

A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITOS DO SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO

Samir José Caetano Martins

Mestre em Direito (UGF). Advogado.

1. Introdução

Em mais uma tentativa de reaquecer o mercado imobiliário, foi editada a Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário (Lei nº 9.514/97) – que não exclui a permanência do combalido Sistema Financeiro da Habitação – a qual tem como objetivo básico minimizar os riscos dos investimentos em operações imobiliárias, o que tende a conferir uma maior rentabilidade aos investidores e, assim, atrair um maior volume de recursos para o setor.

Para atingir seu objetivo, a Lei nº 9.514/97 conta, em linhas gerais, com três instrumentos: (i) o reforço da securitização de créditos imobiliários (que já fora sistematizada pela Lei nº 8.668/93 e pelas Instruções da Comissão de Valores Mobiliários nº 205/94 e 206/94); (ii) o aperfeiçoamento do sistema de garantias contratuais e (iii) a previsão da Execução Extrajudicial para satisfação de créditos garantidos por alienação fiduciária em garantia sobre bem imóvel.

Um imóvel (*rectius*: o direito de propriedade ou outros direitos reais sobre coisa imóvel, como o direito real de aquisição) pode servir como lastro da garantia do adimplemento de qualquer obrigação, inclusive da obrigação de restituir o valor emprestado para a aquisição do próprio imóvel¹. Dentre as diversas espécies de garantia, pode ser escolhida a fidúcia. A fidúcia pode ser operacionalizada por meio de diversos instrumentos jurídicos, entre eles a alienação fiduciária em garantia, que passou a ter como objeto tanto bens móveis quanto imóveis por força da Lei nº 9.514/97.

¹ Na época da edição da Lei 9.514/97 verificou-se certa vacilação da comunidade jurídica na utilização de imóveis como garantia de qualquer espécie de obrigação – e não apenas nas obrigações legadas à aquisição de imóveis. As dúvidas em torno deste ponto só foram dissipadas pelo artigo 19 da Medida Provisória nº 2.223/2001, integralmente reproduzido pelo artigo 51 da Lei nº 10.931/2004, que assim dispõe: “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 de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel”.

Ocorrendo o inadimplemento da obrigação garantida por alienação fiduciária em garantia, a propriedade do imóvel se consolida no patrimônio do credor (isto é, o credor passa a deter não apenas a propriedade fiduciária, mas já a propriedade plena do imóvel), nos termos do artigo 26 da Lei nº 9.514/97.

Diferentemente das suas congêneres, a Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário não apontou o número de prestações – pressupondo-se que a obrigação a ser satisfeita será paga de forma parcelada, como de ordinário ocorre no mercado imobiliário – que, não sendo pagas, autorizarão o procedimento satisfativo.

É recomendável que o credor aguarde o inadimplemento de três prestações para iniciar a Execução Extrajudicial, observando a simetria com os demais procedimentos extrajudiciais, a fim de evitar uma eventual alegação de nulidade da cláusula que prevê a imediata execução por contrariedade ao princípio da boa-fé objetiva.

Segundo prestigiosa corrente doutrinária, o credor só pode optar pela extinção do vínculo contratual quando se verificar um inadimplemento expressivo por parte do devedor: trata-se da Teoria do Adimplemento Substancial, divulgada por juristas de expressão doutrinária e influência nos tribunais, como RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, que neste particular influenciou a orientação do Superior Tribunal de Justiça, enquanto Ministro daquela Corte, como se colhe de breve excerto do voto condutor de sua lavra:

A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. Usar do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva, pois não é eticamente defensável que a instituição bancária alegue a mora em relação ao pagamento da última parcela, esqueça o fato de que o valor do débito foi depositado em juízo e estava à sua disposição, para vir lançar mão da forte medida de reintegração liminar na posse do bem e pedir a extinção do contrato. O deferimento de sua pretensão permitiria a retenção dos valores já recebidos e, ainda, obter a posse do veículo,

para ser revendido nas condições que todos conhecemos, solução evidentemente danosa ao financiado.²

Embora, em um primeiro momento, a propriedade plena se consolide nas mãos do credor, este não pode integrá-la definitivamente a seu patrimônio. Pelo menos, não sem antes levá-la à praça, por meio de execução judicial ou extrajudicial. Somente se, após regularmente realizadas duas praças, o imóvel não vier a ser arrematado ou a dívida não houver sido de qualquer modo satisfeita (ou de qualquer outro modo extinta), é que o imóvel passará a integrar, agora definitivamente, o patrimônio do credor, conforme será exposto no item 5 infra.

2. Natureza Jurídica da Execução Extrajudicial de Créditos

Entre os meios tradicionais de satisfação de pretensões (processo, autocomposição e autotutela), as execuções extrajudiciais de créditos certamente devem ser consideradas uma espécie peculiar de autotutela.

É conhecida de todos a evolução das técnicas de solução de conflitos da humanidade, na trajetória da pura e simples vingança privada para o processo justo, estruturado sobre um sistema de garantias fundamentais.

Mas o reconhecimento deste progresso não deve conduzir ao equívoco de equiparar a autotutela, tal como hoje é concebida, à vingança privada de outrora, daí se extraindo a ilação de que a autotutela é um mal em si mesma e que deve ser proscrita dos ordenamentos jurídicos.

Na verdade, nenhum ordenamento jurídico é capaz de absorver todos os conflitos sociais e pacificá-los eficientemente sob a forma ideal do processo justo, assim como o próprio Estado não é capaz de preencher todos os espaços da vida dos cidadãos, sendo necessário buscar o ponto de equilíbrio entre as esferas pública e privada na concretização do princípio da subsidiariedade³.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Excel Crédito Financiamento e Investimento S/A e Ailton de Souza Rocha. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 1º de março de 2001. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 28 set. 2004.

³ Para um exame do princípio da subsidiariedade e seus desdobramentos, cabe a referência à obra de HÖFFE, Otfried. *A Democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, trad. Tito Lívio Cruz Romão.

Daí a tendência mundial de estímulo da autocomposição (que se mostra presente nos processos civil e penal, de índole individual e coletiva) e, na mesma linha, de preservação da autotutela (evidentemente, sob o estrito controle estatal).

Atualmente, a autotutela assume múltiplas faces, que ultrapassam largamente os conhecidos exemplos acadêmicos do desforço imediato para proteção possessória (artigo 1.210, § 1º, do Código Civil de 2002), do direito de podar árvores do vizinho (artigo 1.283 do Código Civil de 2002) e do direito de greve (Lei nº 7.783/89) e seu desdobramento mais brando, conhecido como “operação-tartaruga”⁴.

Longe da visão caricata que comparava a autotutela à vingança privada, a concepção atual de autotutela, que preferimos identificar como *autotutela moderna*, revela traços autocompositivos e processuais, sem que sua natureza jurídica possa ser confundida com a autocomposição e o processo.

Nesta linha, ensina ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, são fenômenos peculiares à autotutela praticada nos dias atuais a sua fiscalização processual e a sua processualização⁵:

“101) Por último, la fiscalización procesal de la autodefensa tiene lugar cuando se niegue o se debata judicialmente su existencia, y el proceso sirva para comprobar la realidad de sus requisitos condicionantes (como en los supuestos de legítima defensa o de estado de necesidad) o para certificar su producción y pertinencia, en ambos casos mediante la homologación correspondiente, o sea mediante el visto-bueno o aprobación a posteriori, emitido en forma de sentencia declarativa o de accertamiento, conforme dijimos en el número 33.

⁴ Fiel à fluência da exposição, o presente trabalho se escusa de apresentar as demais espécies de autotutela. Vale mencionar, entre elas, a exceção do contrato não cumprido (artigos 476 e 477 do Código Civil de 2002), o direito de retenção: do locatário na locação de coisas (artigos 571, Parágrafo único e 578 do Código Civil de 2002), do mandatário não ressarcido pelas despesas incorridas no desempenho do encargo (artigo 681 do Código Civil de 2002), do comissário pelo reembolso das despesas incorridas (artigo 708 do Código Civil de 2002) e a execução extrajudicial – mais conhecida, neste caso, como “venda amigável” no penhor convencional (artigo 1.433, IV, do Código Civil de 2002) e no penhor legal (artigo 1.470 do Código Civil de 2002).

⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 2. ed.. México: UNAM, 1970, p. 179 e 180.

102) Junto a la homologación judicial de la autodefensa, debemos mencionar otra figura, de tránsito hacia el proceso, y que tiende, como aquélla, aunque de manera distinta, a revestir la autodefensa de especiales garantías. Nos referimos a la que ya en la conferencia segunda denominamos autodefensa procesalizada (cfr. supra, núms.. 30-33), como la administrativa, la disciplinaria o la ejercida por los tribunales de honor (AD.a). La diferencia entre autodefensa homologada y autodefensa procesalizada hay que buscarla por el lado de su desenvolvimiento respectivo: en la hipótesis de homologación, el proceso sirve para comprobar y convalidar una autodefensa precedente y extraprocesal, mientras que en el caso de procesalización, la autodefensa se lleva a cabo dentro y mediante el que, abstracción hecha de la cualidad del órgano decisor, que no es un tercero imparcial, constituiría un proceso, más o menos afín al judicial, e incluso idéntico al mismo (AD.b).”

Cabe notar que o enquadramento das próprias execuções extrajudiciais de créditos como espécie de autotutela já era observada por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, destacando inclusive os traços autocompositivos que lhe são peculiares⁶:

“Sin ánimo de componer una lista exhaustiva, recordaremos algunas de las manifestaciones más interesantes. [...] en materia de contratos, si bien se halla prohibido el pacto comisorio respecto de los bienes dados en prenda, se suele autorizar, en cambio, la llamada ejecución por obra del acreedor, frente a créditos pignoratícios e hipotecarios, una vez vencida la obligación que garanticen: cuando para proceder a la venta extrajudicial se exige convenio expreso, como preceptúa el artículo 2884 del código civil federal respecto de la prenda, entonces nos hallamos ante una mezcla de autocomposición como medio y de autodefensa como fin, o bien con una apariencia autocompositiva y

⁶ Ob. cit. p. 37-39.

una realidad autodefensiva, o, por último, con autocomposición por parte del deudor y autodefensa por el lado del acreedor.”

3. Constitucionalidade das Execuções Extrajudiciais de Créditos

O conhecimento da natureza jurídica das execuções extrajudiciais de créditos possibilita ao aplicador da lei examinar a constitucionalidade de sua adoção sob uma perspectiva diferente da que tradicionalmente tem sido adotada pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

É de notório conhecimento a discussão em torno da constitucionalidade da execução extrajudicial de créditos prevista na Lei da Cédula Hipotecária (Decreto-lei nº 70/66), que provocou severas críticas da doutrina processualista⁷ e chegou a ser considerada inconstitucional por alguns tribunais⁸.

Sem embargo do debate, parece que há muito o extinto Tribunal Federal de Recursos já respondera com vantagem às críticas da doutrina e dos tribunais locais⁹:

Alega-se que o procedimento não se harmoniza com o disposto no art. 153, § 4º, da Constituição, segundo o qual não poderá a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Não houve, porém, supressão do controle judicial.

⁷ No sentido da inconstitucionalidade, entre outros: ROCHA, Glézio. *Da execução extrajudiciária do crédito hipotecário*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre. ano XII, n. 33, p. 79-85, mar. 1985. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 199-200; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 155-156 e, até recentemente, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 194, 311-313.

⁸ No sentido da inconstitucionalidade, dispunha o verbete 39 da Súmula de Jurisprudência Predominante do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: “São inconstitucionais os arts. 30, parte final, e 31 a 38 do Dec.-lei 70, de 21.11.1966” e ainda antiga decisão do Órgão Especial do extinto Tribunal de Alçada Cível do Rio Grande do Sul no Incidente de Inconstitucionalidade na Apelação Cível nº 189040938, Relator Juiz Ivo Gabriel da Cunha, 1º de junho de 1990, *Julgados 76/81*: “A execução especial prevista no Dec.-lei 70/66 é processo, submetida assim às normas constitucionais de natureza processual. Constituindo execução privada, realizada fora do Poder Judiciário, sem segurança de contraditório e ampla defesa, dita execução é incompatível com as garantias postas nos incs. XXXV, LIV e LV da Constituição do Brasil de 1988. Incidente acolhido.”.

⁹ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação em Mandado de Segurança nº 77.152. Marcílio José Ribeiro e s/m e Caixa Econômica Federal e outro. Relator Ministro Décio Miranda. 5 de março de 1976. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 72, v. 254, p. 246-247, abr./jun. 1976.

Estabeleceu-se, apenas, uma deslocação do momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir.

No sistema tradicional, ao Poder Judiciário se cometia em sua inteireza o processo de execução, porque dentro dele se exauria a defesa do devedor.

No novo procedimento, a defesa do devedor sucede ao último ato da execução, a entrega do bem excutido ao arrematante.

No procedimento judicial, o receio de lesão ao direito do devedor tinha prevalência sobre o temor de lesão ao direito do credor. Adiava-se a satisfação do crédito, presumivelmente líquido e certo, em atenção aos motivos de defesa do executado, quaisquer que fossem.

No novo procedimento, inverteu-se a ordem, deu-se prevalência à satisfação do crédito conferindo-se à defesa do executado não mais condição impeditiva da execução, mas força rescindente, pois, se prosperarem as alegações do executado no processo judicial de imissão de posse, desconstituirá a sentença não só a arrematação como a execução, que a antecedeu.

Antes, a precedência, no tempo processual, dos motivos do devedor;; hoje, a dos motivos do credor, em atenção ao interesse social da liquidez do Sistema Financeiro da Habitação.

Essa mudança, em termos de política legislativa, pôde ser feita, na espécie, sem a infligência de dano irreparável às garantias de defesa do devedor. Tem esta aberta a via da reparação, não em face de um credor qualquer, mas em relação aos credores credenciados pela integração num sistema financeiro a que a legislação confere específica segurança.

Se, no novo procedimento, vier a sofrer detrimento o direito individual concernente à propriedade, a reparação pode ser procurada no Poder Judiciário, seja pelo efeito rescindente da sentença na ação de imissão de posse, seja por ação direta contra o credor ou o agente fiduciário.

Assim, a eventual lesão ao direito individual não fica excluída de apreciação judicial.

Igualmente desamparadas de razões dignas de apreço as alegações de ofensa aos §§ 1º e 22 do art. 153 da Constituição: a execução extrajudicial não vulnera o princípio

da igualdade perante a lei (todos, que obtiveram empréstimo do sistema, estão a ele sujeitos) nem fere o direito de propriedade (a excussão não se faz *sem* causa, e esta reside na necessidade de satisfazer-se o crédito, em que também se investe direito de propriedade, assegurado pela norma constitucional.

Por outro lado, também não prospera a alegação, feita em casos análogos, de que a execução extrajudicial vulnera o princípio da autonomia e independência dos Poderes (art. 6º da Constituição).

O novo procedimento não retira do Poder Judiciário parcela alguma do poder jurisdicional.

O agente fiduciário executa somente uma função administrativa, não necessariamente judicial.

De todo modo, a controvérsia em torno da constitucionalidade da execução extrajudicial, especialmente no tocante ao Decreto-lei nº 70/66, só foi pacificada na jurisprudência por reiterados pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal.¹⁰

Nos estudos doutrinários mais recentes, é interessante destacar a mudança de orientação de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, que no passado dirigiu amargas palavras contra a execução extrajudicial de créditos do Sistema Financeiro da Habitação, vindo a manifestar-se pela plena legitimidade das execuções extrajudiciais em resposta a consulta da Associação Brasileira de Instituições Financeiras de Desenvolvimento – ABDE, conforme parecer firmado em 23 de outubro de 1998, a propósito precisamente da edição da Lei nº 9.514/97¹¹:

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 223.075/DF. Caixa Econômica Federal e Ismara de Carvalho Bastos. Relator Ministro Ilmar Galvão. 23 de junho de 1998. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 5 jul. 2004; Recurso Extraordinário nº 240.361/RS. Habitasul Crédito Imobiliário S/A e Silvia Rejane Duzac Cerutti e outros. Relator Ministro Ilmar Galvão. 29 de junho de 1999. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 5 jul. 2004; Recurso Extraordinário nº 148.872/RS. Bamerindus S/A Crédito Imobiliário e Luiz Carlos da Silva Boyen e outros. Relator Ministro Moreira Alves. 21 de março de 2000. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 5 jul. 2004; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 339.949/SP. Regina Schwartz e outras e Banco Econômico S/A e Nossa Caixa Nosso Banco S/A. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 10 de fevereiro de 2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 5 jul. 2004; Recurso Extraordinário nº 287.453/RS. Marco Antônio dos Santos Leite e Caixa Econômica Federal. Relator Ministro Moreira Alves. 18 de setembro de 2001. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 5 jul. 2004.

¹¹ O nome da consulente e a data do parecer estão estampados na versão publicada na *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano 24, n. 51, p. 235-252, jul./dez. 2001. O trabalho também foi publicado em uma das coletâneas de estudos do notável professor paulista (*Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 5. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1.271-1.301).

“Haveria conflito com a garantia do substantive due process se a legislação retora da alienação fiduciária em garantia extrapolasse os limites do razoável, excluísse a apreciação judiciária do comportamento do credor-fiduciário após a consolidação do domínio e com isso rompesse o equilíbrio que precisa preponderar entre a segurança do crédito e a preservação do direito de propriedade, constitucionalmente assegurado (Const., art. 5º, inc. XXII). Mas a compatibilidade constitucional está preservada a partir do momento em que a lei manda oferecer idônea oportunidade para purgar a mora, veda a definitiva integração do imóvel ao patrimônio do credor, exige a venda em leilão, manda entregar-lhe eventual sobra e deixa portas abertas ao controle jurisdicional. Respeitados pela legislação os limites à discricionariedade do exercício do poder pelo legislador, eventuais excessos em casos concretos serão apreciados pelo Poder Judiciário (Const., art. 5º, inc. XXXV); transgredidos em casos concretos os preceitos legais pertinentes ao instituto, do mesmo modo o controle jurisdicional afastará eventual lesão.

(...)

Pessoalmente, no passado sustentei a inconstitucionalidade dessa construção, mas os tribunais caminharam decididamente em sentido oposto, apoiados na oferta de oportunidades para discutir o preço e na legitimidade sócio-econômica da socialização do crédito mediante a prática de financiamentos com alienação fiduciária em garantia. Os mesmos raciocínios transpõem-se agora à alienação fiduciária de bens imóveis, seja porque é sempre garantido o recurso ao Poder Judiciário, seja pela utilização do instituto.

O recurso ao controle jurisdicional é admissível em dois momentos e com duas finalidades fundamentais. Logo ao início, quando da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento perante o registro imobiliário destinado a esse fim (lei n. 9.514, de 20.11.97, art. 26, §§), é lícito ao devedor-fiduciante impugnar em juízo as exigências do credor (p. ex., negando a mora) ou mesmo a

regularidade do procedimento. Depois, sem prejuízo de trazer à discussão o próprio registro que haja sido feito na matrícula imobiliária (lei cit., art. 26, § 7º), poderá ele discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão (art. 27). Tudo com apoio na promessa constitucional de acesso à justiça, que a lei não arreda nem poderia arrear (Const., art. 5º, inc. XXXV).

Por isso e tendo presente a linha jurisprudencial formada com firmeza em relação à alienação fiduciária de bens imóveis não se choca com a garantia constitucional do due process of law nem afronta a inafastável promessa de tutela jurisdicional e acesso à justiça (Const., art. 5º, incs. LIV e LV).”

De nossa parte, entendemos que o exame da constitucionalidade das execuções extrajudiciais deve abordar os seguintes aspectos: (i) a garantia fundamental do acesso à justiça; (ii) o direito fundamental à isonomia; (iii) o princípio da razoabilidade.

Desde já, cabe observar que considerações sobre o devido processo legal (aí entendido na sua acepção estritamente processual) e sobre as garantias fundamentais a ele inerentes (juiz natural, contraditório, ampla defesa) não devem ser aplicadas ao exame da constitucionalidade das execuções extrajudiciais, exatamente porque se trata de autotutela e não de processo, não havendo na autotutela a definitividade que o processo tende a conferir à solução dos conflitos.

Haveria violação à garantia fundamental de acesso à justiça se fosse retirado do Poder Judiciário o monopólio da última palavra¹², ou seja, a derradeira possibilidade de busca pelo cidadão da tutela do Estado-Juiz na defesa de suas posições jurídicas de vantagem.

¹² Conforme o magistério de José Joaquim Gomes Canotilho: O “**monopólio da última palavra**” ou “monopólio dos tribunais” significa, em termos gerais, o direito de qualquer indivíduo a uma *garantia de justiça*, igual, efectiva e assegurada através de “processo justo” para defesa das suas posições jurídico-subjectivas. Esta garantia de justiça tanto pode ser reclamada em casos de lesão ou violação de direitos e interesses dos particulares por medidas e decisões de outros poderes e autoridades públicas (*monopólio da última palavra contra actos do Estado*) como em casos de litígios entre particulares e, por isso, carecidos de uma decisão definitiva e imparcial juridicamente vinculativa (*monopólio da última palavra em litígios jurídico-privados*). Alguns autores aludem aqui a **reserva relativa de jurisdição**.” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 661-663).

Tal não ocorre no caso das execuções extrajudiciais onde, quando muito, o que se vê é algo próximo ao afastamento da exclusão da primeira palavra¹³ do Poder Judiciário sobre a crise de adimplemento instaurada entre o adquirente e o alienante do imóvel, o que é plenamente aceitável, em se tratando de direito patrimonial disponível.

Além disso, é de rigor observar que a qualquer tempo está aberta a via jurisdicional para que a parte contratual que se sinta prejudicada, a qual pode se valer, inclusive, da tutela de urgência, como, aliás, tem ocorrido freqüentemente na experiência da execução extrajudicial dos créditos do Sistema Financeiro da Habitação.

CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA¹⁴ vislumbra uma suposta violação ao direito fundamental à isonomia pelas execuções extrajudiciais, que conteriam uma desigualdade *no* procedimento e uma desigualdade *de* procedimento.

De início, consideramos que a ofensa à isonomia consiste na adoção de critério de *discrímen* irrazoável, na esteira da lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁵.

A desigualdade *no* procedimento não implica, por si só, em ofensa à isonomia. Como todo de satisfação forçada de uma pretensão, a execução extrajudicial implica em um ato de submissão. Este é o fundamento – mais do que lógico – para se admitir a desigualdade no momento da satisfação do credor, que apresenta uma pretensão a que o sistema atribui uma presunção de legitimidade.

Se o aplicador da lei estivesse empenhado em manter a igualdade das partes a todo custo em qualquer situação, acabaria impedindo que a atividade satisfativa atingisse o seu resultado. Afinal, se duas forças contrárias tiverem sempre a mesma intensidade, naturalmente elas se anularão eternamente.

¹³ Cf. CANOTILHO, Ob. cit.: “Diz-se que há um **“monopólio da primeira palavra”**, **monopólio do juiz** ou **reserva absoluta de jurisdição** quando, em certos litígios, compete ao juiz não só a última e decisiva palavra mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas. A “reserva de primeira palavra” está constitucionalmente prevista nos artigos 27º/2 e 28º/1 referente à privação da liberdade e nos artigos 33º/4 e 34º/2, 36º/6, 46º/2 e 113º/7. Fora os casos individualizados na Constituição, o reconhecimento do monopólio da primeira palavra tende a afirmar-se quando não existe razão ou fundamento material para a opção por um procedimento não judicial de decisão de litígios. É este o caso quando estão em causa direitos de particular importância jurídico-constitucional a cuja lesão deve corresponder uma efectiva protecção jurídica. Assim, por exemplo, se em questão do foro criminal é sempre inadmissível qualquer procedimento administrativo prévio, já é discutível se esta exigência do “monopólio da primeira palavra” se aplica aos procedimentos disciplinares ou aos procedimentos sancionatórios em geral (CR, art. 32º/10).” (p. 663).

¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual”. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre. ano XII, n. 33, p. 79-85, mar. 1985.

¹⁵ *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 48.

E não colhe a alegação de desigualdade *do* procedimento, que consistiria na circunstância de o mecanismo aproveitar especialmente às instituições financeiras.

Primeiro, porque a finalidade maior é contribuir para a solidez do mercado imobiliário nacional, objetivo que se reveste de inegável interesse social.

Segundo, porque o fato de o mecanismo aproveitar às instituições financeiras não significa que ele não possa ser aplicado por credores menos abastados, em contextos de maior densidade social.

Prova disso é a possibilidade de manejo da autotutela na dispensa da outorga de contrato definitivo de compra e venda no caso de promessa comprovadamente quitada, que vem sendo proposta em elegante doutrina por MELHIM NANEM CHALHUB, sendo objeto do Projeto de Lei nº 3.780/2004, pelo qual se pretende inserir o preceito no artigo 1.418 do Código Civil¹⁶.

O que constituiria rematada desigualdade seria permitir a utilização do processo como fator de estímulo à inadimplência *de alguns*, num círculo vicioso que encarece o crédito e, com isso, torna o acesso aos bens mais difícil *para todos*.

O solidarismo que se espera de um sistema jurídico contemporâneo não se confunde com a indulgência a violações de direitos legítimos, seja de quem forem: de instituições financeiras ou de operários.

Finalmente, para avaliar a consonância das execuções extrajudiciais com o princípio da razoabilidade, ou devido processo legal substantivo, é necessário perquirir se o meio manejado é adequado a obter o fim perseguido (razoabilidade interna) e se a medida se insere harmonicamente no ordenamento jurídico (razoabilidade externa).

¹⁶ “A necessidade de outorga do contrato definitivo é formalidade que se pode considerar dispensável, entendendo grande parte da doutrina que, na medida em que a promessa esteja estruturada com os requisitos do contrato definitivo, a lei deveria autorizar o registro do domínio em nome do promitente comprador, bastando que esse comprovasse a quitação do preço e atendesse os procedimentos próprios do registro. A idéia já foi incorporada ao direito positivo, pela Lei nº 9.785, de 02.02.1999, que alterou a Lei de Parcelamento do solo urbano para dispensar a formalização de escritura de compra e venda nessas hipóteses, de acordo com o § 6º, que foi acrescentado ao art. 26 da Lei nº 6.766, de 1979, como acima referido. A dispensa da nova escritura, aliás, deveria ter sido contemplada no novo Código Civil, tal como chegou a ser proposta no Anteprojeto de 1963, pelo qual “a aquisição da propriedade imóvel prometido irretratavelmente à venda independe de nova escritura, transcrevendo-se em nome do promitente-comprador com a apresentação, por este ou por qualquer interessado, do documento comprobatório da quitação, ciente o promitente-vendedor” (art. 604 do Anteprojeto). Uma tal dispensa teria extraordinário alcance social e produziria efeitos benéficos no campo processual, contribuindo para reduzir a sobrecarga do Judiciário, na medida em que seria possível suprimir um sem-número de ações de adjudicação compulsória e possibilitaria aos interessados a obtenção do registro do domínio por meios extrajudiciais e a baixo custo.”(CHALHUB, Melhim Namem. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 180).

O objetivo das execuções extrajudiciais é diminuir o impacto dos altos níveis de inadimplência no mercado imobiliário, contribuindo para a higidez do sistema de financiamento imobiliário.

Estatística recente divulgada pelo BANCO CENTRAL DO BRASIL¹⁷ mostra que, entre fevereiro e julho de 2004, o percentual de contratos com prestações pagas pontualmente gira em torno de 50% (cinquenta por cento), alcançando-se o expressivo patamar de 30% (trinta por cento) de contratos em que se verifica mais de três prestações em atraso.

Ou seja: existe um elevado nível de inadimplência dos adquirentes de imóveis que optam pelo pagamento diferido do preço e este nível de inadimplência é tanto menor quanto mais próximos estão os adquirentes de sofrer a execução extrajudicial (geralmente, com a inadimplência de mais de três prestações).

Resta saber se, de fato, as execuções extrajudiciais se prestam a expurgar do sistema de financiamento imobiliário os maus pagadores ou se, na verdade, elas constituem um meio de pressão dos agentes financiadores para perpetuar os efeitos de cláusulas abusivas.

CARLOS EDUARDO DUARTE FLEURY¹⁸ dá conta de que, num universo de 446 (quatrocentas e quarenta e seis) demandas movidas por mutuários, 133 – ou seja, 30% (trinta por cento) foram julgadas improcedentes em primeiro grau de jurisdição; 201 – ou seja, 45% (quarenta e cinco por cento) delas foram julgadas improcedentes nos demais graus de jurisdição e apenas 112 – ou seja, 25% (vinte e cinco por cento) delas são julgadas procedentes, no sentido de que foi alterado o critério de reajuste das prestações, mantendo-se o saldo devedor.

Sem ignorar a sábia advertência atribuída a DISRAELI¹⁹ (“There are three kinds of lies: lies, dammes lies and statistics.”), não se pode negar que as estatísticas disponíveis apontam para a adequação da medida aos mais elementares princípios da responsabilidade civil contratual, na medida em que as execuções extrajudiciais se têm

¹⁷ BRASIL. Banco Central do Brasil. SFH – Sistema Financeiro da Habitação: Estatísticas. Disponível em <www.bcb.gov.br>. Acesso em 2 out. 2004.

¹⁸ FLEURY, Carlos Eduardo Duarte. Crédito Imobiliário no Brasil e Execuções Hipotecárias. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano 27, n. 56, jan./jun. 2004. Cabe observar que a estatística apresentada por este autor não traz qualquer referência ao período de apuração nem ao critério de organização dos dados, o que dificulta a averiguação da veracidade dos dados apresentados.

¹⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Estatística Judiciária. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 28, nº 110, p. 9-18, abr./jun. 2003.

prestado a efetivamente a satisfazer pretensões legítimas à recuperação dos créditos não-honrados.

4. Opção por diversas formas de Execução

É interessante observar que a Lei nº 9.514/97 em momento algum faz alusão à execução judicial. Isto não significa, contudo, que esta modalidade de busca da satisfação do crédito não possa ser utilizada, diante da garantia constitucional do acesso à justiça, que tem como uma de suas facetas a inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, XXXV, da Constituição da República).

Nada obsta a que o credor utilize, no caso, a execução por quantia certa contra devedor solvente (artigos 646 e seguintes, do Código de Processo Civil), por considerar que o procedimento judicial atenderá melhor a seus interesses.

Estes interesses podem ser afetados por diversos fatores, considerados na tomada de decisão pela via adequada.

Avaliando a conjuntura que envolve o negócio no momento da satisfação do crédito, o credor pode perceber que há bens penhoráveis de maior liquidez no patrimônio do devedor, em comparação com o imóvel alienado fiduciariamente (basta pensar na possibilidade de uma penhora de valores depositados em conta-corrente); o credor pode considerar mais vantajoso, do ponto de vista econômico, aguardar a alienação dos bens do devedor por meio da execução judicial do que, eventualmente, vir a adquirir a propriedade do bem alienado fiduciariamente (basta lembrar que a consolidação da propriedade no patrimônio do credor acarretará o pagamento do Imposto de Transmissão de Bens *inter vivos* – ITBI e, eventualmente, o pagamento de laudêmio – no caso de o direito real alienado fiduciariamente ser o domínio útil de um imóvel); pode, ainda, perceber que a possibilidade de consolidação da propriedade em seu patrimônio não bastará para satisfazer a dívida e as despesas, quer porque o bem dado em garantia sofreu considerável desvalorização, quer porque o valor da dívida superou o valor do bem, considerados os encargos contratuais ou mesmo as perdas e danos (cabe lembrar que, na Execução Extrajudicial, se o bem não vier a ser adquirido por terceiros, a propriedade se

consolidará definitivamente nas mãos do credor e a dívida será considerada extinta, seja ou não suficiente o valor do bem para cobrir o valor da dívida e das despesas).

No sentido de que o credor não poderia reconsiderar sua opção pela execução judicial ou pela execução extrajudicial, RENAN MIGUEL SAAD sustenta que “*Não se afigura possível que ao fiduciário, uma vez feita a escolha pela cobrança judicial, dê-se a oportunidade de desistir do procedimento judicial refazendo a sua opção para o método extrajudicial de excussão do débito. Assim, eleita a execução judicial da dívida pelo fiduciário, importará em renúncia à cobrança extrajudicial preconizada na Lei nº 9.514/97*”²⁰.

Sem razão. Não há fundamento jurídico no moderno direito processual brasileiro que embase a transposição acrítica do velho brocardo *electa una via non datur regressus ad alteram*, cuja aplicação nos dias atuais exige uma forte mitigação²¹.

O que não se pode admitir é que o credor obtenha a satisfação do seu direito mais de uma vez (porque na segunda tutela que obtiver já não teria direito material a satisfazer) ou que utilize os dois instrumentos simultaneamente – a menos que o faça em cumulação alternativa ou sucessiva (porque a satisfação de uma pretensão faz desaparecer o interesse pela outra, o que elimina o direito de demandar).

Até que a satisfação de seu direito ocorra, nada impede que o credor lance mão deste ou daquele instrumento, recolhendo as armas onde a batalha se mostrar infrutífera e voltando à carga onde houver maiores probabilidades de vitória. Na feliz síntese de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²², o elemento consuntivo dos direitos e ações concorrentes está localizado na satisfação do direito e não na mera propositura da demanda.

Como o credor nada obtém pelo simples fato de promover uma execução judicial, sendo certo que seu direito só será satisfeito se e *quando* houver o pagamento (numa das modalidades reconhecidas no artigo 708 do Código de Processo Civil), ele terá interesse em promover a demanda enquanto não for extinta a obrigação do devedor, nada

²⁰ A alienação fiduciária sobre bens imóveis. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243.

²¹ “O tema diz muito de perto com tudo quanto se aceita e prega hodiernamente sobre a efetividade do processo. Choca-se aquela máxima fragorosamente, em sua interpretação tradicional, com a garantia constitucional da ação e do controle jurisdicional, opondo ilegítimos entraves à plenitude do acesso à justiça. Na medida em que dá por ferido de morte um dos direitos do credor sem que nenhum dos direitos concorrentes haja sido satisfeito, investe contra direito adquirido e contra a intangibilidade do patrimônio.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed., São Paulo; Malheiros, 2002, p. 908).

²² Idem nota anterior.

obstando a que o credor desista da execução, como a lei lhe faculta, e promova a Execução Extrajudicial, como a lei também lhe faculta.

O credor pode, a qualquer tempo, rever sua decisão de adotar este ou aquele instrumento de busca da tutela de seu direito, desde que sua pretensão não tenha sido satisfeita e desde que os dois instrumentos jurídicos não sejam utilizados simultaneamente (o que caracterizaria, do ponto de vista processual, a falta de interesse de agir em relação a um dos procedimentos, além de denotar, do ponto de vista material, um evidente abuso de direito).

5. O procedimento da Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário

5.1. Interpelação do Devedor

Nos termos do *caput* do artigo 26 da Lei nº 9.514/97, verificado o inadimplemento e “constituído em mora” o devedor fiduciante (*rectius*: depois de lhe dada a oportunidade para purgação da mora – não se pode esquecer que a mora é *ex re*, embora, em homenagem ao impacto social dos bens de raiz, seja utilizado um mecanismo da mora *ex persona* como requisito para a deflagração da Execução Extrajudicial), a propriedade do imóvel se consolida no patrimônio do credor fiduciário.

O diferencial entre esta estrutura de interpelação e suas congêneres é a previsão de um prazo de carência, previsto no contrato, para a deflagração da medida (§ 2º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97).

Transcorrido o prazo de carência, cabe ao credor fiduciário interpelar o devedor fiduciante junto ao Oficial do Registro de Imóveis em que estiver matriculado o imóvel ou por meio do Ofício de Registro de Títulos e Documentos “da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la” (isto é, do domicílio do devedor fiduciante ou do procurador regularmente habilitado).

O § 3º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97 permite que a interpelação seja realizada por meio de diligência realizada pelo próprio Oficial (na prática, de um de seus escreventes autorizados) ou por meio de carta registrada com aviso de recebimento. Num ou noutro

caso, é necessário que a interpelação seja pessoal ou dirigida a procurador regularmente habilitado, sob pena de nulidade por afronta à garantia fundamental do contraditório (artigo 5º, LV, da Constituição da República), que aqui atua reflexamente.

Não é demais esclarecer que a interpelação por outro meio não será nula, se atingir a finalidade de efetiva ciência do devedor (e de real possibilidade de reação), em homenagem à perspectiva instrumentalista, mais especificamente a seu aspecto negativo – a instrumentalidade das formas.

Sem embargo do que aqui é sustentado, cabe o registro de que em sentido oposto tem se orientado os julgados do Superior Tribunal de Justiça ao analisar a Execução Extrajudicial do Decreto-lei nº 911/69 (aplicado aos bens móveis), considerando válida a notificação entregue no endereço do devedor fiduciante, ainda que não tenha sido recebida pelo próprio devedor ou por seu procurador, presumindo-se que o recebimento por outra pessoa tenha sido autorizado pelo devedor^{23 24}.

A purgação da mora, que deverá ser efetivada pelo devedor fiduciante no prazo de 15 (quinze) dias, deverá abranger “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 intimação” (§ 1º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97).

O cônjuge do devedor deve ser interpelado, aplicando-se, por analogia, o artigo 669 do Código de Processo Civil, tendo em conta que a execução extrajudicial como um todo implica num ato de preparo da expropriação, tal qual a penhora na execução judicial por quantia certa contra devedor solvente.

Sendo o prazo de natureza civil (pois a purgação da mora é um instituto de direito civil) sua contagem segue o disposto no artigo 132 do Código Civil: exclui-se o dia do início da contagem e inclui-se o do vencimento.

²³ Conforme anota TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de processo civil anotado*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 825.

²⁴ É oportuno anotar, também, que a sistemática processual da demanda de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente sofreu significativas mudanças, expressas no artigo 56 da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004.

Cabe uma palavra sobre o conteúdo da notificação. MELHIM NAMEM CHALHUB²⁵ sustenta que “A carta-notificação deverá ser instruída com demonstrativo do débito, a exemplo do que prevêem os arts. 604 e 614 do Código de Processo Civil para o processo de execução judicial.”. Mas, com a vênia devida, é de rigor observar que tal exigência não está contida no artigo 26 da Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário.

Quid juris se a notificação não for instruída com a planilha demonstrativa do débito? A julgar pela orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça para os casos de alienação fiduciária de bens móveis (verbete nº 245 da Súmula de Jurisprudência Predominante: “A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito.”), a tendência é considerar plenamente válida a notificação.

5.1.1. Interpelação do Devedor por Edital

Se, após a tentativa de interpelação pessoal, o devedor não for localizado, sendo desconhecido o seu paradeiro, cabe ao Oficial do Registro de Imóveis promover a interpelação por edital, publicado por três dias, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária (§ 4º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97). Mas fica registrada a ressalva de que o Superior Tribunal de Justiça pode considerar nula tal interpelação, se vier a adotar a mesma orientação que vem mantendo para as Execuções Extrajudiciais do Sistema Financeiro da Habitação.

Não há exigência de que as três publicações se dêem *no mesmo jornal*. Portanto, a nada obsta a que se realizem em jornais diferentes, desde que todos estejam compreendidos entre os maiores da localidade e tenham circulação diária.

Cabe o registro de que há precedente no Superior Tribunal de Justiça entendendo que, em execução extrajudicial, seria abusiva a intimação por edital, ainda que o devedor não tenha sido encontrado após tentativa de interpelação pessoal²⁶:

²⁵ *Da incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 346.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 427.771/PR. Nezio Luiz Carminati e outro e Caixa Econômica Federal. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. 15 de agosto de 2002. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 18 set. 2004.

“Embora tenha se reconhecido na jurisprudência pátria a constitucionalidade do Decreto-lei n. 70/66, está ela rigidamente subsumida ao rigoroso atendimento de suas exigências pelo agente financeiro, já que, na verdade, ele se substitui ao próprio juízo na condução da execução. Assim, embora legítima, no processo judicial, a citação ou intimação editalícia, no extrajudicial não, porquanto no primeiro, ela só é feita após criteriosa análise, pelo órgão julgador, dos fatos que levam à convicção do desconhecimento do paradeiro dos réus e da impossibilidade de serem encontrados por outras diligências, além das já realizadas, enquanto na segunda situação, não; fica, tudo, ao arbítrio, justamente da parte adversa, daí as suas naturais limitações na condução da execução extrajudicial.”

Salta aos olhos o caráter *contra legem* da interpretação conferida à Lei, que desprezou o preceito contido no § 2º do artigo 31 do Decreto-lei nº 70/66 e exigiu uma formalidade da execução judicial em um procedimento extrajudicial.

Ao apreciar os Embargos de Declaração interpostos contra esta decisão, o Tribunal os rejeitou sob o fundamento de que “há situações processuais que exigem formalidades que não foram delegadas ao exeqüente, sob pena de se prestigiar a arbitrariedade, em detrimento do direito de defesa”²⁷.

O raciocínio contém duas premissas equivocadas: a primeira, a de considerar a Execução Extrajudicial como uma situação *processual*, quando, na verdade, se trata do exercício da *autotutela*; a segunda, a de que há *delegação* quando, na verdade, o credor exerce diretamente direito *próprio*, nada sendo delegado, nem a ele nem ao Agente Fiduciário.

As mesmas considerações feitas sobre o § 2º do artigo 31 do Decreto-lei nº 70/66 são pertinentes ao § 4º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 427.771/PR. Nezio Luiz Carminati e outro e Caixa Econômica Federal. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. 13 de maio de 2003. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 18 set. 2004.

5.2. Publicidade da Praça

Não havendo a purgação da mora, o Oficial do Registro de Imóveis, certificará o fato. Caberá, então, ao credor fiduciário recolher o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis e ainda, se se tratar de imóvel foreiro, o laudêmio (caso o senhorio direto não deseje exercer seu direito de preferência na aquisição do domínio útil – artigos 683 e 686 do Código Civil de 1916 combinados com o artigo 2.038 do Código Civil de 2002).

Munido do título aquisitivo (escritura pública ou instrumento particular em que conste a alienação fiduciária em garantia do bem imóvel e certidão de não-purgação da mora), da guia de recolhimento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis e, se for o caso, da carta de autorização do senhorio direto (entregue mediante o pagamento do laudêmio), o credor fiduciário deverá requer o registro na matrícula do imóvel da consolidação da propriedade.

Obtido o registro, o credor fiduciário, dentro de trinta dias, deverá promover o “público leilão” para a alienação do imóvel (*caput* do artigo 27 da Lei nº 9.514/97).

A disposição é alvo da crítica de JOSÉ EDUARDO LOUREIRO²⁸, por não haver qualquer sanção para a eventual inércia do credor fiduciário, ficando as consequências de sua recusa em promover o praxeamento restritas à eventual punição do Banco Central do Brasil (se o credor for instituição financeira) ou à condenação em demanda ajuizada pelo devedor fiduciante, objetivando o cumprimento da obrigação de fazer imposta em lei.

A crítica, embora procedente, não inviabiliza a normal utilização da Execução Extrajudicial. Fica a sugestão, *de lege ferenda*, da previsão de sanções à mora do credor em promover o praxeamento, como a imposição de encargos correspondentes aos estipulados no contrato para a mora do devedor fiduciante e a cessação da atualização monetária do débito, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

O leiloeiro público, às expensas do credor fiduciário, promoverá a publicação dos editais para realização do “público leilão”, no qual o imóvel será levado à Praça. A Lei nº 9.514/97 não contém qualquer disposição específica sobre as formalidades a serem cumpridas na Praça.

²⁸Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 63, p. 86-95, jun. 2001.

Esta lacuna deve ser preenchida pelas partes na elaboração do instrumento contratual. De toda forma, a referência a “público leilão” deixa implícitos alguns requisitos formais mínimos, previstos no Decreto nº 21.981/32.

Do mencionado diploma legal destacam-se dois aspectos principais: o de que a Praça deve ser conduzida por leiloeiro público (artigo 19), e o de que a Praça só poderá ser realizada após a publicação do anúncio da oferta (edital), por três vezes, *no mesmo jornal*, contendo descrição clara do imóvel e das condições em que os lances serão aceitos (no caso da incorporação imobiliária, a assunção das obrigações relativas à construção da unidade autônoma), sob pena de nulidade (artigo 38).

O artigo 27 da Lei nº 9.514/97 nada dispõe sobre a necessidade de intimação do devedor-fiduciário para a realização da praça. De fato, tendo havido a consolidação da propriedade no patrimônio do credor-fiduciante e a extinção da dívida do devedor-fiduciário, não faria sentido adotar esta providência.

5.3. Necessidade de realização de segunda Praça e o problema do Lance Mínimo

Segundo o § 1º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97, haverá necessidade de segunda Praça, nos 15 (quinze) dias seguintes à primeira, se o maior lance obtido na primeira for inferior ao valor do imóvel, para esta hipótese estimado pelas partes (conforme o artigo 24, VI, da Lei nº 9.514/97, o instrumento contratual deverá conter “a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão”).

Quanto ao valor do lance mínimo, merece aplauso o cuidado da Lei em exigir que o contrato trate dos critérios para a revisão do valor do imóvel (cabe lembrar que a revisão não se confunde com a atualização monetária; a revisão ocorre em função de fatores de mercado que podem alterar sensivelmente o valor inicialmente estabelecido, ao passo que a atualização monetária sempre ocorrerá, respeitada a periodicidade mínima estabelecida na legislação monetária em vigor, para preservar o valor inicialmente estipulado).

É evidente que o valor ajustado pelas partes deve ser determinado (não cabendo, por exemplo, a disposição vaga de que o valor do imóvel corresponderá ao valor do saldo devedor apurado à época da Praça) e deverá corresponder ao valor de mercado

do imóvel, ressalvada a diferença, para mais ou para menos, que esteja compreendida dentro de patamar razoável, conjugando-se a autonomia privada com a boa-fé objetiva.

Será nula a cláusula que fixe valor que permita, por via reflexa, a arrematação por preço vil, em respeito ao direito fundamental de propriedade – propriedade não mais do imóvel, que passou ao patrimônio do credor fiduciário desde o momento da consolidação da propriedade, mas dos ativos representados pelas parcelas pagas pelo devedor até então, que lhe devem ser restituídos na medida em que houver saldo após a satisfação dos direitos creditórios.

Na segunda Praça será aceito o maior lance oferecido, ainda que inferior ao valor do imóvel, “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 do artigo 27 da Lei nº 9.514/97). Embora a Lei seja silente, repita-se que não será admitida a arrematação possa se dar por *qualquer* valor, na medida em que o sistema processual repele a arrematação por preço vil.

5.4. Destino do imóvel praceado

A Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário nada dispõe sobre a hipótese de não haver licitante na Praça. Diante da omissão, aplica-se, por analogia, o disposto no § 5º do artigo 27 da própria Lei nº 9.514/97 (a propriedade fica definitivamente consolidada no patrimônio do credor fiduciário e a dívida é considerada extinta).

Não é possível a remição, pois no momento da Praça já não há mais propriedade (ou domínio útil, se imóvel foreiro) a ser resgatada pelo devedor, que já a perdeu definitivamente no momento em que houve a consolidação no patrimônio do credor.

Se na segunda Praça o maior lance oferecido representar preço vil ou, embora não sendo considerado preço vil, se o maior lance for inferior ao valor do saldo devedor e das despesas (§§ 2º e 3º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97), a propriedade (ou o domínio útil) consolida-se definitivamente no patrimônio do credor fiduciário, considerando-se extinta a dívida (§ 5º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97), cabendo ao credor fiduciário dar quitação ao

devedor fiduciante no prazo de 5 (cinco) dias, mediante o termo próprio (§ 6º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97).

Se o lance vitorioso atender às exigências legais, o imóvel deve ser transferido para o patrimônio do arrematante.

Ocorre que a Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário não esclarece, contudo, qual o título hábil a ser levado ao Ofício de Registro de Imóveis: a carta de arrematação, a escritura pública ou mesmo um instrumento particular.

Diante da lacuna, seria razoável, a princípio, recorrer à analogia, sendo certo que o artigo 39, II, da Lei nº 9.514/97 determina o suprimento das lacunas pelo disposto no Decreto-lei nº 70/66. Segundo este diploma legal, o título hábil a ser levado a registro seria a carta de arrematação (artigo 37 do Decreto-lei nº 70/66).

Mas, embora esta solução obedeça, passo a passo, as regras hermenêuticas, ela não parece ser a mais correta, por afrontar a lógica que baseia uma questão elementar: se o próprio credor, que é o proprietário do imóvel, está presente ao ato, por que emitir uma carta de arrematação?

A melhor doutrina, ao analisar a sistemática da Lei de Condomínio e Incorporações, observa que cabe à Comissão de Representantes, na qualidade de procuradora do proprietário, promover a assinatura da escritura pública, ponderando que, já que não lhe faltam poderes para tanto, não há razão para não fazê-lo.

Ora, com muito maior razão caberá ao credor fiduciante, na qualidade de proprietário, assinar desde já a escritura pública²⁹, se um Tabelião, ou escrevente autorizado, da comarca onde se realiza a Praça estiver presente³⁰.

²⁹ A redação original do artigo 38 da Lei nº 9.514/97 permitia o uso de instrumento particular para ao caso presente, ao referir-se a “quaisquer outros atos e contratos resultantes da aplicação desta Lei, mesmo aqueles constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública”, esta possibilidade havia sido eliminada pela nova redação dada pelo artigo 57 da Lei nº 10.931/2004, que restringia drasticamente a possibilidade de utilização do instrumento particular, por nítida influência da classe dos notários, que insistia numa suposta insegurança jurídica que seria gerada pela larga utilização de instrumentos particulares (“Art. 38. Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública”). Felizmente, a antiga orientação foi revigorada, por força do artigo 53 da Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004 (“Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública.”).

³⁰ Note-se: para a lavratura da escritura no ato da realização da Praça, o Tabelião deve ser da comarca, sob pena de nulidade da escritura pública, conforme disposto no artigo 9º da Lei nº 8.985/94 (“Art. 9º. O tabelião

Tudo pode ser resolvido imediatamente, no ato da arrematação, sem necessidade da assinatura de cinco testemunhas, de certificação da ausência ou recusa do devedor em assinar, dentre outras formalidades de que se reveste a carta.

5.5. Ordem de preferência no pagamento

A Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário não traz nenhuma disposição específica sobre a ordem de preferência no pagamento dos débitos, mas dispõe que suas lacunas devem ser preenchidas pela aplicação analógica da Lei da Cédula Hipotecária (artigo 39, II, da Lei nº 9.514/97: “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”).

Portanto, a solução é a mesma de alhures: da conjugação do § 2º do artigo 32 com o artigo 33, ambos do Decreto-lei nº 70/66, conclui-se que primeiro devem ser pagas as despesas de anúncio e contratação da Praça (o que inclui a comissão do leiloeiro, as despesas com publicação de editais e o reembolso ao credor pelo pagamento das taxas devidas ao Ofício de Registro de Imóveis e, eventualmente, ao Ofício de Registro de Títulos e Documentos), os créditos das Fazendas Públicas e os prêmios de seguro do imóvel.

Embora a Lei seja omissa quanto à rigorosa ordem de pagamento, o mais coerente é que primeiro seja pago o leiloeiro, depois sejam compensadas as despesas cartorárias adiantadas pelo credor, seguindo-se a satisfação das Fazendas Públicas (observada a ordem de preferência estabelecida entre elas) e, por fim, a satisfação do credor fiduciário. Se houver saldo, deverá ser entregue ao devedor (§ 3º do artigo 32 do Decreto-lei nº 70/66).

A responsabilidade pelo pagamento dos débitos vinculados ao imóvel perante terceiros (cotas condominiais, prêmios de seguro e tributos), recai sobre o credor fiduciário,

de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação.”). Isso não impede, todavia, que a escritura seja lavrada posteriormente, em comarca diversa, conforme disposto no artigo 8º da mesma Lei nº 8.985/94 (“Art. 8º. É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.”).

que recebe diretamente o produto da arrematação, decorrendo desta posição o dever de promover a partilha dos valores, respeitando a ordem de preferências.

Cumpra observar que o credor fiduciário poderá deduzir do eventual saldo a ser entregue ao devedor fiduciante o montante necessário ao “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 (...) até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse”.

Não é demais lembrar que, se for necessário ajuizar a competente demanda judicial, a data da imissão na posse será a data do efetivo cumprimento da decisão judicial, e não a data de sua prolação ou publicação.

Segundo o § 4º do artigo 24 da Lei nº 9.514/97, o credor fiduciário tem o prazo de 5 (cinco) dias para entregar ao devedor fiduciante o eventual saldo que lhe couber.

Quid iuris se o devedor fiduciante não houver desocupado o imóvel nos cinco dias que sucederem à Praça e for apurado, até aquele momento, um saldo a ser-lhe entregue?

Se o devedor fiduciante é responsável pelos tributos e demais despesas relacionados ao imóvel até a sua efetiva desocupação, até que esta ocorra não terá sido concluída a apuração do *quantum debeatur* do saldo a ser entregue. Sem revestir-se de liquidez e certeza, o saldo não é exigível pelo devedor fiduciante.

O credor fiduciário poderá, portanto, reter o eventual saldo até então apurado e continuar a descontar deste saldo o montante necessário ao pagamento das despesas e tributos que, afinal de contas, ele tem o dever de pagar (embora assim o faça por conta do devedor). É recomendável incluir no contrato de compra e venda com alienação fiduciária uma cláusula prevendo este direito de retenção, de forma a que o devedor fique desde já ciente das conseqüências de sua recalcitrância, o que deve desestimulá-lo a assim agir.

Caso esta medida não seja adotada, o credor fiduciário (em caso de consolidação da propriedade) ou o terceiro adquirente (em caso de arrematação) deverão mover demanda judicial para a satisfação do direito de regresso que lhes assistirá se

efetuarem o pagamento das despesas e tributos a cargo do devedor³¹ ou mesmo para compeli-lo ao pagamento delas.

É interessante anotar, ainda, que o artigo 32 da Lei nº 9.514/97 torna a Execução Extrajudicial imune à falência ou insolvência civil do devedor (“Na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente”).

O dispositivo legal poderia ter sido mais explícito, seguindo o exemplo de seu congênere na Lei da Cédula Hipotecária.

De qualquer forma, não há margem para dúvidas quanto ao seu alcance: se a imunidade à insolvência ou falência já era assegurada naquela Lei, onde a propriedade do imóvel integra o patrimônio do devedor, com maior razão a imunidade à insolvência ou falência deve ser reconhecida aqui, onde a constituição da propriedade fiduciária transfere o bem, em caráter resolúvel, para o patrimônio do credor.

5.6. Reintegração na posse do imóvel

Nos termos do artigo 30 da Lei nº 9.514/97, é admissível a propositura de demanda objetivando a reintegração na posse desde a data da consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário, devendo ser concedida medida liminar para efetivar esta reintegração, na qual será concedido ao devedor fiduciante o prazo de 60 (sessenta) dias para desocupação do imóvel.

É pertinente observar que, de fato, trata-se de *reintegração na posse* e não de *imissão na posse*, como anota VILSON RODRIGUES ALVES³² forte na premissa de que, resolvido o contrato pelo inadimplemento do devedor fiduciante, opera-se a deterioração de seu título de posse, daí se caracterizando o esbulho, o que autoriza o credor fiduciário (que, além de proprietário, sempre conservou a posse mediata do bem) ou o terceiro

³¹ Afinal, zelar pelo pagamento dos tributos e despesas interessa principalmente ao credor fiduciário ou ao terceiro adquirente na medida em que lhe interessa manter seguro e em situação civil e fiscal regular o imóvel que passou a integrar seu patrimônio.

³² *Alienação Fiduciária em Garantia: as ações de busca e depósito, a impossibilidade de prisão civil do devedor*. Campinas: Millennium, 1998.

arrematante, que se sub-rogará na posição do credor fiduciário, a mover a demanda reintegratória.

Até que ocorra a efetiva desocupação, o devedor fiduciante deverá pagar ao credor fiduciário ou ao terceiro arrematante uma taxa de ocupação, por mês ou fração, correspondente a um por cento do valor estipulado no contrato para o imóvel, montante este “computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel”.

No silêncio da Lei nº 9.514/97 a respeito da forma de cobrança deste montante, aplica-se, por analogia, o artigo 38 do Decreto-lei nº 70/66, que prevê a cobrança pela via executiva³³.

5.7. Extinção da dívida ou cobrança do remanescente

Na Execução Extrajudicial da Lei nº 9.514/97 não existe a possibilidade de cobrança de remanescente da dívida. Isto porque uma de duas: ou o imóvel é arrematado, no mínimo, pelo valor da dívida e das despesas (§§ 1º e 2º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97) ou o imóvel passa a integrar o patrimônio do credor em caráter definitivo, extinguindo-se a obrigação (§ 5º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97). Num ou noutro caso, a dívida estará extinta com a consumação da Execução Extrajudicial.

³³ Considerando que a fixação do valor dependerá de mera operação aritmética, daí defluindo a liquidez, certeza e exigibilidade do título da consolidação da propriedade ou de sua aquisição (no caso de arrematação por terceiro), está caracterizado um título executivo extrajudicial (artigo 585, II e VII, do Código de Processo Civil).