

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

BRENDA PEREIRA BORGES DAVID

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.514/97:
TRANSCENDENDO A CONTROVÉRSIA DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL**

Uberlândia
2021

BRENDA PEREIRA BORGES DAVID

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.514/97:
TRANSCENDENDO A CONTROVÉRSIA DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, na modalidade de Artigo Científico, apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia/MG, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Carlos José Cordeiro.

Uberlândia, 18 de outubro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos José Cordeiro – Universidade Federal de Uberlândia/UFU – Orientador

Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva – Universidade Federal de Uberlândia/UFU

RESUMO: Na sociedade contemporânea, frequentemente discute-se a respeito do instituto da Alienação Fiduciária, suplantado através da Lei 9.514/97, haja vista sua utilização em larga escala pelas Instituições Financeiras para a oferta de crédito imobiliário, onde naturalmente busca-se defender sua utilidade, eficácia e essencialidade ao Sistema Financeiro de Habitação. Em contrapartida, o presente artigo, mediante o método de pesquisa empírico, doutrinário e jurisprudencial, tem como objetivo primordial apontar as inconsistências e inconstitucionalidades da referida Lei, no tocante aos §§ 2º e 5º do art. 27, cujos danos estratosféricos são ocasionados pela flagrante violação aos preceitos constitucionais e demais normas que tangenciam sobre a matéria. Deste modo, buscar-se-á, neste estudo, a transcendência da controvérsia gerada em decorrência da possível inconstitucionalidade da execução extrajudicial da Alienação Fiduciária, alusiva à inafastabilidade da jurisdição, demonstrando que a situação encontra-se muito mais calamitosa do que superficialmente se percebe.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação Fiduciária; Inconstitucionalidade; Lucratividade; Déficit Habitacional; Princípios Constitucionais.

ABSTRACT: In contemporary society, it is often discussed about the Fiduciary Alienation institute, supplanted by Law 9.514/97, given its large-scale use by Financial Institutions for the offer of real estate credit, where naturally one seeks to defend its usefulness, effectiveness and essentiality to the Housing Finance System. On the other hand, this article, through the empirical, doctrinal and jurisprudential research method, has as its primary objective to point out the inconsistencies and unconstitutionality of the referred Law, with regard to §§ 2 and 5 of art. 27, whose stratospheric damages are caused by the flagrant violation of constitutional provisions and other rules that affect the matter. In this way, this study will seek to transcend the controversy generated as a result of the possible unconstitutionality of the extrajudicial execution of the Fiduciary Alienation, alluding to the inescapability of the jurisdiction, demonstrating that the situation is much more dire than superficially perceived.

KEYWORDS: Fiduciary Alienation; Unconstitutionality; Profitability; Housing Deficit; Constitutional principles.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. CONTEXTO HISTÓRICO DE CRIAÇÃO DA LEI 9.514/97	6
3. ANÁLISE DOS REFLEXOS OCASIONADOS	8
3.1. DA LUCRATIVIDADE EXORBITANTE PERCEBIDA PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	8
3.2. DO DÉFICIT HABITACIONAL	10
4. ANÁLISE NORMATIVA	12
4.1. DA APLICABILIDADE DO ARTIGO 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA PRINCIPIOLOGIA CONTRATUAL	12
4.2. DA OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DOS PRECEITOS VISLUMBRADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	15
5. A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.514/97 À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA	16
5.1. DO § 2º DO ARTIGO 27	16
5.2. DO § 5º DO ARTIGO 27	18
6. O OBJETO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 860.631/SP	20
7. CONCLUSÃO	21

1. INTRODUÇÃO

O instituto jurídico da Alienação Fiduciária, preceituado pela Lei 9.514/97, consubstancia-se no 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. Nesta senda, efetua-se a transferência do domínio do bem imóvel ao credor, denominado fiduciário (em geral, uma instituição financeira que forneceu o numerário para a aquisição), em garantia do pagamento pactuado, permanecendo o devedor (fiduciante) somente na posse direta da coisa, até que o débito seja efetivamente pago pela parte devedora.

Primordialmente criada com o fito de aquecer a economia brasileira, em um contexto de dificuldade do mercado financeiro no que tange ao fornecimento de financiamentos imobiliários de forma segura, a Lei 9.514/97 buscava, sobretudo, a ampliação da oferta de crédito, com a utilização de mecanismos capazes de produzir eficácia e agilidade nos processos de recomposição das situações de inadimplência, na medida em que propiciava à parcela da população que não dispunha de recursos financeiros fartos, a aquisição de sua moradia própria.

Todavia, ao observar-se as consequências advindas da aplicação prática de tal instituto, denota-se a prejudicialidade do modo com que o procedimento de execução extrajudicial é sedimentado, notadamente em relação às formalidades dispostas nos §§ 2º e 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, haja vista a preponderância de um lucro exorbitante em favor das instituições financeiras, em detrimento do empobrecimento de enorme parcela dos devedores. *In verbis*:

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.

(...)

§ 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. (Destacou-se)

O parágrafo segundo de tal dispositivo prevê que após a consolidação da propriedade¹, restando infrutífero o primeiro leilão extrajudicial do imóvel, será aceito, na constância do segundo leilão, o maior lance ofertado, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais. Veja-se que a desvalorização exorbitante dos imóveis, os quais por sua própria natureza possuem elevado valor econômico, permite a ocorrência de verdadeiro enriquecimento sem causa ao arrematante do bem, o que sempre foi vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, outrora apenas como princípio geral do direito, e hoje também como norma expressamente prevista no art. 884 do Código Civil.

O parágrafo quinto, por sua vez, dispõe que, no segundo leilão, se 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 entregar ao devedor a importância que lhe sobejar. Assim sendo, ao devedor será imputada a perda total do imóvel, mais os pagamentos feitos, benfeitorias e acessões, sem qualquer cogitação de cálculo. É indubitável o disparate da referida disposição, tanto, que até mesmo a Jurisprudência, na ocasião da subsunção de tal norma aos casos concretos, vem realizando sua hermenêutica de modo a garantir a devolução aos devedores fiduciários da diferença relativa ao valor do imóvel.

Neste íterim, para além da polêmica gerada em decorrência da possível inconstitucionalidade da execução extrajudicial da alienação fiduciária, onde estariam cabalmente violados os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal, previstos no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal, buscar-se-á no presente trabalho, abordar a principiologia fundamental e as garantias essenciais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, tal como a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia, a proteção ao consumidor, a função social da propriedade, a boa-fé, a proporcionalidade e a razoabilidade, igualmente previstos na Carta Magna, enquanto fundamentação para suscitar a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/97.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DE CRIAÇÃO DA LEI 9.514/97

¹ A consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário é uma etapa intermediária do procedimento de execução extrajudicial da Lei nº 9.514/1997. Ocorrida a averbação da consolidação da propriedade em nome do credor, encerra-se a possibilidade de purgação da mora por parte do devedor, o qual perde definitivamente a possibilidade de readquirir o domínio da coisa por meio do cancelamento da alienação fiduciária em garantia. Por outro lado, a consolidação gera para o credor fiduciário a obrigação de realizar os leilões do imóvel, que fica indisponível enquanto não cumprida a obrigação legal de licitar em hasta pública.

A priori, cumpre destacar o contexto histórico-social onde encontra-se inserida a criação da Lei da Alienação Fiduciária, enquanto instituto jurídico-normativo, sobretudo porque suas bases não são arbitrárias e estão imersas no processo evolutivo da sociedade que a reclamou. A história e a evolução dos ordenamentos jurídicos indicam que a alienação fiduciária tem sua origem clássica marcante no Direito Romano, notadamente na chamada *fiducia cum creditore*². Esta influenciando nos desdobramentos contemporâneos do direito de várias legislações, como a da Inglaterra com o *trust receipt*³ e a brasileira – foco desse trabalho.

A origem da inclusão fiduciária no contexto nacional está ligada ao fomento econômico, uma vez que as garantias existentes ao mercado financeiro à época, tais como a hipoteca, o penhor e a anticrese restavam obsoletas, ao passo em que o moroso procedimento de recuperação de capital diante de uma situação de inadimplência, aliada à característica de baixa liquidez de um bem imóvel, afastava o investidor e praticamente inviabilizava a oferta de crédito para financiamentos cujos bens figurassem em garantia.

CHALHUB (2017) comparando a propriedade fiduciária à hipoteca, ressalta de forma muito esclarecedora a diferença entre os dois institutos quando diz que os dois não se confundem, fundamentalmente, porque hipoteca é ônus real que incide sobre coisa alheia, enquanto a propriedade fiduciária é direito próprio do credor, um direito real em coisa própria, com função de garantia.

Na práxis, observou-se que a hipoteca demonstrou ser onerosa e lenta quando de sua execução, gerando grandes controvérsias judiciais e promovendo insegurança às instituições fornecedoras de crédito. Por outro lado, com o registro do contrato de alienação fiduciária, o credor torna-se titular do domínio resolúvel sobre a coisa objeto da garantia, permanecendo sob seu domínio até que a dívida seja satisfeita pelo devedor. O bem, assim, é excluído do patrimônio do devedor, só retornando a ele após o cumprimento da obrigação garantida.

A doutrina⁴ detém o entendimento de que a alienação fiduciária como garantia dominial oferece dúplice proteção legal na esfera dos interesses jurídicos de cada parte

² *Fiducia cum creditore* é o instituto criado no direito romano pelo qual o credor recebia do devedor a propriedade e a posse de um bem fungível (*res mancipi*), a fim de que garantido fosse o cumprimento de uma obrigação principal, lhe restando o dever de restituí-lo tão logo fosse liquidada a obrigação pelo devedor (*pactum fiduciae*).

³ Nos países cujo direito se baseia no sistema do *Common Law*, o instituto *trust receipt*, de forma e objetivo muito semelhantes à *fiducia cum creditore*, se distingue no fato de que os bens alienados fiduciariamente não se transferem da propriedade nem da posse do fiduciante ao fiduciário, ou seja, não passam a integrar o patrimônio ativo do credor.

⁴ RESTIFFE NETO, Paulo, RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Propriedade fiduciária de imóvel**: Nas modalidades de financiamento mercadológico e autofinanciamento consorcial e Transmissão dos novos direitos fiduciários, seus

contratante: (1) ao proprietário fiduciário, que se investe sob condição resolutiva de titularidade propiciadora de segurança para receber o crédito garantido mediante procedimento extrajudicial, na eventualidade do inadimplemento; e (2) ao fiduciante ou devedor adimplente, fruição útil atual e a garantia real de retransferência ou reversão futura, portanto, sob condição suspensiva, da propriedade resolvida, livre ao seu patrimônio, de onde saíra por afetação transitória ao credor; somando-se isto à política de incentivo à aquisição da moradia própria.

Não é por outra razão que o art. 1º da referida Lei possui a seguinte redação: “O Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos”.

Neste ínterim, a Lei 9.514/1997 surge com o objetivo evidente de criar as condições mínimas necessárias para revitalização e expansão do crédito imobiliário de modo a contribuir com a redução do déficit habitacional, na mesma medida em que promove mecanismos extrajudiciais capazes de produzir eficácia e agilidade nos processos de recomposição das situações de inadimplência.

3. ANÁLISE DOS REFLEXOS OCACIONADOS

3.1. DA LUCRATIVIDADE EXORBITANTE PERCEBIDA PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Consoante dados extraídos da 16ª edição do estudo Desempenho dos Bancos, produzido pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE⁵) - Rede Bancários, os lucros dos cinco maiores bancos do país bateram recordes em 2019 e superaram os R\$ 100 bilhões, com alta de 30,3% em relação a 2018.

Os respectivos resultados se devem, preponderantemente, à constante ampliação do spread bancário⁶ e ao aumento das verbas com tarifas e serviços. Sobressaíram-se, ao mesmo modo, os resultados positivos relativos aos impostos e contribuições (Imposto de Renda – IR -

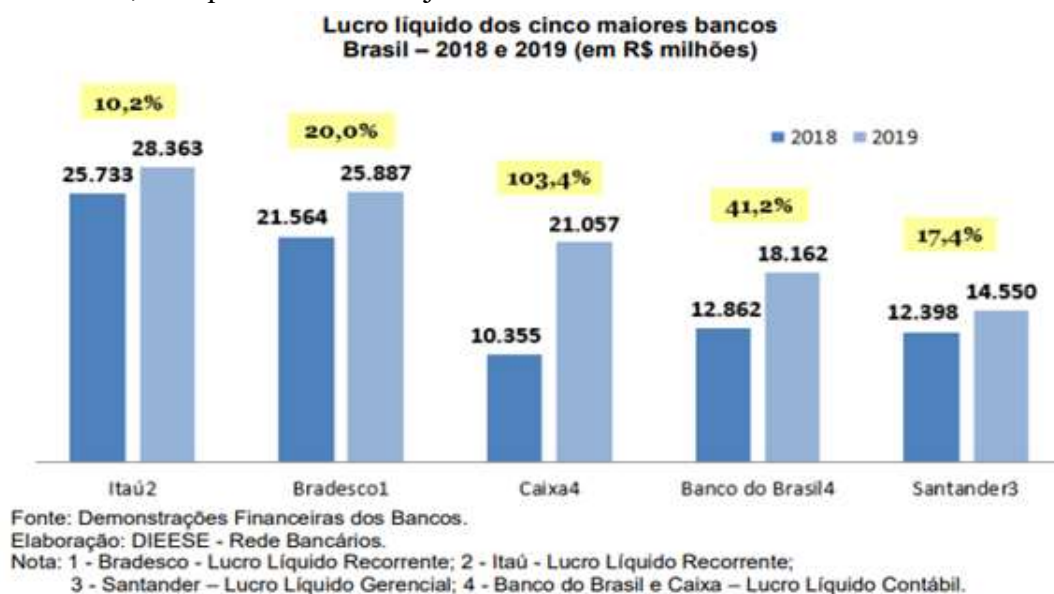
reflexos na recuperação judicial ou falência (Regime jurídico – Questionamentos – Jurisprudência). São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.68.

⁵ O Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) é uma entidade criada e mantida pelo movimento sindical brasileiro. Foi fundado em 1955, com o objetivo de desenvolver pesquisas que subsidiassem as demandas dos trabalhadores.

⁶ O spread bancário é a diferença entre o que a instituição financeira paga a um poupador ou investidor para obter seus recursos, e quanto a instituição cobra para emprestar o mesmo montante à pessoas físicas e jurídicas.

e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL), consubstanciados em expressivos impactos, notoriamente em função da diminuição dos débitos tributários.

Ademais, observou-se forte reestruturação no setor, marcada pela abertura de diversos Programas de Desligamento Voluntário (PDV) e pelo implemento de serviços virtuais (via celular e internet banking), que por conseguinte ocasionaram o fechamento de muitas agências físicas, vez que obsoletas. Veja:



Neste aspecto, importa questionar onde insere-se a influência dos temidos índices de inadimplência, que por si só justificaram a criação da Lei 9.514/97, promovendo diversos mecanismos minuciosamente detalhados em cada dispositivo legal, interligados ao fomento da recuperação de crédito.

Pois bem, primordialmente, ressalta-se que o Brasil possui elevados índices de inadimplência, quase 62 milhões de brasileiros estão inadimplentes, segundo o Serasa, e metade tem a renda inteira comprometida. Em razão disso, as instituições financeiras mantêm constantemente uma elevada taxa de juros, como forma de garantir o pagamento de despesas, ao passo em que preservam sua finalidade lucrativa.

Neste contexto encontra-se o chamado spread bancário, que consiste na diferença entre os rendimentos gerados por investimentos e poupanças, com os juros cobrados mediante empréstimos, financiamentos, renegociações e demais prestações de serviços bancários. A título exemplificativo, quando o dinheiro é aplicado em poupança, ocorre o rendimento de 5% ao ano (taxa de juros de captação), em contrapartida, o banco cobra 25% ao ano para a concessão de empréstimo; neste caso, o spread bancário é de 20% ($25 - 5 = 20$). Deduz-se, portanto, que quanto maior o spread bancário, maior será o lucro do banco relativo às operações, na medida em que mais altas serão as taxas de juros cobradas.

Veja que os mecanismos internos alhures mencionados, essencialmente utilizados para o aumento de lucros e rendimentos, são suficientes para o controle das taxas de inadimplência, sendo que a atuação legislativa para o fim de majorá-los, mormente com a insurgência dos parágrafos 2º e 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, se prestou tão somente a agravar o desequilíbrio da relação jurídica já discrepante e desproporcional.

3.2. DO DÉFICIT HABITACIONAL

É consabido que a sociedade brasileira, desde seus primórdios, emerge em ampla desigualdade social, de tal modo que grande parte da população encontra-se incapacitada de quitar suas dívidas atuais e futuras sem o comprometimento de seu mínimo existencial, ao que denomina-se superendividamento.

Para a professora Cláudia Lima Marques (2006, p. 256), define-se superendividamento como: “[...] a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos)”. Através de pesquisa elaborada no estado do Rio Grande do Sul, descobriu-se que o fenômeno é predominantemente causado por mudanças bruscas de rendimento, ocasião em que a Professora aponta:

Os dados que levantamos nesta pesquisa piloto de 100 casos comprovam que os consumidores no Rio Grande do Sul não são “endividados ativos”, ou seja “consumistas” que gastam compulsivamente mais do que ganham ou que não sabem administrar bem as possibilidades do cartão de crédito e as facilidades de autofinanciamento de hoje. Ao contrário, mais de 70% deles são superendividados passivos, que se endividaram em face de um “acidente da vida”, desemprego, morte de algum parente, divórcio, doença na família, nascimento de filhos, etc. (desemprego 36,2%, doença e acidentes 19,5%, divórcio 7,9%, morte 5,1% e outros, como nascimento de filhos, 9,4%). (MARQUES, C., 2006, p. 302)

Neste cenário, prosseguindo-se às estatísticas que fundamentam o presente trabalho, *a contrario sensu* dos lucros estratosféricos observados pelas instituições financeiras, os dados relativos à situação habitacional da população se exasperaram progressivamente.

Considerando-se os percentuais advindos do mesmo período analisado e a extrema dificuldade de quitação dos débitos por parte dos devedores, o Brasil registrou em 2019 um déficit habitacional de 5,876 milhões de moradias, representando constante aumento em relação aos anos anteriores, cujos dados foram colhidos e apresentados pela Fundação João Pinheiro⁷. O indicador inclui domicílios precários, em coabitação e domicílios com elevado custo de aluguel.

⁷ Criada em 1969, a Fundação João Pinheiro é uma instituição de pesquisa e ensino vinculada à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais. Fonte de conhecimento e informações para o

Sabendo-se que o Brasil é um país que constantemente abomina movimentos sem terra e sem teto, o convívio diário com um déficit habitacional recorde parece banal. Nem sequer os números hiperbólicos dão a dimensão necessária: no cenário em tela, faltam absurdos 5,876 milhões de residências para que a população encontre não apenas condições decentes de vida, mas tenham acesso ao que é considerado direito humano à habitação. Note-se:

DÉFICIT HABITACIONAL TOTAL E COMPONENTES
BRASIL, GRANDES REGIÕES, UF E REGIÕES METROPOLITANAS
2019

Especificação	Déficit habitacional							
	Total absoluto	Componentes						Ônus excessivo com aluguel
		Habitação precária			Coabitação			
		Domicílios Rústicos	Domicílios Urbânicos	Total Hab. Precária	Unidades Familiares Concomitantes	Domicílios Cômodos	Total Coabitação	
Região Norte	719.838	150.176	160.138	310.312	242.944	15.263	258.208	151.120
Rondônia	60.347	7.793	26.748	34.541	9.634	0	9.634	16.212
Acre	23.285	3.832	3.780	7.612	8.367	633	9.000	6.673
Amazonas	168.693	26.806	37.929	64.735	59.200	6.886	66.086	37.782
RM Manaus	100.239	10.960	16.082	27.042	33.167	6.886	40.073	33.124
Roraima	23.844	3.221	3.655	6.876	5.971	641	6.612	10.156
Pará	354.296	93.353	66.308	159.751	132.207	5.419	137.626	56.919
RM Belém	79.490	7.060	7.210	14.270	38.872	3.354	42.227	22.949
Amapá	41.973	2.192	14.519	16.711	17.481	1.484	18.965	6.296
RM Macapá	31.263	1.215	9.696	10.911	13.333	1.484	14.817	5.535
Tocantins	47.290	13.019	7.107	20.126	10.083	0	10.083	17.082
Região Nordeste	1.779.964	304.874	329.196	634.070	423.577	29.841	448.418	695.477
Maranhão	329.495	148.533	64.494	210.967	73.591	8.869	80.460	38.038
RM Grande São Luís	43.883	2.039	5.240	7.279	17.947	4.597	22.544	14.080
Piauí	115.190	34.825	41.824	76.649	26.170	0	26.170	12.572
RIDE Grande Teresina	35.038	10.220	7.027	17.247	12.914	0	12.914	3.276
Ceará	239.187	22.049	8.863	26.912	68.856	564	69.420	149.855
RM Fortaleza	107.230	4.764	612	4.176	25.676	0	25.676	76.779
Rio Grande do Norte	93.788	8.675	19.291	27.966	22.850	0	22.850	42.971
RM Natal	35.407	330	1.785	2.090	16.716	0	16.716	22.597
Paraíba	132.383	6.419	38.400	44.819	30.383	2.567	32.949	54.614
RM João Pessoa	46.907	2.611	7.243	9.854	10.619	2.567	13.186	23.887
Pernambuco	246.896	18.200	14.051	32.251	63.703	2.144	65.847	148.800
RM Recife	113.275	9.480	503	10.033	29.392	1.022	30.914	72.327
Alagoas	126.594	4.963	25.529	30.492	26.751	3.947	30.698	65.404
RM Maceió	63.122	601	1.610	2.416	8.183	3.460	11.644	49.082
Sergipe	81.321	4.842	19.414	24.256	12.967	733	13.700	43.385
RM Aracaju	36.334	2.110	2.082	4.192	5.220	0	5.220	26.937
Bahia	414.109	58.367	59.560	117.927	98.307	9.017	107.324	148.858
RM Salvador	108.708	838	10.538	16.384	22.635	0	22.635	70.717
Região Sudeste	2.287.121	82.453	107.814	286.267	422.934	38.211	461.144	1.545.718
Minas Gerais	496.484	12.062	101.118	113.180	82.206	1.813	84.019	299.295
RM Belo Horizonte	107.044	1.780	3.076	5.061	19.630	619	20.249	61.734
Espírito Santo	83.323	3.330	2.785	6.115	17.344	670	18.214	58.990
RM Grande Vitória	39.079	787	456	1.243	8.692	879	9.563	26.273
Rio de Janeiro	481.243	4.537	85.897	70.434	103.066	10.766	113.832	296.978
RM Rio de Janeiro	367.619	731	59.146	59.877	74.272	10.766	85.038	218.703
São Paulo	1.226.971	62.524	28.014	90.538	220.318	24.701	245.079	896.454
RM São Paulo	590.706	41.264	14.135	55.399	108.504	15.515	124.019	411.289
Região Sul	618.873	116.454	43.969	160.423	90.208	4.942	95.150	363.299
Paraná	247.153	38.816	17.301	56.117	37.784	1.633	39.416	151.820
RM Curitiba	84.104	16.626	3.370	19.996	12.228	796	13.026	51.121
Santa Catarina	158.793	34.797	4.434	39.231	19.891	1.770	21.661	89.991
RM Florianópolis	31.914	2.597	975	3.572	3.519	314	3.833	24.510
Rio Grande do Sul	220.927	43.041	22.234	65.275	32.533	1.540	34.073	121.579
RM Porto Alegre	90.380	29.037	6.582	35.619	10.116	0	10.116	48.648
Região Centro-Oeste	472.192	42.893	54.621	97.514	81.744	12.712	94.456	289.132
Mato Grosso do Sul	71.966	4.829	9.163	13.992	15.754	3.731	19.485	38.689
Mato Grosso	101.158	15.475	19.242	35.717	19.784	2.306	22.090	45.351
RM Vale do Rio Cuiabá	31.893	2.079	9.144	11.223	6.690	991	7.686	12.784
Goiás	209.424	16.140	25.856	41.996	33.383	6.239	39.622	127.805
RM Goiânia	67.894	603	2.669	3.272	7.589	4.294	11.894	52.738
Distrito Federal	89.554	8.649	1.360	8.809	12.823	436	13.259	68.286
BRASIL	5.876.699	696.949	785.736	1.482.585	1.261.407	96.968	1.358.374	3.036.739
Total das RMs	2.207.062	142.540	175.136	317.676	479.955	58.039	537.993	1.351.392
Demais áreas	3.669.637	554.309	610.600	1.164.909	781.452	38.929	820.381	1.684.347

Fonte: Dados tabulados Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 2016-2019.
Elaboração: Fundação João Pinheiro (FJP).

desenvolvimento do estado e do país, tem como característica a contínua inovação na produção de estatísticas e na criação de indicadores econômicos, financeiros, demográficos e sociais.

Pode-se concluir, portanto, que a Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, ao estabelecer o instituto da Alienação Fiduciária de bens imóveis, alterando a forma predominante para financiamentos imobiliários, em seu âmbito de eficácia, não somente favoreceu desproporcionalmente as Instituições Financeiras no sistema de garantias do ordenamento jurídico, mas também onerou sobremaneira as condições de habitação da população, vez que, atualmente, é possível desalojar uma família inadimplente, podendo, inclusive, tal episódio ser realizado pela via extrajudicial, de forma extremamente facilitada. Nesta senda, a falaciosa finalidade de diminuição do déficit habitacional através da oferta de crédito imobiliário, refletiu-se de modo exatamente inverso na realidade populacional.

4. ANÁLISE NORMATIVA

4.1. DA APLICABILIDADE DO ARTIGO 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA PRINCIPIOLOGIA CONTRATUAL

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei 8.078/90, foi criado com o fito de proteção ao consumidor, enquanto parte presumidamente vulnerável na relação de consumo. Sua fundamentação encontra amparo no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, consubstanciando-se em verdadeiro dever Estatal a contenção da prática de abusos não alcançados pelo restante da legislação vigente.

A doutrinadora Zilda Tavares expõe a importância do código consumerista, ao modo em que se transcreve:

Essa modificação legislativa veio por meio da Lei Maior, de 1988, com novos princípios na ordem econômica: a livre iniciativa ajustada à função social da propriedade dos bens de produção e a dignidade da pessoa humana (respeito ao consumidor, art. 170, V, e arts. 1.º e 5.º, XXIII, da CF/1988). Mas não foi suficiente. Era necessária a alteração da legislação infraconstitucional. A técnica de reformas legislativas com elaboração de novos códigos civis, penais, trabalhistas, tributários deu lugar às conhecidas minirreformas, com feitura e adoção de leis específicas para cada matéria, resultando um complexo e emaranhado sistema jurídico com vários microssistemas, além da legislação infraconstitucional recepcionada. No campo jurídico contratual a intervenção estatal veio com a promulgação da específica Lei 8.078/1990, divulgada como Código de Defesa do Consumidor, passando a disciplinar as novas relações contratuais, de consumo, com os contratos de adesão, como um verdadeiro microssistema multidisciplinar. (2005, p. 120).

Outrossim, a principiologia que norteia o Direito Contratual, decorrente do Estado Social emergente do século XIX, início do século XX, trouxe um novo viés no que respeita às garantias individuais dos jurisdicionados, que ao modo intervencionista, buscou alcançar o bem-estar coletivo em contrapartida ao individualismo exacerbado.

É neste contexto que insurgem-se os princípios da equivalência material, da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Correspondentes aos direitos e deveres que devem ser perseguidos durante a relação contratual, tais princípios impõem aos contratantes seus fins sociais, no intuito de que uma parte não seja beneficiada demasiadamente em detrimento da outra, desde as negociações preliminares, e mesmo após a execução da prestação obrigacional.

Subsumindo-se a tais fundamentos, o § 5º do artigo 27, da Lei 9.514/97 disciplina que, no segundo leilão extrajudicial do imóvel dado em alienação fiduciária, se o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º (valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais), considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de entregar ao devedor a importância que lhe sobejar. Assim sendo, ao devedor será imputada a perda total do imóvel, mais os pagamentos feitos, benfeitorias e acessões, sem qualquer cogitação de cálculo.

Para este efeito, torna-se imprescindível o exame desta antinomia jurídica, não somente em razão do dispositivo contrariar todas as garantias fundamentais retromencionadas, mas também porque o Código de Defesa do Consumidor na concepção e na execução do contrato de alienação fiduciária, disciplina a matéria de modo oposto, notadamente em seu art. 53, *in verbis*:

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. (Destacou-se)

Frisa-se, para maior elucidação, que a situação posta em análise é alusiva ao devedor fiduciante que realizou o pagamento das prestações, durante logo período, e que tornando-se inadimplente perderá não somente o imóvel (cujo valor, por si só, comumente supera o do capital mutuado), mas também o valor integral das parcelas quitadas em favor do credor fiduciário, na oportunidade da execução do contrato de alienação fiduciária onde efetuou-se a consolidação da propriedade em nome deste.

Frente a esta antinomia jurídica, questiona-se a possibilidade de suscitar a aplicação do artigo 53 do CDC, vez que igualmente dispõe sobre a matéria. Por este ensejo, cumpre enfatizar as máximas de Ada Pellegrini et al. (2017):

Para as compras a prestação, sejam de móveis ou imóveis, com garantia hipotecária, com cláusula de propriedade resolúvel, de alienação fiduciária, reserva de domínio ou outro tipo de garantia, o Código não permite que se pactue a perda total das prestações pagas, no caso de retomada do bem ou resolução do contrato pelo credor,

por inadimplemento do consumidor. A norma proíbe, *ipso facto*, o pacto comissório que faculte ao fornecedor ficar com o bem no caso de inadimplemento do consumidor. [...] As vendas feitas com garantia de alienação fiduciária, que torna resolúvel a propriedade do consumidor, também estão abrangidas pelo dispositivo ora analisado.

No entanto, transgredindo todo o direcionamento dado pelas normas jurídicas aqui mencionadas, a Doutrina e a Jurisprudência majoritárias acolhem o procedimento disposto pela Lei 9.514/97, inicialmente sob o já combatido argumento de segurança jurídica ao fiduciário, porquanto viabilizaria a oferta de crédito imobiliário e conseqüentemente fomentaria a economia e o direito à moradia.

Dantzger (2010), asseverando outro aspecto, aponta que na ocasião do conflito de normas, considerando-se o antagonismo entre os dispositivos existentes nas Leis 9.514/1997 e 8.078/1990, a Lei instituidora da Alienação Fiduciária deve prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor, por ser especial em relação àquele.

Ademais, J. M. Arruda Alvim em parecer apresentado à Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP) (2010), defende que a Lei 9.514/97 esgota totalmente a matéria ora discutida, de modo que toda a forma de devolução e acertos entre fiduciário e fiduciante é comandada pelo respectivo artigo 27. Complementa ainda que caso o devedor tenha direito à restituição das quantias amortizadas, em consonância com os termos do art. 53 do CDC, “chegar-se-á ao absurdo de admitir-se que o fiduciante, terá o direito de usufruir do bem, sem a devida remuneração. Isso porque, o fiduciário emprestou quantia suficiente para a compra do imóvel”.

Todavia, na mais superficial das perquirições, remetendo-se à situação anteriormente elucidada, pode-se inferir que tais argumentos desconsideram manifestamente a função dos exorbitantes juros remuneratórios, moratórios e das tarifas bancárias, na mesma medida em que preterem a noção de equidade e equilíbrio das relações contratuais, especialmente em seu viés substancial, resultando em verdadeiro enriquecimento sem causa⁸ das Instituições Financeiras.

Outrossim, sabe-se que a Alienação Fiduciária não se presta exclusivamente à aquisição de imóveis. A lei não exige que o contrato de alienação fiduciária de imóvel se vincule ao financiamento do próprio bem, de modo que é legítima a sua formalização como garantia de toda e qualquer obrigação pecuniária, podendo inclusive ser prestada por terceiros.

⁸ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

4.2. DA OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DOS PRECEITOS VISLUMBRADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Superando-se o conteúdo normativo infraconstitucional, mister que a questão ora discutida se alicerce à forte coluna dos preceitos constitucionais, sobre a qual se baseia toda a estrutura persuasiva deste trabalho. A Constituição, enquanto lei suprema da organização de um Estado, tem como finalidade primordial a composição de normas (regras e princípios), que servem como vetores a serem seguidos pelos jurisdicionados, direcionando toda a conduta de uma sociedade.

Importa mencionar que os princípios, enquanto normas jurídicas, estão presentes na e para a Constituição, expresso em seu texto ou decorrentes de uma análise sistemática e axiológica. Há que se acrescentar que eles pré-existem ao texto constitucional, pois que resultantes da eleição social daquilo que é mais sagrado em termos normativos, de comportamento e de senso de humanização.

Com efeito, as normas ditas inconstitucionais, cabível na análise conjunta dos §§ 2º e 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, o são por ofensa direta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da moradia, da propriedade e sua função social, da proteção ao consumidor, bem como dos princípios que regem a ordem financeira e econômica, previstos nos arts. 1º, III, 5º, XXII, XXIII, XXXIII, LIV, 6º e 170, II, III e V da CF. Senão, vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - **a dignidade da pessoa humana;**
- (...)

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:

- (...)
- XXII - **é garantido o direito de propriedade;**
- XXIII - **a propriedade atenderá a sua função social;**
- (...)
- XXXII - **o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;**
- (...)
- LIV - **ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;**
- (...)

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a **moradia**, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, **tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social**, observados os seguintes princípios:

- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- (...)
- V - defesa do consumidor;
- (...)
- (Destacou-se)

Portanto, sabendo-se das consequências devastadoras e desproporcionais ocasionadas pela aplicação do procedimento malfadado, tais como o desalojamento de famílias, o enriquecimento estratosférico e sem causa das Instituições Financeiras, a propriedade sendo exercida tão somente para a obtenção de lucro, o desequilíbrio na relação contratual e a lesão ao consumidor; torna-se explicitamente inconcebível, para não se dizer paradoxal, sua permanência, enquanto norma cogente de um ordenamento jurídico que em seu próprio texto constitucional preza pela justiça social, pela razoabilidade, pela proporcionalidade, pela equidade, pelo direito à moradia, pela função social da propriedade, em um país que se intitula Estado Democrático de Direito.

5. A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.514/97 À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

5.1. DO § 2º DO ARTIGO 27

Partindo-se da hermenêutica realizada sobre o procedimento positivado, faz-se imperiosa a análise de seus desdobramentos na ceara jurisprudencial, sabendo-se que cabe à Jurisprudência Pátria a uniformização do entendimento sobre as matérias legisladas, ao passo em que estabelece relativo consenso sobre as questões concretas em litígio.

Inicialmente, disciplina o § 1º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, que no primeiro leilão extrajudicial o bem deve ser vendido, no mínimo, pelo valor da avaliação do imóvel (estabelecido de acordo com o art. 24, VI e parágrafo único, da Lei nº 9.514/97) prevista no contrato, sendo que, eventual saldo credor, depois de abatidas a dívida remanescente e as despesas previstas nos §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo legal, deve ser restituído ao devedor fiduciante.

Destarte, o combatido § 2º do mesmo dispositivo legal, preceitua que não logrando êxito o primeiro leilão, realizar-se-á o segundo, onde “ 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.”

Diante disso, remanescem as mais diversas situações desproporcionais e irrazoáveis, como no caso hipotético que passa-se a expor. Considere-se um contrato de empréstimo pessoal no valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), com garantia de Alienação Fiduciária do imóvel de propriedade do devedor, onde o mesmo foi avaliado, *prima facie*, em R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais). No ensejo do inadimplemento, o devedor havia amortizado R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais), mais os encargos financeiros incidentes sobre a operação.

Todavia, pela insurgência de fatos inesperados que comprometeram sua captação de rendimentos, restou incapacitado de purgar a mora (vide art. 26 da Lei nº 9.514/97), resultando na quantia integral em aberto, o montante de R\$ 700.000,00 (setecentos mil de reais). Logo, pela aplicação literal dos termos do § 2º do art. 27, poderá o imóvel ser vendido por pouco mais de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), em razão do pagamento do saldo devedor e demais despesas, sobejando-se enorme desvalorização imobiliária.

Neste sentido, ocorreria a perda de todas as parcelas pagas em benefício da parte credora, tal montante que normalmente já havia superado em muito o valor inicialmente contratado em razão das excessivas taxas de juros, além da perda do imóvel, sem cogitação de recebimento ao crédito remanescente da venda do imóvel, haja vista sua efetivação em preço vil.

Importa consignar que a própria legislação induz a concretização da venda apenas no segundo leilão extrajudicial, vez que é intuitivo aos licitantes aguardar a oportunidade em que serão aceitos lances inferiores à avaliação do imóvel, ferindo de morte os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Por tais circunstâncias, menciona-se o trecho do acórdão de Recurso Extraordinário nº 1145279⁹ do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, na forma que se segue:

[...] impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do ‘substantive due process of law’ (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 – RTJ 178/22-24, v.g.):

‘O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que,

⁹ STF, RE 1145279 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 01/03/2019, DJe-061, publicado em 28-03-2019.

encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do ‘substantive due process of law’ – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do ‘substantive due process of law’ (CF, art. 5º, LIV)’.

No tocante aos referidos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, salienta-se, por fim, que estes prescindem de disposição expressa no texto constitucional, uma vez que pertencem à própria natureza e essencialidade do Estado de Direito. Portanto, sua aplicação é compulsoriamente vinculada a todas as autoridades, incluindo-se o Poder Judiciário, ao qual sobrevém a função institucional de controle de constitucionalidade da norma transgressora.

5.2. DO § 5º DO ARTIGO 27

O previsto no § 5º do dispositivo, por sua vez, onde é descrito que no segundo leilão, se 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 entregar ao devedor a importância que lhe sobejar; vem levantando diversas teses dentre os Tribunais Pátrios, direcionando-se à uma interpretação conforme a Constituição.

A rigor, em tese reiterada pelo TJSP, defende-se a restituição da diferença entre o valor de avaliação do imóvel e o eventual saldo devedor através de ação autônoma, bem como em sede de ação de reintegração ou imissão de posse proposta pelo credor fiduciário, de modo que a reintegração ou imissão na posse ficaria condicionada ao efetivo pagamento da referida diferença. Colaciona-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATOS JURÍDICOS. BEM IMÓVEL DADO EM GARANTIA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. [...] Com a reintegração da posse do bem e consolidação no patrimônio da ré o imóvel foi adjudicado pelo agente fiduciante. Valor a ser restituído ao devedor deve limitar-se ao correspondente à diferença entre o valor de avaliação do imóvel e o valor do crédito garantido, ambos atualizados monetariamente, em fase de liquidação. [...].

Neste sentido, tem-se a Apelação Cível nº 0182593-13.2008.8.26.0100, do TJSP:

Alienação fiduciária. Bem imóvel. Constituição em mora regular. Observância do art. 26, §1º, da Lei n. 9.514/97. Leilão extrajudicial de imóvel. Admissibilidade. [...]. Ausência de licitantes interessados após a realização do segundo leilão. Adjudicação do bem em favor da credora fiduciária. Inaplicabilidade do §5º do art. 27 da Lei n. 9.514/97. Dever de entregar ao devedor a importância que superar o valor do débito. Restituição ao apelante da diferença entre o valor de avaliação do bem que foi adjudicado pela apelada e o valor de seu crédito, ambos devidamente atualizados [...]. Sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido. (g.n.)

Do referido acórdão extrai-se a subseqüente assertiva:

[...] cumpre à apelada restituir ao autor a diferença entre o valor de avaliação do bem que foi adjudicado pela apelada e o valor de seu crédito, ambos devidamente atualizados, o que deverá ser apurado em liquidação de sentença. As parcelas adimplidas pelo apelante serão aproveitadas para o abatimento do valor de seu débito em face da apelada.

Note-se, apenas para reforçar a existência de crédito em favor do apelante, que o cálculo apresentado pela apelada, credora fiduciária, indicava que o valor de seu crédito correspondia a R\$ 394.935,81, em junho de 2008 (fs. 193). Ao mesmo tempo, o imóvel que serviu de garantia foi avaliado em R\$ 427.381,04 em agosto de 2008, conforme se extrai do valor mínimo da primeira praça (fs. 195).

Compulsando o recurso de apelação nº 9300853-02.2008.8.26.0000, o TJSP também traz esclarecimentos sobre a matéria ao proferir que:

Os leilões realizados para a venda do bem, objeto da presente ação, apesar de observadas todas as formalidades previstas, não encontrou licitantes. O credor fiduciário, então, adjudicou para si o imóvel.

Logo, o valor a ser restituído neste caso, não é o das parcelas pagas, diminuído percentual a título de perdas e danos, mas sim a diferença existente entre o valor da avaliação do imóvel devidamente atualizado e o valor do crédito existente, também atualizado e acrescidos dos encargos legais e contratuais, que deverá ser realizado em liquidação de sentença.

Igualmente, o STJ, em seu papel uniformizador da Jurisprudência, adota o entendimento de que restando inexitosos os dois leilões extrajudiciais, o imóvel será adjudicado ao credor fiduciário que, entretanto, deverá restituir aos devedores o montante relativo à diferença entre o valor do imóvel e o saldo devedor da dívida, acrescido dos encargos e despesas com a realização do leilão, sob pena de proporcionar o enriquecimento indevido da parte credora. Tratando-se do julgamento do Recurso Especial nº 1.124.362/SP, note-se a fundamentação do v. acórdão:

Ora, se necessária se faz a avaliação do bem no seio da execução, seja no CPC, seja na Lei 5.741, ou mesmo no DL 70/66, para que, quando da venda judicial ou extrajudicial, possa o bem ser ofertado com base em seu valor real, e, assim, por terceiro arrematado, por que não preservar, quando da adjudicação, o mesmo interesse que é preservado quando da arrematação?

Superando o valor do bem excutido o dos débitos, impende reconhecer ao devedor o direito de receber o que eventualmente sobejar, sob pena de, para se solver a dívida, o credor, adjudicando o bem, fique com as prestações até então adimplidas e, ainda, com o preço obtido com a eventual venda do imóvel adjudicado, percebendo dupla vantagem e remanescendo, o mutuário, sem o imóvel e sem o quanto até então repassou ao mutuante. [...]

Note-se que, no momento da contratação do financiamento, o valor do imóvel é necessariamente igual ou superior ao da dívida assumida perante a instituição financeira. [...]

O dispositivo em questão, ao prever que o saldo devedor ficará quitado com a adjudicação pelo credor do imóvel, guarda razão no fato de o adjudicante restar com o imóvel que era garantia inicial (hipotecária) do mútuo entabulado, podendo vendê-lo para terceiros e, com isso, reaver o capital inicialmente emprestado.

Da fórmula legal, extrai-se que o mutuário que adimplira, por longos anos, o financiamento e, por fatores que agora não pertine aventar, não mais lograra

adimpli-lo, ficará sem a dívida, mas, também, sem a razão pela qual foi ela contraída, ou seja, o imóvel.

Já no caso de o financiamento ter sido adimplido à quase totalidade, de forma a que o saldo devedor se mostre inferior ao valor do bem adjudicado, dever-se-á devolver ao mutuário o que sobejar, já que o mutuante restará com o imóvel, podendo ainda, assim como na outra hipótese, ressarcir-se do saldo devedor com a venda do bem objeto de adjudicação.

Sem tal providência, vislumbra-se a caracterização do enriquecimento sem causa do mutuante, o que sempre foi vedado em nosso ordenamento jurídico, sendo atualmente regra expressa do Código Civil de 2002 (art. 884) [...].

De outro lado, o agente financeiro restará com o imóvel, apto a ser novamente vendido, além dos valores pelo mutuário a ele alcançados até quando do início da mora.

Do presente tema não descurou o ilustre Arnaldo Rizzardo (op. cit., p. 218), destacando as injustiças que poderiam advir da assunção da adjudicação pelo valor do saldo devedor e consignando textualmente o seguinte:

“Para evitá-las (esclareço: as injustiças) torna-se indispensável a avaliação, com o que serão impedidas hipóteses de enriquecimento ilícito por uma das partes ou pelo arrematante (art. 884 do CC2002)”.

Seguindo o mesmo entendimento, os julgados: TJRS, Apelação Cível nº 70074687039, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 19/10/2017; TJSP, Apelação nº 9083312-37.2008.8.26.0000, Rel.: Hugo Crepaldi, Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível – 8ª Vara Cível, Data do Julgamento: 20/06/2012; Data de Registro: 21/06/2012; TJSP, Apelação nº 0182593-13.2008.8.26.0100; Rel.: Hamid Bdine, Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível – 18ª Vara Cível, Data do Julgamento: 25/06/2014; Data de Registro: 25/06/2014; TJSP, Apelação nº 9300853-02.2008.8.26.0000, Rel. Hugo Crepaldi, Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado;, Foro Regional XI – Pinheiros – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/04/2012; Data de Registro: 20/04/2012.

6. O OBJETO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 860.631/SP

O RE nº 860.631/SP, ainda em tramitação, cuja Repercussão Geral foi reconhecida sob o nº 982 no Supremo Tribunal Federal, tem como objeto a “Discussão relativa à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, conforme previsto na Lei n. 9.514/1997”, termos que foram proferidos pelo relator Min. Luiz Fux, da seguinte forma:

Nas razões do apelo extremo, sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação ao artigo 5º, XXXV, LIII, LIV e LV, da Constituição Federal. Alega que a execução extrajudicial no Sistema Financeiro Imobiliário, prevista pela Lei 9.514/1997, viola os princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, na medida em que permite ao credor fiduciário a excussão do patrimônio do devedor sem a participação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, sem a figura imparcial do juiz natural, o que se traduziria numa forma de autotutela, repudiada pelo Estado Democrático de Direito.

Suscita, ainda, a inconstitucionalidade da execução extrajudicial, comparando-a ao procedimento previsto no Decreto-Lei 70/1966, submetido a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sob a sistemática da repercussão geral (RE 627.106, Tema 249).

Note-se que a questão controvertida a ser julgada pela Suprema Corte, relaciona-se ao procedimento de execução extrajudicial dos contratos de Alienação Fiduciária, à luz dos princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, da ampla defesa e do contraditório.

Logo, não obstante os consideráveis fundamentos levantados por Doutrina e Jurisprudência no que respeita ao tema, pretendeu-se demonstrar neste estudo, que a (in)constitucionalidade objurgada, não é adstrita à possibilidade de execução extrajudicial do contrato, pois, de modo transcendente, abarca a permitida venda do imóvel alienado fiduciariamente, no 2º leilão, pelo valor restante da dívida, tal como previsto no art. 27, § 2º da Lei nº 9.514/97, bem como a oportunidade do § 5º, de que caso 2º leilão reste inexitoso, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de entregar ao devedor a importância que lhe sobejar; disposições estas que vem ocasionando danos incomensuráveis aos respectivos devedores fiduciários.

7. CONCLUSÃO

Diante das considerações supra, escancara-se a falácia propagada no tocante à Lei 9.514/97, onde frequentemente depara-se com as mais diversas teses em sua defesa, sobretudo quando relacionada à diminuição do déficit habitacional mediante a oferta de crédito imobiliário, de modo a incessantemente superestimá-la. O presente artigo se prestou a retirar as máscaras de uma realidade social negligenciada, a qual apresenta alarmantes índices de progressividade do déficit habitacional e de devedores endividados, em contraposição aos lucros desmedidos das Instituições Financeiras, contrariando os próprios fins supostamente almejados pela norma.

A práxis tem demonstrado que os excessos de privilégios e garantias concedidos às Instituições do Sistema Financeiro vêm trazendo prejuízos incalculáveis aos mutuários no país, em especial os decorrentes: a) das avaliações dos imóveis realizadas unilateralmente pelas instituições financeiras; b) da possibilidade de venda do bem pelo saldo devedor da dívida (art. 27, § 2º); c) da consolidação definitiva da propriedade do imóvel (art. 27, § 5º), que configura o abominável pacto comissório, vedado pelo art. 1.428 c/c art. 1.367, ambos do Código Civil; e d) da própria execução extrajudicial, que é conduzida arbitrariamente e ao bel

prazer das instituições financeiras, na maioria das vezes desrespeitando a própria Lei nº 9.514/97, que já é extremamente favorável ao credor fiduciário.

Como viu-se, as questões suscitadas são de extrema relevância social pois encontram-se intrinsecamente relacionadas à preocupante situação hodiernamente vivenciada pela população brasileira, onde sua grande parcela encontra-se em estado de vulnerabilidade social, sem possuir sua própria moradia, ou condições garantidoras de um mínimo existencial, relacionando-se ao novo conceito de superendividamento. Logo, evidenciou-se que diante de tal contexto de ampla desigualdade social, não se deve sobrepor, de maneira desproporcional e injustificada, os interesses econômicos da elite bancária, quando, em verdade, os mandamentos constitucionais prezam pela dignidade da pessoa humana, pelo direito à moradia, pela proteção ao consumidor, pela função social da propriedade, pela boa-fé nas relações contratuais, pela proporcionalidade e pela razoabilidade.

Neste compasso, pela interpretação sistêmica do Ordenamento Jurídico Brasileiro, esboçando-se o direcionamento social dado pelo constituinte em 1988 e posteriormente suplantado nas legislações infraconstitucionais, emergiu a cristalina disparidade axiológica da norma em controvérsia. Tal fato restou cabalmente comprovado pelos entendimentos firmados pela Jurisprudência nos casos em concreto, os quais buscam guardar certo grau de razoabilidade nas decisões, em uma interpretação conforme a Constituição Federal.

Pelo exposto, demonstrou-se o ambiente propício para que os Poderes Legislativo e Judiciário revisitem a lei, a Jurisprudência, e seus dogmas, dispensando maior atenção às inconstitucionalidades dos §§ 2º e 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, bem como às inconstitucionalidades e controvérsias ocasionadas pela sua aplicação, quando realizada sem os olhos voltados à Magna Carta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIN, J M Arruda. **Alienação fiduciária de bem imóvel**. O contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica. Características. Revista de Direito Privado, ano 1, n. 2. São Paulo: RT, abr.-jun. 2000.

ALVIN, J M Arruda. ASSOCIAÇÃO Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP. Publicação da ABECIP. **Alienação fiduciária e o direito do consumidor**. Disponível em: <https://www.abecip.org.br/download?file=alienacao-fiduciaria-e-direitos-do-consumidor9.pdf>. Acesso em: 08.05.2021.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **A execução extrajudicial do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel – exame crítico da Lei 9.514, de 20.11.1997**, in Revista dos Tribunais, nº 819, 2004, p. 75-76.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, de 12 de setembro de 1990.

BRASIL. **Lei Nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, de 21 de novembro de 1997.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

CARPENA Heloísa. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardello. **Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação**. In: MARQUES, Cláudia Lima. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. (coord). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**.– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: Negócio fiduciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

DIEESE. **Desempenho dos bancos em 2019**. São Paulo: DIEESE, 2021. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/desempenhodosbancos/2019/desempenhoDosBancos2019.html>. Acesso em: jul. 2021.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Deficit habitacional no Brasil – 2016-2019** / Fundação João Pinheiro. – Belo Horizonte: FJP, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil, 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos**. Coordenador Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JUNQUEIRA, José de Mello. **Alienação fiduciária de coisa imóvel – Lei 9.514/1997**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

JUSTIÇA, Portal Eletrônico do Superior Tribunal de. **Superendividamento: uma realidade para mais de 9% dos brasileiros**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=%20104055. Acesso em Acesso em 28 maio de 2013.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **A inconstitucionalidade da lei da alienação fiduciária de bens imóveis: muito além da “execução extrajudicial”**. Instituto dos Advogados de Santa Catarina: artigos e publicações periódicas. DEZEMBRO-2020. Disponível em: <https://iasc.org.br/2020/12/a-inconstituicionalidade-da-lei-da-alienacao-fiduciaria-de-bens-imoveis-muito-alem-da-execucao-extrajudicial>. Acesso em: 08.05.2021.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Liber Iuris, p. 37 e 43.

MARQUES, Claudia Maria. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: RT, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 47.

RESTIFFE NETO, Paulo, RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Propriedade fiduciária de imóvel: Nas modalidades de financiamento mercadológico e autofinanciamento consorcial e Transmissão**

dos novos direitos fiduciários, seus reflexos na recuperação judicial ou falência (Regime jurídico – Questionamentos – Jurisprudência). São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.68.

SAAD, Renan Miguel. **A alienação fiduciária sobre bens imóveis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

STJ, REsp 1124362/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 21/05/2012.

STJ, REsp nº 1461516/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14/06/2016, DJe 21/06/2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 4: Direito das Coisas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TAVARES, Zilda. **Código de defesa do consumidor e a alienação fiduciária imobiliária**. São Paulo: Método, 2005.

TERRA, Marcelo. **Alienação fiduciária de imóvel em garantia – Lei 9.514/1997, primeiras linhas**. Porto Alegre: SAFE, 1998.

TJSP, Apelação nº 9083312-37.2008.8.26.0000, Rel.: Hugo Crepaldi, Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível – 8ª Vara Cível, Data do Julgamento: 20/06/2012; Data de Registro: 21/06/2012.

TJSP, Apelação nº 0182593-13.2008.8.26.0100; Rel.: Hamid Bdine, Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível – 18ª Vara Cível, Data do Julgamento: 25/06/2014; Data de Registro: 25/06/2014.

TJSP, Apelação nº 9300853-02.2008.8.26.0000, Rel. Hugo Crepaldi, Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI – Pinheiros – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/04/2012; Data de Registro: 20/04/2012.

TJRS, Apelação Cível nº 70074687039, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 19/10/2017.

TJSC, Agravo de Instrumento n. 0153772-18.2015.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Altamiro de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 04-10-2016.

ZVEITER, Waldemar. **Colendo Superior Tribunal de Justiça – Anais do seminário. Aspectos jurídicos e econômicos do crédito imobiliário.** Realizado em Angra dos Reis, em setembro de 1999.