.

§ 3º A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído se encontrar em outro local, incerto e não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao oficial do competente Registro de Imóveis promover a intimação por edital, publicado por 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.

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalidar-se-á o contrato de alienação fiduciária.

§ 6º O oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio.

§ 8º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27.

Porém deve ser lembrado, que para esta notificação ter validade, deve-se ser realizada na pessoa do devedor, seu representante legal, ou seu procurador regularmente constituído, conforme §3º do artigo acima transcrito. No mesmo sentido entende-se a jurisprudência do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544, DO CPC) – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO LIMINAR – NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INCONFORMISMO DA MUTUÁRIA. 1. Em caso de alienação fiduciária, a mora deve ser comprovada por meio de notificação extrajudicial realizada por intermédio do cartório de títulos e documentos a ser entregue no domicílio do devedor, sendo dispensada a notificação pessoal. Precedentes do STJ. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 676508 / MS AGRAVO



REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2015/0053544-9 relator
Ministro MARCO BUZZI 4ª Turma).

Após a consolidação da propriedade em nome do credor, este tem trinta dias para promover o leilão extrajudicial do imóvel, nos termos do artigo 27 da referida legislação:

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 leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único do art. 24 desta Lei, 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.

§ 2º-A. Para os fins do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo, as datas, horários e locais dos leilões serão comunicados ao devedor mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico. § 2º-

B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos. § 3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais;

II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

§ 7º Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica.)

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse.



§ 9º O disposto no § 2º-B deste artigo aplica-se à consolidação da propriedade fiduciária de imóveis do FAR, na forma prevista na Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.

A Lei nº 9.514/97 não prescreve um procedimento específico para a realização do leilão. Sobre o tema Chalhub (2006, p.195) disserta que:

A lei não dispõe sobre os procedimentos para a realização do leilão, determinando, entretanto, que eles devem ser explicitados em cláusula do contrato de alienação fiduciária. Devem as partes, obviamente, ater-se aos princípios gerais que regem a matéria, já consagrados no Código de Processo Civil, na Lei 4.591/64 e no Decreto-lei 70/66. Assim, em atenção à segurança jurídica, os procedimentos do leilão deverão estar explicitamente previstos no contrato, podendo-se considerar, a título de sugestão os seguintes procedimentos.

Cabe ressaltar, que não há previsão legal de sanção caso o credor não cumpra este prazo de trinta dias, não cabendo portanto ao tabelião fiscalizar se tal prazo foi devidamente cumprido. Também é importante salientar que o leilão do imóvel deve ser realizado na Comarca aonde fica o imóvel. Assim entende a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Registro de Imóveis – Alienação fiduciária em garantia – Ausência de prova da publicação do edital dos leilões no local da situação do imóvel – Leilão realizado em local diverso daquela em que situado o imóvel, sem previsão legal ou contratual – Registro inviável – Recurso não provido” (Apelação nº 1007423-92.2017.6.26.0100, Rel. Des. Corregedor Geraldo Francisco Pinheiro Franco, j. 24/07/2018, DJE 14/08/2018).

Caso o valor arrematado no leilão seja maior que o da dívida, ocorre a entrega do valor restante ao devedor e caso o valor seja a menor, mesmo assim este fica exonerado de pagar o restante da dívida.

4 – EXTINÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A Lei nº 9.514/97 prescreve que a propriedade transmitida ao credor fiduciário é resolúvel, ou seja, é aquela que está subordinada a uma condição resolutiva. Diniz (2016, p. 762) define propriedade resolúvel como:

(...) a condição e o termo resolutivo operam retroativamente, de maneira que todos os direitos que se constituíram em sua pendência serão desfeitos, como se nunca tivessem existido, e os seus adquirentes, que vierem a herde-los, não poderão alegar quaisquer prejuízos, que advierem dessa resolução, isto porque esses danos, que porventura, sobrevierem são oriundos de sua própria negligência ou do fato de terem assumido os riscos dessa resolução. Tem, ainda, o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, ação reivindicatória para recuperar o bem do poder de quem o detenha ou possua, por tê-lo adquirido de proprietário resolúvel.

O Código Civil Brasileiro também trata de propriedade resolúvel em dois artigos:



Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.

Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor.

Desta maneira, quando o devedor termina de pagar o preço estabelecido, resolve-se a propriedade do credor:

Art. 25³. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

§ 1º No prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato.

§ 2º À vista do termo de quitação de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

Então deverá ser levado o termo de quitação ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca aonde este está localizado, para que se proceda a baixa no registro de alienação fiduciária.

5 – (IN)CONSTITUCIONALIDADE da LEI Nº 9.514/97

Desde a promulgação da Lei nº 9.514, no longínquo ano de 1997, houve diversos questionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca de sua constitucionalidade, seja total ou parcial.

Um dos argumentos de quem defende a inconstitucionalidade da lei, é que a forma de leilão, prescrito no artigo 27 da legislação (anteriormente explicado), viola a Constituição Brasileira em seu artigo 5º, XXXV, LIV e LV:

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:

[...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

[...]LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

³ BRASIL. **Lei nº 9.514**, de 20 de novembro de 1997. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.



Estes alegam que indubitavelmente a Lei em questão 9.514/97, entra em rota de colisão com o artigo 5º, incisos LIV e LV da nossa carta política, uma vez que, no seu artigo 27, permite a consolidação da propriedade em favor do agente financeiro, sem a indispensável instauração de um processo judicial administrativo, Assim dispõe Fabrício (2000):

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

Outro argumento é que o texto constitucional é claro e cristalino ao prescrever que os litigantes do processo judicial e administrativo são asseguradas o contraditório e ampla defesa. Nesse sentido dispõe Fleury (2011, p.12):

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

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

Já no que tange ao afronte constitucional do Princípio da Inafastabilidade Jurisdicional, um dos principais pontos argumentados, seria que em nenhum momento há a participação do Poder Judiciário na perda da propriedade. Assim sustenta Fabrício (2000):

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

Já quem defende a constitucionalidade da Lei n 9.514/97, defende que é uma maneira de resguardar o direito do credor e que não há impedimento legal para que o devedor caso se



sinta prejudicado, ingresse com uma ação própria pleiteando seu direito. Nesse sentido, a Ministra Cármen Lúcia votou na Medida Liminar na Ação Cautelar 3.853/RS:

[...] com efeito, não há financiamento de imóveis envolvidos, mas sim a obtenção de recursos financeiros em empréstimo contendo cláusula de garantia diversa da hipotecária, apta a influenciar até mesmo as condições da avença em favor do mutuário, pois a espécie de garantia em causa evidentemente confere maiores poderes e segurança ao mutuante. [...]. É sabido que as instituições financeiras balizam os parâmetros da disponibilização de capital no mercado em grande medida em razão das garantias dadas pela contraparte. Ora, a conduta dos autores, portanto, configura verdadeiro venire contra factum proprium, malferindo o princípio da boa-fé objetiva.

No mesmo diapasão afirma Aragão (2003, p.511):

A Lei 9.514/97 cuida que o contrato garantido por alienação fiduciária de imóvel seja suficientemente claro para permitir seu perfeito entendimento pelas partes e define todo um longo procedimento para garantir o equilíbrio de direitos e deveres entre elas. Assim, conforme já indicado, o fiduciante e fiduciário devem deixar expressos, no contrato, o valor pelo qual o imóvel deverá ser vendido em leilão no caso de inadimplência, e os critérios da respectiva revisão (art. 24, VII).

Desta forma, não cabe ao devedor alegar que foi prejudicado, pois este quando da assinatura do contrato de alienação fiduciária sabia todos os termos do presente e caso queira discutir algo nada impede a propositura da competente ação de conhecimento para a apreciação do Poder Judiciário.

Tartuce (2019, p. 780) também defende a constitucionalidade da referida lei, com o argumento de que se esta fosse inconstitucional, a Lei de Arbitragem também seria:

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

Por sua vez Dantzer (2010, p. 127) argumenta que o devedor tem de cumprir todos os termos do contrato de alienação fiduciária, sob pena de haver um desequilíbrio entre este e o Estado:

O Estado atua em busca de uma precisa finalidade, qual seja, a obtenção de recursos crescentes para a moradia – preocupação eminentemente social. Já o indivíduo, que aqui se personifica como o mutuário do Sistema Financeiro da Habitação, tem liberdade de usufruir de planos habitacionais que são oferecidos pelo Estado a partir da obtenção de recursos, porém, tem igualmente a obrigação, na acepção jurídica do termo, de cumprir com o compromisso assumido, devendo honrar o contrato firmado, que faz lei entre as partes, velando pelo seu fiel cumprimento em todos os termos convencionados. Certamente, apenas com a obtenção desse equilíbrio é que a



função social da propriedade, tão pregada, difundida e expressamente prevista em nosso Sistema Jurídico, poderá ser atingida na sua plenitude.

Recentemente esta matéria chegou ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 860.631/SP, no qual foi reconhecida a Repercussão Geral:

Nessa modalidade de contrato não há transmissão da propriedade ao devedor, mas tão somente transferência da posse direta do bem. O credor fiduciário, portanto, não se imiscui no patrimônio do devedor para executar bem de propriedade alheia, uma vez que o imóvel permanece sob propriedade da instituição financeira até a quitação do contrato pela outra parte, o que se traduz em diferença substancial entre as relações jurídicas de hipoteca e de alienação fiduciária para a finalidade de análise à luz dos princípios constitucionais invocados.

Saliente-se, ademais, que os contratos firmados pelo Sistema Financeiro Imobiliário são produzidos em massa em todo o país, enquanto os juros praticados, inclusive em programas sociais de incentivo à moradia, são estabelecidos em plena consonância com os riscos decorrentes da inadimplência e com o tempo estimado para reaver imóveis nessa situação. Além disso, há necessidade de posicionamento desta Suprema Corte no que concerne à matéria sub examine, a fim de se garantir segurança jurídica aos contratantes e maior estabilidade às relações jurídicas no mercado imobiliário nacional, tudo a influenciar políticas governamentais de incentivo à moradia.

Assim conclui-se que o STF deve se posicionar em breve sobre a (in)constitucionalidade da Lei nº 9514/97 e espera-se que entenda por sua constitucionalidade com o argumento que não se impede o acesso à via judicial, em nenhum momento, o que deve ser buscado pelo devedor que se sentir prejudicado com a perda de sua propriedade.

6 – APLICABILIDADE DO ARTIGO 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR?

Outra discussão sobre a Lei nº 9514/97 é se o artigo 53 do CDC aplica-se ou não quando na consolidação de propriedade no contrato de alienação fiduciária, veja-se o dispositivo legal:

Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.

§ 3º Os contratos de que trata o caput deste artigo serão expressos em moeda corrente nacional.



Melo (2007, p. 489) afirma que a doutrina se divide pela aplicação ou não do referido artigo:

a existência de duas correntes: a primeira entendendo ter sido afastada a aplicação do art. 53, uma vez que a Lei 9.514/97 é posterior e específica; e outra que entende que a penetração da Lei 8.078/90 é maior que a da Lei 9.514/97, porque aquela tem seu fundamento de validade na própria Constituição Federal, que repudia o confisco e o enriquecimento sem causa.

Quando a presente questão chegou para a apreciação do Poder Judiciário, este tem entendido pela não aplicação do artigo 53 do CDC, nos contratos de alienação fiduciária. Veja-se decisão do TJMG:

EMENTA: DIREITO CIVIL E LEGISLAÇÃO ESPECIAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO OU RESILIÇÃO CONTRATUAL. COMPROMISSO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. FINANCIAMENTO COM GARANTIA FIDUCIÁRIA. ESPÉCIE REGIDA PELA LEI Nº 9.514/97. LIQUIDAÇÃO DO CONTRATO QUE DEVE SEGUIR O PROCEDIMENTO PRÓPRIO DE ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO BEM DADO COMO GARANTIA. PROPRIEDADE CONSOLIDADA NA ESFERA JURÍDICA DO CREDOR FIDUCIANTE. RESCISÃO OU RESILIÇÃO ORDINÁRIA DO PACTO, PROMOVIDA PELO DEVEDOR INADIMPLENTE. IMPOSSIBILIDADE. CDC E LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. SOLUÇÃO DA ANTINOMIA. PREVALÊNCIA DA NORMA ESPECIAL E POSTERIOR. APELO PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS. 1. Tratando-se de compra e venda de imóvel financiado por meio de garantia fiduciária, regulamentada por norma específica (Lei n.º 9.514/97), defesa é a permissividade de rescisão ou resilição do contrato promovida por iniciativa do devedor fiduciário, fundada primordialmente na sua ausência atual de condições econômicas para honrar o compromisso assumido, devendo a liquidação do contrato e das obrigações observar o disposto na citada norma de regência. 2. Ausente o inadimplemento do credor fiduciante, não se reconhece a incidência do artigo 53 do CDC, por ser o contrato de compra e venda do imóvel amparado com garantia de alienação fiduciária e, já consolidada a respectiva propriedade em favor daquele, torna-se impositiva a observância do artigo 27, § 4.º e seguintes da referida Lei n.º 9.514/97, a respeito do critério de devolução, que é próprio desta espécie de negócio jurídico, além de mais recente que a norma consumerista.

V.V. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DOS VALORES. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR. PLEITO JUDICIAL DE RESCISÃO CONTRATUAL ANTERIORMENTE À NOTIFICAÇÃO DE MORA PROMOVIDA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E DA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE, OBJETO DO CONTRATO, EM FAVOR DO CREDOR FIDUCIÁRIO. POSSIBILIDADE. RETENÇÃO DE VALORES ENTRE 10% E 25%. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ABATIMENTO DAS CUSTAS DECORRENTES DA RESCISÃO. NECESSIDADE. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA PARTE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - Não tendo a Lei 9.514/1997 tratado especificadamente do tema - pleito rescisório formulado pelo comprador, em razão da impossibilidade superveniente de pagamento das parcelas devidas, antes da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, - não há de se sustentar pela aplicação máxima "lex specialis derogat legi generali". O Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e de interesse social (art. 1º, do CDC), cumprindo ser aplicado de forma mais ampla possível, com o fito de compatibilizá-lo com as demais regras normativas existentes, na busca da



concretização de direitos fundamentais extraídos diretamente da Constituição da República Federativa do Brasil, tais como aquele previsto no artigo 5º, XXXII. - Não obstante, o pleito de rescisão do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, realizado pelo comprador, em razão de impossibilidade de manutenção do pacto por culpa exclusiva sua (inadimplência), somente poderá ser admitido caso ocorra antes da notificação extrajudicial que o notifica da sua mora e, ainda, desde que anterior à consolidação da propriedade do bem imóvel, objeto do contrato, em nome do credor fiduciário. - Em se tratando de rescisão motivada por inadimplência do comprador, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a retenção de 10% (dez por cento) a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia se mostra devida ao vendedor, precedentes aplicáveis de forma analógica ao presente caso. - O abatimento das custas decorrentes da rescisão contratual se mostra devida, a fim de não causar enriquecimento sem causa ao promitente comprador, bem como por configurar obrigação natural decorrente da extinção prematura do contrato por culpa exclusiva do devedor fiduciário.

O entendimento do TJMG é que a não aplicabilidade do dispositivo mencionado por ser o contrato de compra e venda do imóvel amparado com garantia de alienação fiduciária e, já consolidada a respectiva propriedade em favor do credor, torna-se impositiva a aplicação da Lei nº 9.514/97. No mesmo sentido vem a jurisprudência do STJ:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL: AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM RESTITUIÇÃO. DISSONÂNCIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. APLICAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 53. NÃO INCIDÊNCIA. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ação de rescisão contratual cumulada com restituição de valores pagos devido a impossibilidade de quitação das prestações do contrato de compra e venda de imóvel, gravado com cláusula de alienação fiduciária firmado entre as partes.
2. A Lei n.º 9.514/1997, que institui alienação fiduciária de bens imóveis, é norma especial e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor – CDC. Em tais circunstâncias, o inadimplemento do devedor fiduciante enseja a aplicação da regra prevista no arts. 26 e 27 da lei especial.
3. Recurso Especial conhecido e provido.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu a não aplicabilidade do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor diapasão que a Lei nº 9.514/97 é especial e posterior ao CDC, e então seria obrigatório sua aplicabilidade em caso de colisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho o objetivo foi fazer uma análise ótica do procedimento de alienação fiduciária do imóvel prevista na Lei nº 9.514/97 e discutir sua constitucionalidade.

Foi discorrido sobre a evolução conceitual do conceito de alienação fiduciária do imóvel, seu procedimento de execução extrajudicial e a extinção da alienação fiduciária do



imóvel. Por fim trouxe-se posições doutrinárias e jurisprudenciais da discussão constitucional da referida lei e sobre a aplicabilidade do artigo 53 do CDC quando colidir com esta.

Assim concluiu-se pelo entendimento da constitucionalidade da Lei nº 9.514/97 e pela não aplicação do artigo 53 do CDC no procedimento de alienação fiduciária do imóvel.

REFERÊNCIAS:

ARAGÃO, José Maria. **Sistema financeiro da habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema**. 3. ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2003.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Acesso em: 30 jan. 2019.

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

BRASIL. **Decreto-Lei nº 911**, de 01 de outubro de 1969. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.728**, de 14 de julho de 1965. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14728.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.514**, de 20 de novembro de 1997. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 676508/MS**. Relator Min. Marco Buzzi. Brasília, DF. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/192165490/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-676508-ms-2015-0053544-9/relatorio-e-voto-192165517>. Acesso em: 18 mar. 2021.



BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.535.926/DP**. Relator Min. Nancy Andrigui. Brasília, DF. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/614390517/recurso-especial-resp-1535926-df-2015-0131141-9>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Liminar na Ação Cautelar 3.853 – RS**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/880964790/reclamacao-rcl-20223-rs-rio-grande-do-sul-0001249-7220151000000>. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 860.631/SP**. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4694303&numeroProcesso=860631&classeProcesso=RE&numeroTema=982>. Acesso em 17 mar. 2021.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20a. ed., vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2016.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A alienação fiduciária de imóveis: aspectos processuais da lei nº 9.514/97**. In: Simpósio Nacional De Direito Bancário, 1., 2000, São Paulo. Disponível em: <http://www.fabricioadvogados.com.br/Artigos/art8.htm>. Acesso em: 16 nov. 2020.

FLEURY, Daniel de Souza. **A inconstitucionalidade da execução extrajudicial do decretolei nº 70/1966**. 2011. 21 f. Artigo Científico (Pós-graduação) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/DanieldeSouzaFleury.pdf. Acesso em: 17 nov. 2020.

KIKUNAGA, Marcus Vinícius. **Aspectos gerais da alienação fiduciária de bem imóvel**. In: ROCHA, Mauro Antônio (Coord.) **Alienação fiduciária de bem imóvel: 20 anos da lei 9.514/1997: aspectos polêmicos**. São Paulo: Editorial Lepanto, 2018.





LIMA, Frederico Henrique Viega de. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.** 4ª ed. (ano 2009), 2ª reimpr. (ano 2010). Curitiba: Juruá, 2011.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das Coisas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação nº 10000180681892003.** Rel. Des. Luiz Artur Hilário. Disponível em https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=9146CFAE2270F9175CA65FC62D76EC79.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.0681892%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 17 mar. 2021.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 1007423-92.2017.6.26.0100.** Rel. Des. Corregedor Geraldo Francisco Pinheiro Franco. Disponível em: [/https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/607433907/10074239220178260100-sp-1007423-9220178260100](https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/607433907/10074239220178260100-sp-1007423-9220178260100). Acesso em 17 jan. 2021.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário – Teoria e Prática.** 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das coisas.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.