

26/10/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 860.631 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: JOSÉ CARLOS SANTANA FILHO
ADV.(A/S)	: MÁRCIO BERNARDES
RECDO.(A/S)	: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADV.(A/S)	: GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MUTUÁRIOS DA HABITAÇÃO - ABMH
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE BARROS TAVARES
ADV.(A/S)	: VINÍCIUS HENRIQUE DE ALMEIDA COSTA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA - ABECIP
ADV.(A/S)	: JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO
ADV.(A/S)	: EDUARDO ARRUDA ALVIM
ADV.(A/S)	: FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES
ADV.(A/S)	: RENNAN FARIA KRUGER THAMAY
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO IMOBILIÁRIO - IBRADIM
ADV.(A/S)	: MELHIM NAMEM CHALHUB
ADV.(A/S)	: FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA
ADV.(A/S)	: ANDRE ABELHA DUTRA
AM. CURIAE.	: BANCO CENTRAL DO BRASIL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL
AM. CURIAE.	: FEBRABAN - FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS
ADV.(A/S)	: GUSTAVO CESAR DE SOUZA MOURAO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 982. DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEI 9.514/1997. CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NOS CONTRATOS DO SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONFIRMA A VALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL.

RE 860631 / SP

ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, INCISOS XXIII, XXV, LIII, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. PROCEDIMENTO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE.

1. A Lei 9.514/1997 dispõe de medidas indutivas ao cumprimento das obrigações contratuais, sob a orientação de redução da complexidade procedimental e sua desjudicialização, cuja aplicação pressupõe o consentimento válido expresso das partes contratantes e a ausência de exclusão total de apreciação da situação pelo Poder Judiciário.

2. A jurisprudência desta Corte, em questão análoga, firmou-se no sentido da recepção do Decreto-Lei 70/1966, inclusive quanto à validade da execução extrajudicial da garantia hipotecária, fixando-se como tese do Tema 249 da Repercussão Geral: *“É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66”* (RE 627.106, Rel. Min. Dias Toffoli).

3. A execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, prevista na Lei 9.514/1997, é compatível com as garantias constitucionais, destacando-se inexistir afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88) e do juiz natural (art. 5º, LIII, CF/88), posto que se assegura às partes, a qualquer momento, a possibilidade de controle de legalidade do procedimento executório na via judicial.

4. Inexiste, igualmente, violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), tendo em vista que o procedimento extrajudicial que confere executoriedade ao contrato de financiamento imobiliário é devidamente regulamentado pela legislação de regência, não se tratando de procedimento aleatório ou autoconduzido pelo próprio credor.

5. A questão revela tema de complexa regulação econômica legislativa, com efeitos múltiplos na organização socioeconômica, que

RE 860631 / SP

promove tratamento constitucionalmente adequado à questão, no equilíbrio entre a proteção pelos riscos assumidos pela instituição credora e a preservação dos direitos fundamentais do devedor, adequando-se aos influxos decorrentes do referencial teórico da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), além de alinhar-se à tendência do direito moderno de desjudicialização.

6. Recurso extraordinário **CONHECIDO e DESPROVIDO**.

7. Proposta de Tese de Repercussão Geral: *“É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal”*.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, apreciando o tema 982 da repercussão geral, em conhecer do recurso extraordinário e negar-lhe provimento, mantendo a decisão do Tribunal *a quo*, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia. Por unanimidade, fixou a seguinte tese: *“É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal”*.

Brasília, 26 de outubro de 2023.

Ministro LUIZ FUX - RELATOR

Documento assinado digitalmente

25/10/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 860.631 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: JOSÉ CARLOS SANTANA FILHO
ADV.(A/S)	: MÁRCIO BERNARDES
RECDO.(A/S)	: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADV.(A/S)	: GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MUTUÁRIOS DA HABITAÇÃO - ABMH
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE BARROS TAVARES
ADV.(A/S)	: VINÍCIUS HENRIQUE DE ALMEIDA COSTA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA - ABECIP
ADV.(A/S)	: JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO
ADV.(A/S)	: EDUARDO ARRUDA ALVIM
ADV.(A/S)	: FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES
ADV.(A/S)	: RENNAN FARIA KRUGER THAMAY
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO IMOBILIÁRIO - IBRADIM
ADV.(A/S)	: MELHIM NAMEM CHALHUB
ADV.(A/S)	: FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA
ADV.(A/S)	: ANDRE ABELHA DUTRA
AM. CURIAE.	: BANCO CENTRAL DO BRASIL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL
AM. CURIAE.	: FEBRABAN - FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS
ADV.(A/S)	: GUSTAVO CESAR DE SOUZA MOURAO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário interposto por José Carlos Santana Filho, com fulcro no art. 102, III, "a" e "b", da Constituição da República, contra acórdão proferido

RE 860631 / SP

pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3) que negou provimento a agravo manejado contra decisão que negou seguimento ao recurso de apelação interposto pelo ora recorrente contra sentença de improcedência proferida nos autos de ação anulatória de procedimento de execução extrajudicial de imóvel alienado fiduciariamente pelo Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, previsto na Lei nº 9.514/1997.

O acórdão recorrido foi assim ementado (doc. 164), *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL - CPC, ART. 557 - SFH - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - ARTIGO 38 DA LEI 9514/97 - NÃO HÁ QUE SE FALAR NA APLICAÇÃO DO DL 70 66 - O PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DO TÍTULO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO OFENDE A ORDEM CONSTITUCIONAL.

I - Cumpre consignar que o presente contrato possui cláusula de alienação fiduciária em garantia, na forma do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, cujo regime de satisfação da obrigação difere dos mútuos firmados com garantia hipotecária, posto que na hipótese de descumprimento contratual e decorrido o prazo para a purgação da mora, ocasiona a consolidação da propriedade do imóvel em nome da credora fiduciária.

II - Diante da especificidade da lei em comento, não há que se falar na aplicação das disposições do Decreto-Lei nº 70/66 neste particular.

III - O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia, não ofende a ordem constitucional vigente, sendo passível de apreciação pelo Poder Judiciário, caso o devedor assim considerar necessário.

IV - In casu, verifica-se no registro de matrícula do imóvel (fls. 40/45), que o autor foi devidamente intimado para purgação da mora, todavia, o mesmo deixou de fazê-lo, razão pela qual a propriedade restou consolidada em favor da credora fiduciária.

V - Agravo legal improvido.” (TRF 3ª Região, Segunda Turma, - Apelação Cível, 0012616-91.2009.4.03.6104, Rel. Desembargador

RE 860631 / SP

Federal Cotrim Guimarães, julgado em 14/2/2012, e-DJF3 de 23/2/2012)

Em suas razões recursais, o recorrente alega, em síntese, a violação ao artigo 5º, incisos XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV, da Constituição Federal. Sustenta 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 representaria forma de autotutela, repudiada pelo Estado Democrático de Direito. Defende, ainda, a inconstitucionalidade da execução extrajudicial prevista na referida Lei, comparando-a ao procedimento previsto no Decreto-Lei nº 70/1966, submetido a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sob a sistemática da repercussão geral (RE 627.106, Tema 249) (doc. 166).

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso.

O recurso foi admitido na origem (doc. 168).

Em 5/2/2018, o Plenário desta Corte reconheceu a existência de repercussão geral da matéria, extraíndo o seguinte enunciado para o tema 982 (doc. 04):

“Discussão relativa à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, pelo Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, conforme previsto na Lei n. 9.514/1997”.

A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer favorável ao provimento do recurso (doc. 03, p. 146-169), reiterando a manifestação em 16/8/2019 (doc. 88).

RE 860631 / SP

Foram admitidos como *amici curiae* (docs. 61, 87 e 185): (i) a Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP (doc. 06); (ii) a Associação Brasileira dos Mutuários da Habitação – ABMH (doc. 30); (iii) o Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário – IBRADIM (doc. 63), (iv) a Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN (doc. 109) e (v) o Banco Central do Brasil – BACEN (doc. 123).

Restaram indeferidos os demais pedidos de ingresso na condição de *amicus curiae*, formulados após a liberação dos autos para inclusão em pauta de julgamento (doc. 185), pelo Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo - SECOVI-SP (doc. 127) e pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias - ABRAINC (doc. 137).

Posteriormente, em decisão de 18/9/2023, a Defensoria Pública da União foi também admitida no feito como *amicus curiae* (doc. 216), quando foram indeferidos os demais pedidos de intervenção no feito apresentados supervenientemente (doc. 254).

É o relatório.

25/10/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 860.631 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Cuida-se de recurso extraordinário que veicula o tema 982 da repercussão geral (*“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”*), a partir de acórdão que, mantendo a sentença de primeiro grau, reconheceu a constitucionalidade do procedimento extrajudicial de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia.

O presente recurso extraordinário foi interposto com fulcro nas alíneas “a” e “b” do permissivo constitucional, de modo que o pleito abarca tanto a pretensão de reforma do acórdão, quanto a análise da validade jurídico-constitucional da legislação de regência. Presentes os requisitos de admissibilidade do presente recurso, notadamente a tempestividade, o prequestionamento, a legitimidade e o interesse recursal, além do indispensável reconhecimento da repercussão geral da matéria pelo Plenário desta Corte (tema 982), impõe-se o seu conhecimento.

Nas razões de seu recurso, o recorrente impugna a constitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.514/1997, aduzindo afronta aos incisos XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV, todos do artigo 5º da Carta Maior. A análise da pretensão recursal, portanto, requer seja cotejado o teor da Lei 9.514/1997 com os mandamentos constitucionais aventados, na linha do que se detalha a seguir.

RE 860631 / SP**I. Do contexto da edição da Lei 9.514/1997**

No afã de compreender o instituto da garantia da alienação fiduciária nos contratos de mútuo e o procedimento de execução extrajudicial previsto na Lei 9.514/1997, faz-se necessária breve incursão no arcabouço jurídico que permeia o sistema financeiro habitacional brasileiro. Com efeito, há uma sucessão de leis editadas para regulamentação do tema, tendo em vista que se relaciona de forma próxima ao direito social à moradia.

Inicialmente, em 1964, por meio da Lei 4.380, foi criado o Sistema Financeiro da Habitação - SFH, com objetivo de facilitar o acesso a financiamentos imobiliários e reduzir o déficit habitacional no país. A mesma lei instituiu a correção monetária no âmbito desses contratos imobiliários de interesse social, bem como criou o Banco Nacional da Habitação - BNH, então órgão controlador do Sistema Financeiro da Habitação¹.

Dois anos depois, com a edição do Decreto-Lei 70/1966, instituiu-se a cédula hipotecária, como instrumento hábil para a representação de créditos hipotecários. Dentre as hipóteses de sua emissão, destacava-se a previsão da garantia hipotecária nos casos de operações compreendidas no SFH. Ainda, quanto ao trâmite da execução hipotecária, foi conferida, na ocasião, a opção ao credor hipotecário de executar a hipoteca pelas vias dispostas no Código de Processo Civil ou pelo trâmite do decreto, já prevendo, assim, a possibilidade da execução de forma extrajudicial.

Posteriormente, em 1971, foi editada a Lei 5.741, que estabeleceu a proteção do financiamento de imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH, autorizando a cobrança de crédito hipotecário vinculado ao sistema tanto de forma extrajudicial (fazendo remissão aos

1 Por meio do Decreto-Lei nº 2.291/1986, o Banco Nacional de Habitação foi extinto, por incorporação à Caixa Econômica Federal - CEF.

RE 860631 / SP

arts. 31 e 32 do Decreto-Lei 70/1966), quanto pela via judicial, por meio do ajuizamento da ação executiva. Observa-se, desde então, que a preocupação era de simplificar e dar celeridade ao processo de cobrança dos financiamentos e retorno do capital mutuado, em contrabalanceamento dos riscos envolvidos no negócio.

Entretanto, o cenário de sucessivas crises financeiras, de planos monetários não exitosos e o crescente processo inflacionário que se viveu nas décadas seguintes geraram um desequilíbrio do SFH tal qual regulado, prejudicando o acesso a financiamento para aquisição de casa própria. Paralelamente, observou-se a inadequação da garantia da hipoteca frente às novas necessidades de circulação do crédito, revelando-se insuficiente para garantir o efetivo retorno dos recursos aplicados, o que contribuiu para a estagnação do financiamento habitacional. Soma-se a isso a profunda mudança sofrida pelo quadro institucional e político do país, mormente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que demandou um novo arranjo jurídico para o sistema².

Diante dessas percepções, o legislador editou, em 1997, a Lei 9.514, que passou a dispor sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, instituindo a alienação fiduciária de coisa imóvel como marca do início de um novo modelo regulatório. Nesse sentido, conforme se depreende da Exposição de Motivos Interministerial 032/MPO/MF, de 9 de junho de 1997, anexa à Mensagem 670 do Poder Executivo, de 10 de junho de 1997, extraída do Projeto de Lei 3242/1997 da Câmara dos Deputados, posteriormente transformado na Lei 9.514/1997, objetivava-se o estabelecimento de condições mínimas necessárias ao desenvolvimento sustentável do mercado de financiamento imobiliário, com a criação de novos instrumentos e mecanismos que possibilitassem a livre operação do crédito para o setor e a mobilização dos capitais necessários à sua

2 CORRÊA, Dalide B. A. *Sistema Habitacional Brasileiro Aspectos Jurídicos*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/htms/public/8encjur/20%20-%20dalide%20b%20a%20correa.pdf>>. Acesso em 4/9/2023.

RE 860631 / SP

dinamização. O documento expõe, ainda, os antecedentes e as razões da criação da legislação em questão, *in verbis*:

“I. Antecedentes

1. Até 1964, o financiamento imobiliário esteve fortemente limitado pela ausência de mecanismos que assegurassem a manutenção do valor real dos créditos concedidos. Os efeitos corrosivos da inflação sobre as prestações e saldos devedores dos financiamentos chegaram ao ponto de impedir a reaplicação de recursos no setor.

2. Parte dessas dificuldades foi superada pela criação, naquele ano, do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), acompanhada da introdução da correção monetária. Estabeleceu-se assim um arcabouço jurídico-institucional que incluía o Banco Nacional da Habitação (BNH), as sociedades de crédito imobiliário e as associações de poupança e empréstimo e foram previstas fontes de recursos próprias para o sistema - a caderneta de poupança e os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). A instituição do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), em 1967, para garantir ao mutuário a quitação de sua dívida ao final do prazo contratual, veio completar esse arcabouço.

3. Esse conjunto de medidas, num ambiente de inflação baixa e crescimento econômico acelerado, resultou em rápido incremento do financiamento habitacional. No final da década de 1970, porém, o SFH começou a perder fôlego, fenômeno que se intensificou a partir de 1983. Por seus efeitos negativos sobre a renda e o emprego, a aceleração inflacionária, somada a sucessivas medidas que acentuaram o descompasso entre os reajustes das prestações e dos saldos devedores, acabou por desequilibrar o sistema de modo grave, senão irremediavelmente.

4. Do lado das fontes de recursos, a caderneta de poupança passou a enfrentar a competição cada vez mais acirrada da indústria de fundos de investimento, apresentando um comportamento menos dinâmico e mais volátil. Paralelamente, os novos depósitos do FGTS tornaram-se insuficientes para atender aos saques e ainda fazer novas aplicações.

RE 860631 / SP

5. Esse processo acabou por paralisar o financiamento à habitação e resultou em ônus fiscal que, só em seu governo, a União passou a enfrentar - a dívida do FCVS, desaguadouro dos desequilíbrios crescentes do sistema atual. Aliás, convém registrar que as contribuições dos mutuários ao FCVS mostraram-se muito aquém das necessidades do Fundo, não obstante as medidas adotadas desde 1986 para o aumento das contribuições e a redução de sua dívida.

II. Razões da criação do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI

6. Embora o SFH tenha financiado, desde sua criação, cerca de 6 milhões de unidades residenciais, é patente o esgotamento do atual sistema. O número de unidades financiadas pelo SFH nos últimos anos tem sido, em média, menor que 100.000 por ano, número muito inferior à demanda por novas moradias, estimada em torno de 1 milhão de unidades residenciais.

[...]

8. A esse respeito, ressalte-se o grande efeito multiplicador que a indústria da construção civil tem na economia como um todo. Essa indústria tem participação equivalente a 8% no PIB, sendo metade dessa participação referente à construção de imóveis residenciais e não residenciais. É ademais responsável por 66% dos investimentos totais do país. Além disso, responde por nada menos de 4 milhões e quatrocentos mil empregos na economia formal. Esses números permitem aquilatar os efeitos sobre o investimento, renda e emprego que resultariam da reconstrução dos mecanismos de financiamento ao setor.

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

10. A análise da experiência de vários países mostra que o crescimento do financiamento habitacional está intimamente ligado à

RE 860631 / SP

existência de garantias efetivas de retorno dos recursos aplicados, liberdade na contratação das operações e um mercado de crédito imobiliário dinâmico, capaz de canalizar recursos de longo prazo.

11. Em face, pois, do compromisso social do governo de Vossa Excelência e da demanda crescente por imóveis residenciais e não residenciais, sinal antecedente de um novo ciclo de expansão econômica, toma-se premente a reconstrução, em novos moldes, dos mecanismos de financiamento imobiliário.”³

Ainda sobre o contexto da instituição da alienação fiduciária de imóvel, destaca-se que “sua regulamentação tornou-se oportuna no momento em que a grave crise da década de 1980 atingiu duramente o setor da produção, da comercialização e do crédito imobiliário, dando causa à debacle do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e à extinção do seu órgão central, o Banco Nacional da Habitação (BNH)”⁴. Em termos numéricos, aponta-se que a inadequação do modelo regulatório então vigente (garantia hipotecária do SFH) levou à queda do número de financiamentos imobiliários de 300 mil imóveis por ano (no fim da década de 1970) para aproximadamente 30 mil imóveis por ano (no fim da década de 1990), em sinal que apontava a necessidade de uma reformulação do sistema e da criação de mecanismos mais seguros de garantia ao seu financiamento.

Nesse contexto, o sistema regulado pela Lei 9.514/1997 surgiu como importante alavanca ao setor imobiliário, tornando-o mais dinâmico e atraente a investimentos, sobretudo pela celeridade e efetividade na recuperação do crédito objeto de financiamento imobiliário. A partir daí, passou-se a observar o abandono gradual da garantia hipotecária,

3 Documento integrante do dossiê eletrônico do Projeto de Lei nº 3242/1997 da Câmara dos Deputados, disponível em:<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=210942>>. Acesso em 31/8/2023.

4 CHALHUB, Melhim. *Alienação fiduciária de bens imóveis. 20 anos de vigência da lei 9.514/1997*. In: Revista de Direito Imobiliário, vol. 84/2018, p. 495-531, Jan-Jun/2018.

RE 860631 / SP

evidenciando-se, em comparação ao novo instituto, suas desvantagens, como a morosidade na execução judicial e o desfavorecimento da posição do credor hipotecário. Verifica-se, portanto, a instituição da alienação fiduciária em garantia como medida voltada à conciliação da segurança e celeridade necessárias ao ramo imobiliário, de modo a superar o cenário de obsolescência que então se vislumbrava, na persecução de três objetivos fundamentais: *i)* geração de renda e empregos; *ii)* ampliação do acesso da população à moradia; e *iii)* promoção do crescimento sustentado da economia.

Nessa linha, ressalta Eduardo Chulam, *in verbis*:

“No aspecto teleológico e da função social do instituto, a execução extrajudicial prevista na Lei n. 9.514/97 tem como motivo preponderante dar dinamismo ao mercado imobiliário por meio da facilitação na cobrança do crédito concedido aos adquirentes, permitindo um maior volume de recursos para tal finalidade e menores taxas de juros, bem como a célere transmissão do bem para mutuários adimplentes (e não a sua indevida manutenção com os inadimplentes).”⁵

A par de tal quadro, ressoa clara a importância da análise da constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial previsto na Lei 9.514/1997, da qual decorre a necessidade de se conferir segurança jurídica aos contratantes e maior estabilidade às relações jurídicas no mercado imobiliário nacional, fatores de influência a políticas governamentais de incentivo à moradia.

II. Da cláusula de alienação fiduciária no contrato de mútuo

Contextualizado o surgimento da Lei 9.514/1997, passa-se à análise

5 CHULAM, Eduardo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 60.

RE 860631 / SP

do instituto da alienação fiduciária de bens imóveis, garantia prevista no inciso IV do artigo 17 da referida lei, que constitui direito real sobre o seu objeto, a teor do § 1º do mesmo dispositivo legal.

Consoante dispõem os artigos 22 e seguintes da legislação em análise, a alienação fiduciária de coisa imóvel é o negócio jurídico pelo qual o devedor — pessoa adquirente do imóvel ou fiduciante —, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor — instituição financeira *lato sensu* ou fiduciário —, da propriedade resolúvel do bem. Salienta-se que a mera pactuação da garantia de alienação fiduciária gera situação *sui generis* de desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto do imóvel.

Adimplida a dívida, resolve-se a propriedade fiduciária (art. 25), extinguindo-se a garantia real e transferindo-se a propriedade plena ao adquirente. Lado outro, não satisfeita a obrigação a cargo do fiduciante, surge o interesse de agir do fiduciário para a cobrança do crédito imobiliário, no que o artigo 26 da Lei 9.514/1997 disciplina que, constituída sua mora, consolida-se a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Trata-se, assim, de criação legislativa de uma garantia estabelecida ante o inadimplemento de uma ou mais prestações do financiamento do imóvel (obrigação principal), razão pela qual as parcelas vencidas até a data de formalização da mora são acrescidas da incidência de juros convencionais e de correção monetária (encargos); e, em seguida, somam-se os débitos tributários e as contribuições condominiais pendentes (obrigações acessórias). A somatória desse montante descrito corresponde ao valor exigível para a purgação da mora.

Ainda, nesse procedimento disciplinado pela Lei 9.514/1997, a mora resta formalizada perante o Ofício de Registro de Imóveis, a partir de requerimento do credor, mediante a expedição de mandado para a

RE 860631 / SP

intimação do devedor fiduciante. Conforme o art. 26, § 1º, da lei em tela, essa comunicação abre o prazo de 15 (quinze) dias ao fiduciante para a purgação da mora. Salienta-se que, consoante alteração benéfica ao devedor promovida pela Lei 13.465/2017, o prazo de que dispõe para purgar a mora restou ampliado, podendo ocorrer até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária (art. 26-A, § 2º).

Entretanto, se transcorrido o prazo sem a quitação do passivo, consolida-se a propriedade em nome do fiduciário (art. 26, § 7º), impondo-se que a satisfação do crédito se dê por meio de leilão, sob a responsabilidade da instituição financeira, no prazo de 30 (trinta) dias (art. 27). Por oportuno, vale destacar que, mesmo nesse estágio de oferta pública do bem, o fiduciante assume tratamento especial (§ 2º-B do artigo 27), eis que ao devedor se garante direito de preferência para a aquisição do imóvel até a data de eventual segundo leilão, com preço fixado com base no saldo devedor.

Assim, trata-se de procedimento deflagrado, a requerimento do credor, pelo Ofício de Registro de Imóveis para constituição em mora, a partir de quando se encadeiam atos sucessivos que oportunizam a manifestação e a tomada de providências pelo devedor fiduciante. Caso o inadimplemento persista, a conclusão necessária é a averbação da consolidação da propriedade na matrícula do imóvel, momento em que o credor está autorizado a promover leilão público para alienação do bem.

Em síntese, é esse procedimento extrajudicial que se questiona no presente recurso extraordinário, analisado sob a sistemática da repercussão geral. Não se trata, porém, da primeira vez que ato normativo relacionado à regulação dos contratos de financiamento imobiliário tem sua constitucionalidade questionada perante esta Corte. Com efeito, questões similares já foram apreciadas em relação ao mencionado Decreto-Lei 70/1966, que dispôs sobre a garantia hipotecária nos contratos do Sistema Financeiro da Habitação - SFH.

RE 860631 / SP**III. Da recepção do Decreto-Lei 70/1966**

Conforme assentado, sob a regência do Decreto-Lei 70/1966, atribuía-se aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação - SFH a garantia da hipoteca, que é instituto distinto da alienação fiduciária de imóvel. Deveras, enquanto na primeira não ocorre transferência de propriedade (tem-se um direito real de garantia sobre coisa alheia), na alienação fiduciária opera-se, com escopo de garantia, a transferência da propriedade resolúvel do bem imóvel ao credor fiduciário (direito real sobre coisa própria).

Essa diferença, por si só, revelar-se-ia suficiente para afastar os fundamentos pela inconstitucionalidade do procedimento executório disposto na Lei 9.514/1997 referentes às alegações de que a legislação permitiria ao credor fiduciário indevida excussão do patrimônio do devedor. Isso porque, tratando-se de propriedade resolúvel, enquanto não satisfeita a condição — adimplemento do contrato —, a titularidade do bem permanece junto ao credor fiduciário, que detém a propriedade, ainda que resolúvel, do bem.

Nesse sentido, como destaquei ao manifestar-me favoravelmente ao reconhecimento da repercussão geral do tema, nos contratos de mútuo pelo Sistema Financeiro Imobiliário, com alienação fiduciária de imóvel, não há transmissão da propriedade ao devedor, mas tão somente transferência da posse direta do bem. Durante o eventual procedimento de execução extrajudicial, portanto, o credor fiduciário não se imiscui no patrimônio do devedor para excutir bem de propriedade alheia, já que se cuida de propriedade do próprio credor. Trata-se, assim, de diferença substancial face à garantia da hipoteca, que deve ser desde logo assentada para a finalidade de análise da alienação fiduciária à luz dos princípios constitucionais invocados.

RE 860631 / SP

Não obstante essas diferenças, destaca-se que esta Corte já afirmou a recepção, pela Constituição de 1988, do procedimento de execução extrajudicial da garantia hipotecária nos contratos do SFH, cujos fundamentos podem ser também aplicados, *mutatis mutandis*, ao enfrentamento dos argumentos ora erigidos em face do meio extrajudicial de execução da cláusula de alienação fiduciária em garantia, como detalhado adiante.

Observe-se que, durante a década de 2000, as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal convergiram a respeito da recepção do Decreto-Lei 70/1966. Nesse sentido, colaciono as seguintes ementas:

“Execução extrajudicial. Recepção, pela Constituição de 1988, do Decreto-Lei n. 70/66. Esta Corte, em vários precedentes (assim, a título exemplificativo, nos RREE 148.872, 223.075 e 240.361), se tem orientado no sentido de que o Decreto-Lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição, não se chocando, inclusive, com o disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º desta, razão por que foi por ela recebido. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Por outro lado, a questão referente ao artigo 5º, XXII, da Carta Magna não foi prequestionada (súmulas 282 e 356). Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 287.453, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 18/9/2001, DJ de 26/10/2001)

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO PELO RELATOR. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DL 70/66. RECEPÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CF, ART. 102, III, “B” [...]. III – Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal [...]. V – O Supremo

RE 860631 / SP

Tribunal Federal já se manifestou, por diversas vezes, no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição. Precedentes. VI – Agravo não provido.” (AI 509.379-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 4/10/2005, DJ de 4/11/2005)

“AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI 70, DE 1966. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS INCISOS XXXV, LIV E LV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO. Por ser incabível a inovação da questão, em sede de agravo regimental, não se conhece da argumentação sob o enfoque de violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Os fundamentos da decisão agravada mantêm-se por estarem em conformidade com a jurisprudência desta Corte quanto à recepção do Decreto-Lei 70, de 1966, pela Constituição de 1988. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 312.004-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 7/3/2006, DJ de 28/4/2006)

“[...] 1. Execução extrajudicial: firme o entendimento do Tribunal no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição. (cf. RE 287453, Moreira, DJ 26.10.2001; RE 223075, Galvão, DJ 23.06.98). 2. Agravo regimental: inovação de fundamento: inadmissibilidade.” (RE 408.224-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 3/8/2007, DJe de 31/8/2007)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI N. 70/66. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O decreto-lei n. 70/66, que dispõe sobre execução extrajudicial, foi recebido pela Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 513.546-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 24/6/2008, DJe de 15/8/2008)

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO

RE 860631 / SP

EXTRAJUDICIAL. 1. Não ofende a Constituição o procedimento previsto no Decreto-lei 70/66. Precedentes. 2. Ausência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 3. Agravo regimental improvido.” (AI 663.578-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 4/8/2009, DJe de 28/8/2009)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. RECEPÇÃO DO DECRETO-LEI N. 70/1966 PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (AI 709.499-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 30/6/2009, DJe de 21/8/2009)

“RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Execução extrajudicial. Decreto-Lei nº 70/66. Recepção pela Constituição Federal de 1988. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.” (AI 678.256-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 2/3/2010, DJe de 26/3/2010)

Posteriormente, esse entendimento restou reafirmado e sedimentado no julgamento do RE 627.106, com a fixação da seguinte tese ao tema 249 da Repercussão Geral: *“É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66”*. Por oportuno, confira-se a ementa do acórdão então proferido:

“Direito processual civil e constitucional. Sistema Financeiro da Habitação. Decreto-lei nº 70/66. Execução extrajudicial. Normas recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. Precedentes. Recurso extraordinário não provido.

1. O procedimento de execução extrajudicial previsto pelo

RE 860631 / SP

Decreto-Lei nº 70/66 não é realizado de forma aleatória, uma vez que se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, pois o devedor é intimado a acompanhá-lo e pode lançar mão de recursos judiciais se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite.

2. Bem por isso, há muito a jurisprudência da Suprema Corte tem estabelecido que as normas constantes do Decreto-lei nº 70/66, a disciplinar a execução extrajudicial, foram devidamente recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

3. Recurso extraordinário não provido, propondo-se a fixação da seguinte tese de repercussão geral: 'É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66'." (RE 627.106, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 8/4/2021, DJe de 14/6/2021)

Na ocasião, foi refutada a argumentação no sentido de que a possibilidade de execução extrajudicial de imóvel objeto de dívida hipotecária, da forma como prevista pelo Decreto-Lei 70/1966, violaria as disposições dos artigos 5º, incisos XXII, XXIII, XXXII, XXXV, XXXVII, LIII e LIV, e 6º, todos da Constituição Federal.

Assim, consideradas essas premissas, passa-se, na seção seguinte, à análise pormenorizada dos fundamentos adotados na ocasião para amparar a recepção da execução extrajudicial disposta no Decreto-Lei 70/1966 e que, em reforço, aplicam-se também à presente análise da constitucionalidade dos dispositivos constantes da Lei 9.514/1997 que tratam do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel. Nesse sentido, serão afastados os argumentos que no presente RE se colocam, afirmando-se a constitucionalidade também dos dispositivos referentes à Lei 9.514/1997.

IV. Da constitucionalidade da Lei 9.514/1997

De saída, destaca-se inexistir afronta ao princípio da inafastabilidade

RE 860631 / SP

da jurisdição e do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nesse sentido, consigna-se que o tema já havia sido amplamente debatido nesta Corte no julgamento do RE 627.106 - tema 249 da Repercussão Geral, quando foi também afastado em relação ao Decreto-Lei 70/1966.

Como destacou o Ministro Dias Toffoli na ocasião, “esse procedimento não é realizado de forma aleatória e se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, sendo certo que o devedor é intimado a acompanhá-lo, podendo impugnar, inclusive no âmbito judicial, o desenrolar do procedimento se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite”. Na sequência, fez-se referência ao arrazoadado do RE 223.075, Rel. Ministro Ilmar Galvão, julgado em 1998. O precedente, exarado sobre a recepção do procedimento previsto pelo Decreto-Lei 70/1966, consignou:

“EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido.” (RE 223.075, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 23/6/1998, DJ de 6/11/1998) [grifos nossos]

Do mesmo modo, também em relação à legislação ora analisada, o procedimento de execução extrajudicial levada a cabo pelo credor fiduciário não padece de vício de inconstitucionalidade no ponto, tendo em vista que fica resguardada ao devedor fiduciante a possibilidade de provocação oportuna do Poder Judiciário, caso verifique eventual mácula do procedimento ou considere a violação a direito de que se julgue titular. Os envolvidos dispõem, assim, de ampla liberdade para defender seus

RE 860631 / SP

interesses em Juízo, em qualquer fase do procedimento, consoante preconiza o art. 5º, XXXV, da Carta Magna brasileira. É dizer, o fato de o procedimento específico realizar-se fora da jurisdição estatal não obsta o acesso ao Judiciário para dirimir controvérsias ou reprimir eventuais ilegalidades perpetradas no seu curso.

Nesse sentido, exemplifica-se, a partir da própria redação legislativa, a possibilidade de controle judicial posterior caso seja necessária ação de reintegração de posse do imóvel, na situação em que o devedor fiduciante nela permaneça após a consolidação da propriedade (art. 30 da Lei 9.514/1997). Trata-se de ocasião na qual será possível a análise judicial da legalidade do procedimento executivo, além de essa ser também providência possível acobertada pelo direito de ação em geral.

Desse modo, inexistente violação à garantia da inafastabilidade de jurisdição, tampouco há ofensa à garantia do juiz natural (art. 5º, LIII, CF/88), tendo em vista que, não obstante a consolidação da propriedade independentemente de intervenção judicial, assegura-se às partes a possibilidade de controle de legalidade do procedimento executório na via judicial. Dispensa-se, assim, que o credor fiduciário obtenha na via judicial o reconhecimento do direito já avençado extrajudicialmente, sem prejuízo que o devedor fiduciante pleiteie suas razões em via própria junto ao Poder Judiciário.

Na mesma linha, impõe-se o afastamento das alegações de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88). Com efeito, a Lei 9.514/1997 dispõe de medidas indutivas ao cumprimento das obrigações contratuais, sob a orientação de redução da complexidade procedimental, cuja aplicação pressupõe o consentimento válido expresso das partes contratantes e a não-exclusão total de apreciação da situação pelo Poder Judiciário.

Em que pese se tratar de procedimento extrajudicial, observam-se na

RE 860631 / SP

demanda executiva referente à alienação fiduciária de bens imóveis regras processuais que se coadunam com as disposições constitucionais e as normas gerais do Código de Processo Civil, aplicáveis a trâmites judiciais envolvendo direitos reais sobre bens imóveis. Com efeito, na linha do que já narrado acima, destaca-se que o procedimento se guia por requisitos essenciais à constituição e desenvolvimento do trâmite extrajudicial ora analisado, tais como: *i*) a provocação inicial exercida por requerimento do fiduciário; *ii*) a comunicação oficial do fiduciante por meio de intimação; e *iii*) a observância a normas de competência, uma vez que o requerimento deve ser apresentado perante o Cartório de Registro Imóveis competente⁶.

Deveras, o procedimento extrajudicial que confere executoriedade ao contrato de financiamento imobiliário – e, em especial, o ato para a consolidação de propriedade fiduciária – é inicialmente conduzido perante o Ofício de Registro de Imóveis, órgão que, por delegação estatal, atua na verificação do preenchimento dos requisitos legalmente estipulados para essa providência. Não se trata, portanto, de procedimento aleatório ou autoconduzido pelo próprio credor, que poderia configurar ilegítima forma de autotutela de sua pretensão executiva.

Reitera-se, ademais, que pela própria noção conceitual da alienação fiduciária, a concretização da propriedade do bem pelo devedor fiduciante apenas ocorre com o total adimplemento da dívida, de modo que, até o cumprimento dessa condição, há mera expectativa do direito à propriedade. Em acréscimo, a possibilidade de leilão extrajudicial do imóvel apenas se apresenta após o inadimplemento da obrigação e a constituição do devedor em mora, admitida, ainda, a possibilidade de que este purgue a sua mora antes da consolidação da propriedade em nome do credor. São etapas graduais, portanto, que asseguram a

6 CHULAM, Eduardo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 69.

RE 860631 / SP

concretização do devido processo legal, ainda que em fase extrajudicial.

Destarte, como já exposto, nada obsta o ingresso ao Judiciário, a qualquer momento, para dirimir eventuais irregularidades ocorridas no curso da cobrança extrajudicial, conferindo a possibilidade do exercício do contraditório judicialmente. Isso porque, a partir de sua notificação para satisfazer a dívida, momento em que o devedor toma efetiva ciência da deflagração do procedimento voltado à consolidação da propriedade pelo credor, exsurge o direito de resistir judicialmente a pretensão que repute ilegítima, perfazendo a garantia da ciência e da possibilidade de oportuna reação, como consectários do direito constitucional ao contraditório. Em comparação, destaque-se que, mesmo no processo judicial de execução propriamente dita, a citação do executado se dá para o cumprimento do crédito exequendo, sem prejuízo de que se instaure, por iniciativa própria do devedor, o contraditório mediante o ajuizamento de ação autônoma de embargos à execução. Não se trata, assim, de uma violação a essa garantia constitucional, mas tão somente uma forma distinta de exercê-la.

Conclui-se, nessa linha, que o procedimento executivo previsto na Lei 9.514/1997 para satisfação de créditos decorrentes de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel constitui medida adequada, na regulação legislativa de balanceamento entre a proteção pelos riscos assumidos pela instituição credora e a preservação dos direitos fundamentais do devedor, alinhando-se à tendência do direito moderno de transferir para o âmbito administrativo atos que antes demandavam intervenção obrigatória do Judiciário.

Sob outra perspectiva, insta salientar que a simplificação procedimental para a execução da garantia atrai os desafios da interpretação da disposição convencional à luz dos limites da autonomia privada. Na presente temática, a questão se complexifica ainda mais por se referir ao destacado e indisponível direito social à moradia, além de

RE 860631 / SP

envolver relação jurídica estabelecida entre contratantes que assumem, em geral, flagrante assimetria de poder econômico.

Nesse sentido, a despeito dessas circunstâncias socioeconômicas, o arcabouço legislativo em torno do instrumento atribui tratamento regulatório adequado à controvérsia, ao estabelecer garantias mínimas ao devedor e limitações à possibilidade de ação do credor (como as impossibilidades de que este promova a consolidação da propriedade em seu nome sem atendimento aos requisitos legais, de que promova o leilão do bem de forma irrestrita, de que o tomador do financiamento seja surpreendido com o valor do débito ou de que fique ele próprio com a coisa alienada em garantia). Portanto, trata-se de complexa regulação econômica legislativa, com efeitos múltiplos na organização socioeconômica, que promove tratamento constitucionalmente adequado à questão, sem que haja violação à autonomia privada, que envolve a previsibilidade sobre as consequências da inexecução contratual em um patamar mínimo de informações que as partes contratantes presumidamente detêm.

Assim, ao firmar contrato de mútuo garantido por alienação fiduciária, o fiduciante manifesta sua vontade de permitir que eventual execução se dê extrajudicialmente, de acordo com os trâmites da Lei 9.514/1997, ressalvada a possibilidade de, a qualquer momento, ajuizar ação para sanar ilegalidade eventualmente praticada no curso do procedimento. Trata-se de elemento da política regulatória que permite maiores possibilidades de acesso ao financiamento imobiliário, a taxas de juros mais baixas, de modo que a supressão da previsão legislativa da medida de garantia poderia significar desbalanceamento desse equilíbrio regulatório desenvolvido legislativamente.

Esse ponto permite introduzir contributos possíveis de uma análise econômica da questão, sob o prisma de sua compatibilização aos meios de composição extrajudicial de conflitos, privilegiados pela legislação

RE 860631 / SP

processual contemporânea. Com efeito, como forma de desafogar o Judiciário frente à avalanche de demandas que enfrenta, medidas de fortalecimento da execução extrajudicial e/ou da desjudicialização da execução têm sido fortalecidas nos últimos anos. Trata-se, aliás, de uma tendência identificada também nas experiências de direito comparado, na busca de formas de desburocratizar e simplificar o processo executivo, como assenta a doutrina especializada:

“Na Alemanha, o §753 da ZPO prevê os executores judiciais, que, seguindo ordens do credor, conduzem a execução forçada, se não atribuída aos Tribunais (os Gerichtsvollzieher); na França, os oficiais de justiça encarregados da execução têm competência exclusiva para proceder execução forçada (arts. 182e 192da Lei n. 91-650, de 1991), sendo que há figuras semelhantes ao agente da execução (nestes países, funcionários de nomeação oficial, porém contratados pelo exequente) também em países como Bélgica, Holanda, Grécia, Hungria, Polônia e Escócia (sheriff officer); na Espanha tem-se a figura dos secretários judiciais, que têm atribuições reduzidas (LEC); na Suécia, exemplo extremo da desjudicialização, o encarregado da execução é o Serviço Público de Cobrança Forçada, órgão administrativo e não judicial.”⁷

Destaca-se, ainda, o exemplo de Portugal, em que o movimento da desjudicialização do processo de execução, impulsionado pela morosidade e baixa efetividade dos processos judiciais, foi acompanhado de sucessivas alterações em seu Código de Processo Civil, com a criação da figura do chamado *agente da execução* e expansão de seus poderes, remanescendo ao magistrado intervenções pontuais de tutela e atuação em caso de litígio e dúvidas suscitadas na pendência da execução. Assim, atos de natureza executiva propriamente ditos, como ordenar a penhora, a venda ou o pagamento, foram atribuídos aos *agentes de execução*, funcionários de natureza híbrida, que reúnem características de

⁷ CHULAM, Eduardo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 17.

RE 860631 / SP

mandatário do credor e de oficial público⁸.

No Brasil, tendência similar pode ser observada atualmente com os meios de execução extrajudicial do crédito imobiliário, sobretudo com a previsão do procedimento executivo nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel ora analisado. Nesse contexto, vale destacar que o direito de acesso à justiça, em sua concepção contemporânea, implica a necessidade de instaurar uma justiça que também conceda ao cidadão resposta justa e tempestiva. Consectariamente, a possibilidade legislativamente regulamentada de que alguns atos, em casos específicos, possam ser conduzidos extrajudicialmente revela-se como estratégia imprescindível para, desafogando-se o Judiciário, impedir que nossa justiça se transforme em injustiça manifesta – porquanto tardia. Nos dizeres de Rui Barbosa: *“justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”*⁹.

Em igual sentido, esta Suprema Corte já assentou que:

“(...) de nada valeria a CF declarar com tanta pompa e circunstância o direito à razoável duração do processo (e, no caso o direito à brevidade e excepcionalidade da internação preventiva), se a ele não correspondesse o direito estatal de julgar com presteza. Dever que é uma das vertentes da altissonante regra constitucional de que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (inciso XXXV do art. 5º). Dever, enfim, que do ângulo do indivíduo, é constitutivo da tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário (‘universalização da Justiça’, também se diz).” (HC 94.000, Rel Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe de 13/3/2009)

Ressalta-se, nessa linha, que a via judicial corresponde a mecanismo

8 CHULAM, Eduardo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 18/19.

9 BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury, 5ª Edição. Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 40.

RE 860631 / SP

custoso e não exclusivo de controle do comportamento humano para a promoção do interesse social, razão pela qual surgem outras formas também adequadas de solucionar os conflitos apresentados. Assim, incorporando influxos decorrentes do referencial teórico de alguns estudiosos da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), a litigância em juízo somente é socialmente desejável quando seus custos sejam inferiores aos benefícios que a comunidade experimenta em termos de modificação de conduta pelos seus componentes, consoante ensina o Professor da Universidade de Harvard, Steven Shavell¹⁰.

A par dessas considerações, eventual afastamento da possibilidade da execução extrajudicial prevista na Lei 9.514/1997, além de gerar graves consequências sistêmicas na dinâmica de financiamento imobiliário, poderia ensejar penalidade a partes contratantes com demandas legítimas, ao enfrentar tribunais excessivamente congestionados e, por conseguinte, mais lentos, na contramão da garantia de prestação jurisdicional em prazo razoável, estabelecida pelo artigo 5º, LXXVIII, da CRFB.

Por oportuno, destaque-se que elementos como esses já foram também considerados pelo Superior Tribunal de Justiça, quando da análise de legalidade de aspectos dos contratos sujeitos ao SFH, *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito

10 SHAVELL, Steven. “*The Social Versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System*”. In: *The Journal of Legal Studies*, Vol. 11 (1982), p. 333-339.

RE 860631 / SP

contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.

2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito. [...]” (REsp 1.163.283/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 4/5/2015) [grifos nossos]

Ademais, a infirmação da medida legislativa ora analisada e há muito editada representaria potencial desequilíbrio na equação de balanceamento dos riscos e das oportunidades que o contrato de financiamento imobiliário apresenta. Dessa forma, a supressão da garantia da alienação fiduciária do bem imóvel teria como consequência a alteração de outros mecanismos dessa equação, tais como possível aumento da taxa de juros média, redução do prazo médio para amortização da dívida, bem como menor acessibilidade ao contrato de financiamento.

Nesse sentido, destaca-se que o tema apreciado veicula questão não apenas economicamente relevante, mas que também envolve aspectos sociais de alta monta. Deveras, ao reconhecer a repercussão geral do tema ora analisado, destacou-se a relevância não só jurídica, mas econômica e social da questão, haja vista a possibilidade de afetar significativa parcela da população, mutuários do Sistema Financeiro Imobiliário, além de impactar diretamente no estabelecimento das taxas de juros desses contratos, as quais se relacionam diretamente com os riscos decorrentes da inadimplência e o tempo estimado com a execução das garantias.

Com efeito, sem um arcabouço dotado de estabilidade e previsibilidade, que garanta solidez e equilíbrio nas relações jurídicas,

RE 860631 / SP

não há que se falar em desenvolvimento sustentável do mercado imobiliário, para o qual o instituto da alienação fiduciária de bens imóveis e, especificamente, o seu procedimento de execução extrajudicial, exerce papel fundamental.

A par desse quadro, a Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN, entidade de representação do setor bancário brasileiro, admitida nos autos na qualidade de *amicus curiae*, apresentou parecer econômico, datado de outubro de 2018, do qual se extrai excerto que sintetiza a conclusão sobre potenciais consequências para o mercado de crédito brasileiro caso fosse reconhecida a inconstitucionalidade da execução extrajudicial na alienação fiduciária de bens imóveis, *in verbis*:

“Ao reduzir tanto o custo quanto a incerteza da possibilidade de obtenção das garantias imobiliárias, a alienação fiduciária permitiu uma verdadeira revolução no mercado de crédito imobiliário brasileiro. De 2007 até 2017, o volume de crédito imobiliário cresceu de forma expressiva, saltando do patamar de 2% do PIB para um valor próximo de 10% do PIB. Esse movimento, ao levar ao aumento da demanda por imóveis, permitiu o desenvolvimento do setor de construção civil, que gerou mais de um milhão de vagas de trabalho entre 2007 e 2013, beneficiando especialmente os trabalhadores menos qualificados.

Ao mesmo tempo, a utilização da alienação fiduciária passou de apenas 0,1% dos contratos de financiamento em 2007 para mais de 94% dos contratos em 2017. Em termos de volume financiado, a alienação fiduciária é a forma de garantia utilizada em R\$ 544 bilhões de reais em operações de crédito imobiliário, de um total de R\$ 547 bilhões em operações de crédito ativas em 2017, o que corresponde a mais de 99% do volume de crédito imobiliário contratado no Brasil.

Esse movimento foi acompanhado de expressiva redução da taxa de inadimplência, que passou de 9,4% em 2009 para 2,3% em 2017. A baixa inadimplência observada nos contratos de alienação fiduciária – apenas 1,5% dos contratos em 2017 – mostra que a introdução dessa modalidade foi, de fato, responsável pela redução da inadimplência no crédito imobiliário no Brasil no período.

RE 860631 / SP

Essas observações confirmam a teoria econômica ao mostrar que a qualidade das garantias está diretamente ligada ao volume e ao preço (taxa de juros) do crédito ofertado pelas instituições financeiras. Além disso, o comportamento do mercado de crédito mostra que os credores também respondem aos incentivos que são colocados pelas regras do jogo: quanto mais rápida a retomada da garantia, maior o esforço para se manter adimplente.

A análise econométrica realizada também traz evidências de que o mercado de crédito responde à qualidade do ambiente institucional. Quanto mais eficiente for o procedimento de recuperação de garantias, menor será o spread bancário.

[...] Estimativas da LCA indicam que um choque no spread bancário da ordem de 15 pontos percentuais (semelhante à queda observada no spread nos anos que se seguiram à criação do SFI em 1997) levaria a uma redução de 4,1% do PIB em um horizonte de cinco anos.” (doc. 115, p. 2-4)

Ainda em sua manifestação, a entidade assevera que “a atividade de intermediação realizada pelas instituições financeiras (consistente na captação de recursos de poupadores e investidores para a sua disponibilização aos tomadores de crédito) depende de ambiente de segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade, sob pena de se criar risco de descasamento entre as operações ativas e passivas dos bancos”, em “realidade [que] é ainda mais sensível em se tratando de financiamentos imobiliários, que, em geral, caracterizam-se por taxas de juros reduzidas (em se comparando com outras espécies de mútuos bancários) e longos prazos de duração”. Nesse contexto, “a Lei nº 9.514, de 1997, ao estabelecer a possibilidade de alienação fiduciária de bens imóveis e o procedimento de execução extrajudicial dessa garantia, criou importantes mecanismos para a segurança das operações imobiliárias, sobretudo em relação à higidez das garantias e celeridade, com baixo custo, da recuperação do crédito inadimplido, o que garantiu importante redução das taxas históricas de juros, sensível incremento no volume dos financiamentos imobiliários e significativo fomento do setor da construção civil” (doc. 109, p. 4).

Preocupações semelhantes são também destacadas pelo Instituto

RE 860631 / SP

Brasileiro de Direito Imobiliário - IBRADIM, admitido no feito na qualidade de *amicus curiae*:

“22. De outro ângulo, cumpre ressaltar que anteriormente à introdução da alienação fiduciária de imóvel, o financiamento à aquisição de imóveis estava carente de garantia eficaz. Os problemas da hipoteca – que ainda persistem – causavam retração de todo o crédito, que depende fundamentalmente da existência de garantias eficazes. Essa dependência, em relação aos imóveis, é ainda mais evidente nos países em desenvolvimento, em que a garantias imobiliárias respondem, em média, por quase três quartos do crédito garantido.

23. Eis a razão de a presente controvérsia não se limitar aos aspectos jurídicos. Estes, por si, são suficientes para estabelecer a constitucionalidade do procedimento de excussão extrajudicial, seja no tocante à alienação fiduciária de bem imóvel, seja em relação às demais hipóteses previstas em lei. No entanto, ainda mais relevantes são os aspectos sociais e econômicos do caso em tela, pois uma decisão em sentido diverso, ainda que sob o pretexto de proteger os mutuários, significaria um retrocesso ao cenário de insegurança jurídica que culminou na grave crise habitacional que o país enfrentou antes do advento da Lei 9.514/1997, quando a deficiência das garantias tradicionais inviabilizava a obtenção de financiamentos imobiliários e, conseqüentemente, o acesso da população a moradias adequadas.” (doc. 63, p. 7/8)

Em linha similar, o Banco Central, na qualidade de *amicus curiae*, juntou aos autos o Parecer Jurídico 140/2020-BCB/PGBC, de 31/3/2020, no qual destaca que, por ocasião da edição da Lei 9.514/1997, verificava-se no mercado de crédito em geral reduzido nível de alavancagem das instituições financeiras cujo fator determinante correspondia ao risco de crédito, citando o estudo “Juros e Spread Bancário no Brasil”, elaborado pelo Departamento de Estudos e Pesquisas (Depep) e publicado em outubro de 1999 (doc. 124, p. 9).

RE 860631 / SP

O Banco Central anexou, ainda, o Parecer 4109/2019–DENOR/COCIP, de 4/11/2019, da lavra do Departamento de Regulação do Sistema Financeiro Nacional do BCB, que avaliou tecnicamente: *i)* o sistema de alienação fiduciária, em contraponto ao uso de hipoteca no SFI; *ii)* o “tamanho” do mercado, antes e depois da Lei 9.514/1997; *iii)* a diferença dos *spreads* de juros praticados antes e depois da referida lei; *iv)* a estatística dos cartórios sobre o volume de purgação da mora; *v)* o volume de financiamentos que tem a alienação como instrumento de garantia; *vi)* as razões das alterações introduzidas pela Lei 13.465/2017 na Lei 9.514/1997; *vii)* o impacto da execução extrajudicial, nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, para todo o Sistema Financeiro Nacional (doc. 125, p. 2/3).

Com relação ao primeiro ponto, assinala que a Lei 9.514/1997 introduziu aperfeiçoamentos em relação aos procedimentos previstos no Decreto-Lei 70, de 1966, considerando as dificuldades verificadas ao longo do tempo acerca da excussão extrajudicial hipotecária prevista no referido diploma legal. Dentre elas, exemplifica o fato de o procedimento de execução ser realizado perante os Oficiais de Registro de Imóveis, “os quais são delegados de um serviço público, reduzindo eventuais questionamentos acerca de parcialidade e conflito de interesses usualmente feitos em relação aos agentes fiduciários do SFH, responsáveis pela excussão extrajudicial hipotecária”. Aponta que essas diferenças conferem maior segurança jurídica para a realização de operações de crédito e propiciam agilidade e eficiência ao processo da cobrança de créditos inadimplentes, contribuindo, dessa forma, para redução dos riscos relativos à atividade de crédito (doc. 125, p. 6).

Sublinha a significativa expansão do crédito imobiliário, registrando que a relação entre crédito imobiliário e PIB passou de cerca de 2% em 2008 para um patamar situado entre 9% e 10% entre 2016 a 2019, enquanto a participação do crédito imobiliário em relação à carteira total de crédito das instituições financeiras cresceu de aproximadamente 5%,

RE 860631 / SP

em junho de 2008, para cerca de 20%, no período de 2016 a 2019, conforme dados disponíveis no Sistema Gerenciador de Séries Temporais (SGS) do Banco Central (doc. 125, p. 9). E, de acordo com dados disponíveis no Sistema de Informações de Créditos do Banco Central (SCR), observa, no período, que 96,77% do saldo das operações de crédito imobiliário garantidas por imóveis residenciais foram formalizadas por meio de contrato de mútuo com alienação fiduciária do imóvel, correspondendo a aproximadamente R\$ 634 bilhões, ao passo que o percentual da participação da hipoteca passou de 5,05%, em junho de 2014, para 3,23%, em junho de 2019 (doc. 125, p. 7).

Registre-se, ainda, que o número de operações desse tipo aumentou durante a pandemia, o que pode ser observado no parecer complementar juntado aos autos em março de 2021 (Parecer 547/2021-DENOR/COCIP, de 3/3/2021), em que apresentada tabela referente à evolução do saldo da carteira de crédito imobiliário relativa às operações garantidas por imóveis residenciais, por tipo de garantia, ao longo das posições semestrais compreendidas entre dezembro de 2013 e dezembro de 2020. Extrai-se do documento que *“98,20% das operações ativas de crédito imobiliário garantidas por imóveis residenciais foram formalizadas por meio de contrato de mútuo com alienação fiduciária do imóvel, correspondendo a 6.846.783 operações e representando 99,20% do saldo total de operações de crédito habitacional”* (doc. 195, p. 4). Frisa-se que em 2019 e 2020 a participação relativa de operações novas realizadas com alienação fiduciária ficou acima de 99,90% (doc. 195, p. 4/5).

Avançando quanto ao ponto da análise da diferença de *spread* e dos juros antes e depois da edição da lei que instituiu o SFI, verifica-se que as taxas de juros médias das operações de crédito residenciais com a utilização da alienação fiduciária são inferiores às taxas médias dos financiamentos garantidos por hipoteca em todos os períodos considerados - de junho de 2014 a junho de 2019. Destaca que, *“para redução sustentável do custo do crédito, é fundamental avançar em iniciativas*

RE 860631 / SP

que reduzam a inadimplência, aumentem a capacidade de recuperação de garantias e reduzam assimetrias de informação sobre os tomadores de crédito” (doc. 125, p. 15).

No que pertine à evolução da taxa de juros e do prazo médio do financiamento imobiliário, consoante Nota Técnica da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE, emitida em dezembro de 2020, por consulta da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias - ABRAINC, após análise de dados disponibilizadas pelo Banco Central do Brasil, *“é possível constatar como a taxa média de juros recuou expressivamente entre janeiro de 2003 e outubro 2020 (passando de mais de 16,3% ao ano para cerca de 7,1% ao ano nesse intervalo), em paralelo ao aumento do prazo médio do financiamento imobiliário no período (Gráfico 3), que mais que triplicou no período, elevando-se de um prazo médio de cerca de 8 anos, em janeiro de 2003, para cerca de 29 anos, em outubro de 2020”* (doc. 143, p. 19-20).

No que diz respeito à estatística dos cartórios sobre o volume de purgação da mora, em análise aos dados disponíveis em relação ao município de São Paulo/SP, o parecer do Banco Central aponta que a razão anual entre registros de consolidação de propriedades e registros de execuções extrajudiciais iniciadas varia de 5,81%, mínimo registrado em 2013, a 8,69%, patamar verificado no ano de 2012 (doc. 125, p. 16). Em que pese a existência de lapso temporal entre os eventos de início da execução extrajudicial e eventual consolidação da propriedade em nome do credor, diante da relativa estabilidade da razão ao longo do período considerado, é possível sinalizar uma propensão alta de pagamento da dívida por parte do mutuário, o que poderia confirmar a eficácia da modalidade de garantia (doc. 125, p. 17).

Nesse aspecto, cumpre salientar que, embora as execuções extrajudiciais tenham significativa importância para a integridade da garantia da alienação fiduciária, a consolidação da propriedade em favor do fiduciário não constituiu objetivo desejável, não devendo se tratar da

RE 860631 / SP

regra, sob pena de desvirtuamento do funcionamento do mercado imobiliário. Observa-se, desse modo, que o percentual de consolidações acima apontado valida esse entendimento, representando proporção considerada pouco significativa diante do volume de operações formalizadas no mercado imobiliário paulistano, conforme registrado na Nota Técnica da FIPE (doc. 143, p. 15).

Nesse cenário, considerando-se que, em regra, a taxa de juros é inversamente proporcional à qualidade da garantia fornecida pelo tomador de crédito, enfatiza-se a necessidade de estabilidade do sistema, para a qual contribui a confirmação da constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial de contratos garantidos por alienação fiduciária, mormente pelo potencial impacto no custo de operações de crédito no ramo imobiliário e, conseqüentemente, no déficit habitacional do país.

A contrario sensu, a exigência de judicialização da execução dos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel iria de encontro aos avanços e aprimoramentos no arcabouço legal e regulamentar do mercado de crédito imobiliário, os quais tiveram significativa contribuição para o crescimento do setor imobiliário e redução de riscos e custos associados à atividade creditícia, representando retrocesso e retorno das deficiências apresentadas no sistema anterior.

Por todas essas razões, econômica e socialmente situadas, verifica-se a constitucionalidade da possibilidade de execução extrajudicial de imóvel alienado fiduciariamente, sem que a medida legislativa viole os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça, tampouco as demais garantias processuais constitucionais.

V. Fixação da Tese

Em síntese, reafirmo a constitucionalidade do procedimento da Lei

RE 860631 / SP

9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em contratos de mútuo. Assim, proponho a seguinte redação para a tese do tema 982 da Repercussão Geral:

“É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal”.

VI. Aplicação da Tese ao caso concreto

À luz dessas premissas, no processo-paradigma, o recurso deve ser desprovido, mantendo-se a decisão do Tribunal *a quo*, que decidiu com acerto ao validar os atos praticados para a execução da cláusula de alienação fiduciária em garantia.

Ex positis, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso extraordinário, nos termos sugeridos para a tese do tema 982 de Repercussão Geral.

25/10/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 860.631 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu vou indagar aos eminentes Colegas se têm alguma divergência e se gostariam de agregar alguns comentários. Na hipótese de haver necessidade de agregar comentários, nós reiniciaremos amanhã com este caso; na hipótese de todos estarem de acordo, eu vou proclamar o resultado.

Indago, então, do Ministro Cristiano Zanin se está de acordo e se deseja agregar uma consideração?

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Estou de acordo, parabenizando o eminente Relator pelo substancioso voto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito obrigado. Ministro André Mendonça?

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Minha saudação, Senhor Presidente, aos eminentes Pares, à Senhora Procuradora-Geral, aos Senhores Advogados que assomaram à tribuna.

Também me manifesto de acordo com o voto do iminente Relator, parabenizando-o por sua substância.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito obrigado, Ministro André Mendonça. Ministro Alexandre de Moraes?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Boa tarde, Presidente! Cumprimento Vossa Excelência, a Ministra Cármen, os Ministros, a Procuradora-Geral.

Presidente, também parabenizo o eminente Relator, o Ministro Luiz Fux, e o acompanhamento integralmente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito grato, Ministro Alexandre. Ministro Luiz Edson Fachin, como vota?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Muito obrigado,

RE 860631 / SP

Presidente. Reitero os cumprimentos a Vossa Excelência, aos eminentes Pares e à Ministra Cármen Lúcia e, de modo especial a Sua Excelência o Relator, o eminente Ministro Luiz Fux, a quem também cumprimento pelo voto.

Senhor Presidente, tenho ponderações e compreensões distintas e precisaria - posso fazer agora, sem nenhum problema - de tempo para expor essas compreensões, que são coerentes com o que venho sustentando aqui no Tribunal. Nada obstante, já verifico que se forma uma compreensão majoritária em linha diversa, mas posso fazer uma síntese agora ou amanhã, conforme Vossa Excelência assim encaminhar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ministro Fachin, tendo em vista as audiências e os compromissos na sequência da sessão, iniciaremos então a sessão de amanhã com o voto de Vossa Excelência.

Apenas para que eu possa organizar a pauta, Vossa Excelência imagina que precisasse de quanto tempo?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Não mais que 20, 25 minutos, Senhor Presidente. Serei breve.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito bem. Pois não, Ministro Dias Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Presidente, vou pedir licença ao Ministro **Fachin**, até porque o precedente citado, tanto da tribuna quanto pelo Ministro Relator, foi de **minha relatoria** e é o Tema nº 249 da Repercussão Geral, o RE nº 627.106.

Como fui convocado para o Eleitoral amanhã, e teremos uma pauta bastante complexa – vou estar no TSE, em sessão, a partir das 10 h, uma sessão que deve ser longa –, já adianto meu voto, pedindo vênias ao Ministro **Fachin**, mas sabedor, Sua Excelência, do precedente, evidentemente, que aquela é minha posição já consolidada.

Eu acompanho o eminente Relator, também o parabenizando, e cumprimento todos na pessoa de Sua Excelência. Desde já, peço vênias ao Ministro **Fachin**.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

RE 860631 / SP

(PRESIDENTE) - Muito obrigado, Ministro Dias Toffoli, que adianta o voto.

Indago dos demais Colegas se aguardam o pronunciamento do Ministro Fachin? Penso que sim.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 860.631

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : JOSÉ CARLOS SANTANA FILHO

ADV.(A/S) : MÁRCIO BERNARDES (242633/SP)

RECDO.(A/S) : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

ADV.(A/S) : GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO (54459/DF, 97640/RJ)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MUTUÁRIOS DA HABITAÇÃO - ABMH

ADV.(A/S) : ALEXANDRE BARROS TAVARES (122676/MG)

ADV.(A/S) : VINÍCIUS HENRIQUE DE ALMEIDA COSTA (137415/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA - ABECIP

ADV.(A/S) : JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO (40994/DF, 26258-A/PA, 002605-A/RJ)

ADV.(A/S) : EDUARDO ARRUDA ALVIM (118685/SP)

ADV.(A/S) : FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES (0138094/SP)

ADV.(A/S) : RENNAN FARIA KRUGER THAMAY (349564/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO IMOBILIÁRIO - IBRADIM

ADV.(A/S) : MELHIM NAMEM CHALHUB (0003141/RJ)

ADV.(A/S) : FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA (306005/SP)

ADV.(A/S) : ANDRE ABELHA DUTRA (RJ104578/)

AM. CURIAE. : BANCO CENTRAL DO BRASIL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

AM. CURIAE. : FEBRABAN - FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS

ADV.(A/S) : GUSTAVO CESAR DE SOUZA MOURAO (21649/DF, 89370/MG, 59142/PE, 249325/SP)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que conhecia do recurso extraordinário e negava-lhe provimento, mantendo a decisão do Tribunal *a quo*, e propunha a seguinte tese (tema 982 da repercussão geral): "É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal", no que foi acompanhado pelos Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela recorrida, o Dr. Carlos Augusto Jenier; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança - ABECIP, o Dr. Fernando Crespo Queiroz Neves; pelo *amicus curiae* Federação Brasileira De Bancos - FEBRABAN, o Dr. Gustavo César de Souza Mourão; pelo *amicus curiae* Banco Central do Brasil, o Dr. Erasto Villa-Verde de Carvalho

Filho, Procurador-Geral Adjunto do Banco Central; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Elizeta Maria de Paiva Ramos, Procuradora-Geral da República em exercício. Ausente, justificadamente, o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 25.10.2023.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, André Mendonça e Cristiano Zanin.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nunes Marques.

Procuradora-Geral da República em exercício, Dra. Elizeta Maria de Paiva Ramos.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

26/10/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 860.631 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: JOSÉ CARLOS SANTANA FILHO
ADV.(A/S)	: MÁRCIO BERNARDES
RECDO.(A/S)	: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADV.(A/S)	: GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MUTUÁRIOS DA HABITAÇÃO - ABMH
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE BARROS TAVARES
ADV.(A/S)	: VINÍCIUS HENRIQUE DE ALMEIDA COSTA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA - ABECIP
ADV.(A/S)	: JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO
ADV.(A/S)	: EDUARDO ARRUDA ALVIM
ADV.(A/S)	: FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES
ADV.(A/S)	: RENNAN FARIA KRUGER THAMAY
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO IMOBILIÁRIO - IBRADIM
ADV.(A/S)	: MELHIM NAMEM CHALHUB
ADV.(A/S)	: FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA
ADV.(A/S)	: ANDRE ABELHA DUTRA
AM. CURIAE.	: BANCO CENTRAL DO BRASIL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL
AM. CURIAE.	: FEBRABAN - FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS
ADV.(A/S)	: GUSTAVO CESAR DE SOUZA MOURAO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório do e. Ministro Luiz Fux.

A questão constitucional versada nos autos é saber se o

RE 860631 / SP

procedimento de execução extrajudicial, nos contratos de mútuo com alienação fiduciária em garantia, tal qual estabelecido pela Lei 9.514/1997, afronta o devido processo legal (art. 5º, LV, CRFB), a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LIV, CRFB), bem como o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CRFB).

Não obstante vencido quanto à repercussão geral do presente tema, compreendo a questão constitucional trazida a esta Corte sob o prisma da concretização, no procedimento extrajudicial em questão, dos direitos fundamentais à moradia, ao acesso à Justiça, ao juiz natural e ao devido processo legal, com os seus consectários da ampla defesa e contraditório.

O argumento central do recurso extraordinário é que, ao disciplinar o procedimento de execução extrajudicial, nos casos de inadimplemento de contratos de financiamento imobiliário com alienação fiduciária em garantia, a legislação impugnada reconheceu ao próprio agente financeiro, parte do negócio jurídico, competências que, em outros contratos, são próprias do Estado-Juiz. O pedido aduzido no recurso extraordinário assim está posto:

“(...) reconheça a existência de inconstitucionalidade na Lei 9.514/97, anulando a consolidação e todos os atos relativos a ela, pois assim decidindo, estará a Colenda Corte aplicando o direito e fazendo a costumeira Justiça.” (e-DOC, p. 10)

Não desconheço que questão análoga, referente ao Decreto-Lei 70/66, foi debatida e julgada pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, em 08.04.2021, tendo, por ocasião daquele julgamento, sido fixada a seguinte tese: *“É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66.”*

Conforme observado pelo Ministro Dias Toffoli, relator do RE 627.106, paradigma do Tema 249, as premissas sócio-jurídicas que

RE 860631 / SP

conduziram àquele julgamento podem ser compartilhadas com o julgamento do presente feito. O procedimento de execução extrajudicial, disciplinado pela Lei 9.514/1997, guarda, segundo o ponto de onde vejo a questão posta, os mesmos vícios de incompatibilidade com a Constituição de 1988, que aponte, naquela ocasião, em corrente que quedou vencida.

Ontem, acompanhei com atenção o voto do Ministro Luiz Fux, relator do presente feito, de modo que em homenagem ao alentado voto, iniciarei considerando os três pontos relevantes da compreensão ali esposada: i) antecedentes da Lei 9.514/1997; ii) contrato de mútuo com alienação fiduciária em garantia; e iii) recepção do decreto-lei 70/1966.

(i) Antecedentes da Lei 9.514/1997

As razões de criação do sistema de financiamento imobiliário (SFI), muito bem apresentadas no voto do e. Ministro Relator, Luiz Fux, são relevantes sob o ponto de vista sócio-econômico, mas devem curvar-se ao projeto constitucional que conduziu à introdução, pela ação do legislador constituinte derivado – por meio da Emenda Constitucional nº 26/2000 –, do direito à moradia como um direito fundamental social, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

São necessários esforços institucionais múltiplos e plurifocados para que a concretização da Justiça Social seja deslocada do texto para a realidade, em nosso país. Nesse contexto, a promoção e o crescimento sustentado da economia devem submeterem-se aos ditames constitucionais de garantia de direitos fundamentais sociais para a existência minimamente digna dos cidadãos e cidadãs, dentre os quais se destaca o direito fundamental à moradia. A constituição cidadã, que se funda na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, também clama ser constituída por seus intérpretes.

RE 860631 / SP**(ii) Contrato de mútuo com alienação fiduciária em garantia**

O contrato de mútuo com alienação fiduciária em garantia apresenta-se como uma opção legítima do legislador infraconstitucional para regular importante setor de crédito da economia brasileira, mas não prescinde do respeito aos ditames do Estado Democrático de Direito, especialmente do devido processo legal adjetivo e substantivo, na consecução de seus objetivos.

A condução do procedimento de retomada do bem imóvel pelo credor deve observar não apenas as regras legais referentes ao melhor interesse econômico do negócio e do setor econômico, mas, principalmente, os direitos fundamentais, em sua ampla e complexa tessitura, quando se está concretamente a dispor sobre a aquisição de imóvel como um meio de assegurar o direito fundamental à moradia familiar, pressuposto sócio-econômico essencial da dignidade cidadã de brasileiros e brasileiras.

(iii) Recepção do Decreto-Lei 70/1996

Por fim, com a devida vênia da compreensão que prevaleceu nesta Suprema Corte, no sentido da recepção da execução extrajudicial disciplinada no Decreto-lei 70/1966, por ocasião do julgamento do Tema 249, RE 627.106, em que fiquei vencido, devo reafirmar, continuo a entender que diante da ponderação entre a proteção do agente financeiro pelos riscos assumidos e a preservação dos direitos fundamentais do devedor, especialmente quando se trata do direito fundamental social à moradia, deve-se assegurar todos os meios para garantir o melhor cenário protetivo ao cidadão e sua dignidade, como mínimo existencial.

A compreensão que se firma nesta Suprema Corte, ao validar o procedimento extrajudicial da execução, nos termos em que postos pela Lei 9.514/1997, prestigia o mercado de crédito imobiliário, certamente

RE 860631 / SP

contribuindo para o crescimento desse setor econômico e possível redução de riscos e custos da atividade creditícia, mas não avança no projeto de construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3^a, I, CRFB), bem como não estimula a busca sustentável por soluções econômicas e sociais que sejam capazes de enfrentar as principais deficiências da falta de moradia digna para os cidadãos e cidadãs brasileiras.

Conforme manifestei minha compreensão, em relação ao mérito do tema constitucional trazido a esta Corte naquele RE 627.106, endosso uma vez mais os argumentos expressamente aduzidos no voto, vencido naquela assentada, do e. Ministro Ayres Britto: *“mesmo sabendo da nossa jurisprudência, que é firme, vetusta, entendo que, à luz da nova Constituição, o Decreto-Lei nº 70/66 consagra um tipo de procedimento administrativo - embora que mescladamente com o judicial **a posteriori**- e mantém, com princípios ou garantias processuais de índole constitucional, uma incompatibilidade vertical.”*

Tal incompatibilidade, aduzida no presente recurso extraordinário sob o argumento de inconstitucionalidade, informa que o procedimento de execução extrajudicial, nos casos de inadimplemento do contrato de mútuo com cláusula de alienação fiduciária em garantia, previsto na Lei 9.514/1997, igualmente não se coaduna com a Constituição de 1988, em face de múltiplos princípios, especialmente o devido processo legal, com seus consectários da ampla defesa e contraditório, bem como o do acesso à Justiça e do juiz natural. Passo a explicitar a assertiva.

Oportunas, nesse contexto, novamente, as palavras do Ministro Ayres Britto, no julgamento do RE 627.106, recurso paradigma do Tema 249 da sistemática da repercussão geral:

“Mais e mais me convenço de que essa expressão “processo legal” no texto constitucional é um processo legal eminentemente jurisdicional, como também entendo que a Constituição, ao falar de acesso ao Poder Judiciário, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”,

RE 860631 / SP

que é o princípio da universalização da jurisdição ou da não negação, jamais, de justiça, também deve ser interpretado, diria Seabra Fagundes, do modo mais generoso possível. Não generoso como categoria - o adjetivo, aí, não é uma categoria ideológica, é uma postura eminentemente técnica, é a Constituição que se deseja, ampliativa ou generosamente aplicada em matéria de direitos e garantias individuais.”

A legislação, ora sob análise, qual seja, a Lei 9.514/97, concentrou nos agentes financeiros competência decisória e prerrogativas coercitivas que, em geral, são confiadas a membros do Poder Judiciário. Trata-se de típica hipótese de situações de conflitos jurídicos em que se exige restrição de direitos fundamentais, no caso, restrição ao direito fundamental à moradia, cujo poder encontra-se confiado a apenas uma das partes do negócio jurídico, contrariando o equilíbrio proposto pelo princípio do devido processo legal, alicerce do Estado Democrático de Direito.

O parecer da Procuradoria-Geral da República explicita de forma clara e contundente este argumento:

Em síntese, a Lei 9.514 atribui ao agente financeiro poderes muito aproximados das características clássicas da jurisdição: *notio*, *vocatio*, *coertio*, *judicium* e *executio*. O financiador conhece do problema jurídico entre si e o mutuário, na medida em que verifica o suposto inadimplemento do contrato e deflagra o procedimento tendente à satisfação de seu próprio crédito. Ainda que o faça por intermédio de oficial de registro, o credor convoca o alegado devedor para o procedimento sumaríssimo. Ao cabo dele, exerce o juízo jurídico do caso, ditando-lhe a providência que entender correta para a espécie. Por fim, executa sua deliberação, comunicando o registro competente da solução do litígio. Falta apenas a *coertio*, mas isso não desnatura o quadro mencionado, pois a lei estruturou o procedimento em causa sempre com base

RE 860631 / SP

em ônus processuais para o devedor. Assim, a coerção torna-se quase expletiva, porque o direito sobre o bem fica transmitido por iniciativa e ação própria do credor. Uma vez registrado o título, basta obter-lhe o cumprimento espontâneo ou diretamente em juízo.

Precisamente essa assimilação quase completa da atividade do credor à jurisdição é inconstitucional, porque contrária ao Estado de direito e às garantias fundamentais invocadas pelo recorrente.

Ademais, não se pode olvidar que a questão constitucional posta está intrinsecamente relacionada ao direito à moradia, direito social fundamental expressamente reconhecido na Constituição de 1988, nos termos do artigo 6º, *caput*:

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.

O direito fundamental à moradia é reconhecido como corolário da dignidade humana pelos diplomas normativos internacionais, especialmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 25, 1) e pelo Pacto Internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais das Nações Unidas. Assim está posto no artigo 25, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

1. Todos os seres humanos têm direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e bem-estar de si mesmo e da sua família, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora do seu controle.

RE 860631 / SP

Mais especificamente, o Pacto Internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais assim dispõe, em seu artigo 11, 1:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

É preciso reconhecer a dignidade da pessoa humana não somente o fundamento do ordenamento constitucional em abstrato (artigo 1º, III, da CRFB), mas, principalmente, a exigência ética de proteção concreta e real a todos e todas, no sentido de que o ser humano, em suas experiências as mais diversas, são igualmente merecedores de igual consideração e respeito por parte do Estado e da própria comunidade circundante.

Numa dimensão mais verticalizada, a dignidade humana exige o respeito aos deveres constitucionais, o que tem como principal consequência a exigência de que as autoridades públicas e os indivíduos da comunidade tenham atitudes de igual respeito e consideração mútuas.

Deve-se ter em mente que o Estado Constitucional realiza a dignidade humana quando reconhece nesse princípio um direito a ter direitos, ou seja, quando transforma os cidadãos em sujeitos de suas ações, pressupondo a dignidade humana como uma referência ao outro, como uma ponte dogmática para o enquadramento intersubjetivo da dignidade de cada um.

Assim sendo, o direito fundamental à moradia convola-se em

RE 860631 / SP

princípio diretamente decorrente da dignidade humana, a exigir tanto dos agentes públicos e políticos, quanto dos cidadãos em relações privadas, ações que garantam a máxima efetividade e maior proteção possível de seu âmbito normativo.

Não é por outra razão que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem sendo consolidada no sentido de admitir a atuação do Poder Judiciário diretamente na efetividade de políticas públicas concretizadoras do direito à moradia, garantindo, nos limites de sua competência constitucional, uma sua dimensão real e concreta no seio da sociedade brasileira.

Em diversos precedentes, de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal foram julgados recursos em que se afirmava a competência do Poder Judiciário para determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à moradia:

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Constitucional. Direito à moradia e aluguel social. Catástrofe Natural. Chuvas. Interdição de imóvel. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Violação do princípio da reserva de plenário. Inexistência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso do direito à moradia, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Não há violação do art. 97 da Constituição Federal ou da Súmula Vinculante nº 10 do STF quando o Tribunal de origem, sem declarar a inconstitucionalidade da norma e sem afastá-la sob fundamento de contrariedade à Constituição Federal, limita-se a interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional ao caso concreto. 3. Agravo regimental não provido. (ARE 914634 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015,

RE 860631 / SP

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 26-02-2016
PUBLIC 29-02-2016)

Ementa: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CALAMIDADE. FAMÍLIAS DESABRIGADAS. COMUNIDADE DO ARROZAL – ARACAJÚ/SE. DIREITO À MORADIA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE NAS SEDES RECURSAIS ANTERIORES. MANIFESTO INTUITO PROTELATÓRIO. MULTA DO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO JUÍZO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO NESTA SEDE RECURSAL. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.(ARE 948601 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 23-02-2017 PUBLIC 24-02-2017)

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional e Administrativo. 3. Implementação de políticas públicas. Direito à moradia e à integridade física. Possibilidade. 4. Inexistência de violação ao princípio da separação dos poderes. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 1023906 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 02-08-2017 PUBLIC 03-08-2017)

RE 860631 / SP

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SEGURANÇA E MORADIA. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DE REASSENTAMENTO EM VIRTUDE DE DESALOJAMENTO. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à segurança e moradia. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Nos termos do artigo 85, § 11, CPC, majoro em ¼ (um quarto) a verba honorária fixada anteriormente, devendo ser observados os §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo. Ressalto, ainda, que a compensação recíproca dos honorários advocatícios, determinada na primeira instância, refere-se unicamente ao mínimo legal, restando à parte recorrente a condenação ao pagamento do valor excedente à compensação, no caso, 5% sobre o valor da causa, como consequência da majoração ora operada. (ARE 925712 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 22/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 26-10-2017 PUBLIC 27-10-2017)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. IMÓVEL PÚBLICO. LOTEAMENTO IRREGULAR. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos

RE 860631 / SP

fundamentais. 2. O exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal. 3. Na presença de instrumentos do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/01) para efetivar as diretrizes constitucionais, é razoável exigir do poder público medidas para mitigar as consequências causadas pela demolição de construções familiares erigidas em terrenos irregulares. 4. Diante da previsão constitucional expressa do direito à moradia (art. 6º, CF) e do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), é consentâneo com a ordem normativa concluir não ser discricionário ao poder público a implementação de direitos fundamentais, mas apenas a forma de realizá-la. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 908144 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 24-08-2018 PUBLIC 27-08-2018)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 12.04.2019. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. IMÓVEL PÚBLICO. OCUPAÇÃO IRREGULAR. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais. 2. O exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Nos termos do artigo 85, § 11, CPC, majoro em ¼ (um quarto) a verba honorária fixada

RE 860631 / SP

anteriormente, devendo ser observados os §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo. (ARE 1155939 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 07-11-2019 PUBLIC 08-11-2019)

A legislação impugnada no presente recurso extraordinário com repercussão geral, entretanto, de onde vejo a questão posta, além de afrontar os princípios do devido processo legal e consectários, do acesso à Justiça e do juiz natural, conforme já assinalado, também não é compatível com a proteção constitucionalmente exigida no que diz com o direito fundamental à moradia.

Ao estabelecer procedimento de execução extrajudicial que confere poderes excepcionais, típicos do Estado-Juiz, a uma das partes do negócio jurídico, a legislação impugnada acaba por também restringir, de forma desproporcional, o âmbito de proteção do direito fundamental à moradia, pois impede que o Poder Judiciário, no âmbito de sua competência constitucional concretizadora, atue, como for mais adequado, para integralizar o âmbito normativo do direito fundamental à moradia, tal qual vem sendo reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Diante do exposto, com o devido respeito às posições contrárias, voto pelo **provimento do presente recurso extraordinário**, para declarar inconstitucional o regramento da execução extrajudicial em contrato de financiamento imobiliário com alienação fiduciária em garantia, nos termos em que disciplinado pela Lei 9.514/1997.

É como voto.

26/10/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 860.631 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: JOSÉ CARLOS SANTANA FILHO
ADV.(A/S)	: MÁRCIO BERNARDES
RECDO.(A/S)	: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADV.(A/S)	: GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MUTUÁRIOS DA HABITAÇÃO - ABMH
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE BARROS TAVARES
ADV.(A/S)	: VINÍCIUS HENRIQUE DE ALMEIDA COSTA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA - ABECIP
ADV.(A/S)	: JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO
ADV.(A/S)	: EDUARDO ARRUDA ALVIM
ADV.(A/S)	: FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES
ADV.(A/S)	: RENNAN FARIA KRUGER THAMAY
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO IMOBILIÁRIO - IBRADIM
ADV.(A/S)	: MELHIM NAMEM CHALHUB
ADV.(A/S)	: FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA
ADV.(A/S)	: ANDRE ABELHA DUTRA
AM. CURIAE.	: BANCO CENTRAL DO BRASIL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL
AM. CURIAE.	: FEBRABAN - FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS
ADV.(A/S)	: GUSTAVO CESAR DE SOUZA MOURAO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: José Carlos Santana Filho interpôs recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região mediante o qual assentada a constitucionalidade do procedimento de alienação

RE 860631 / SP

extrajudicial de imóvel para a satisfação de créditos garantidos por alienação fiduciária, conforme o disposto na Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997. Eis a ementa:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO LEGAL – CPC, ART. 557 – SFH – EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL – CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – ARTIGO 38 DA LEI 9514/97 – NÃO HÁ QUE SE FALAR NA APLICAÇÃO DO DL 70 66 – O PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DO TÍTULO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO OFENDE A ORDEM CONSTITUCIONAL.

I – Cumpre consignar que o presente contrato possui cláusula de alienação fiduciária em garantia, na forma do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, cujo regime de satisfação da obrigação difere dos mútuos firmados com garantia hipotecária, posto que na hipótese de descumprimento contratual e decorrido o prazo para a purgação da mora, ocasiona a consolidação da propriedade do imóvel em nome da credora fiduciária.

II – Diante da especificidade da lei em comento, não há que se falar na aplicação das disposições do Decreto-Lei nº 70/66 neste particular.

III – O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia, não ofende a ordem constitucional vigente, sendo passível de apreciação pelo Poder Judiciário, caso o devedor assim considerar necessário.

IV – “In casu”, verifica-se no registro de matrícula do imóvel (fls. 40/45), que o autor foi devidamente intimado para purgação da mora, todavia, o mesmo deixou de fazê-lo, razão pela qual a propriedade restou consolidada em favor da credora fiduciária.

V – Agravo legal improvido.

Aponta violação do art. 5º, XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV, da Constituição Federal. Sustenta imprescindível a participação do Estado-juiz em procedimento cuja finalidade seja satisfazer o direito do credor, culminando com a privação de bens do devedor. Evoca o princípio do juiz

RE 860631 / SP

natural e a garantia do devido processo legal, assegurando-se ao devedor o contraditório e a ampla defesa.

A parte recorrida não apresentou contrarrazões.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso extraordinário, em parecer da lavra do subprocurador-geral da República Odim Brandão Ferreira, cuja ementa reproduzo:

Recurso extraordinário. Violação ao art. 5º, XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV da CR.

A Lei 9.514/1997 é inconstitucional, ao prever a licitude de que os agentes financeiros do SFH sejam simultaneamente parte e investido de poderes jurisdicionais, na execução de contratos de financiamento imobiliário: ninguém pode ser juiz em causa própria, sem ofender patentemente o Estado de Direito.

Parecer pelo provimento do recurso.

É o relato do essencial. **Passo ao voto.**

Tenho como correto o acórdão impugnado.

A origem da controvérsia objeto deste recurso é a alienação extrajudicial de imóvel para satisfação de obrigação garantida por alienação fiduciária.

Segundo se depreende das razões do extraordinário, o recorrente parte da premissa de haver perdido, em procedimento do qual não participou o Estado-juiz, a propriedade do bem imóvel que compunha a totalidade do seu patrimônio, circunstância a evidenciar desrespeito à garantia constitucional do devido processo legal.

A importância do direito de propriedade na Carta da República é tal que o constituinte foi além de expressamente inseri-lo no rol dos direitos

RE 860631 / SP

e garantias fundamentais (art. 5º, XXII), assegurando que ninguém poderá ser privado de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV).

O “devido processo legal”, compreendido sob o prisma procedimental, abrange as garantias relativas ao processo justo, não apenas no âmbito jurisdicional mas também nas esferas legislativa e administrativa, alcançando até mesmo as relações jurídicas privadas. É, portanto, uma garantia constitucional que se estende para além do direito processual, irradiando-se para os direitos administrativo e privado.

Nesse sentido, a doutrina remete, entre outras designações, à “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. Ou seja, as relações jurídicas privadas não estão imunes aos efeitos dos direitos fundamentais, uma vez existir zona de proteção com o objetivo de preservar-se minimamente a dignidade humana.

O Supremo Tribunal Federal, ao menos em uma oportunidade, já reconheceu a projeção dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares (RE 639.138, Plenário, Redator do acórdão o ministro Edson Fachin, *DJe* de 16 de outubro de 2020).

A Constituição da República deve ser interpretada extensivamente quanto aos direitos e garantias fundamentais, de modo a se assegurar a maior proteção possível à dignidade humana. Desse modo, sob o manto do devido processo legal e na perspectiva do processo jurisdicional, estão acolhidas as garantias (i) do juiz natural, (ii) da imparcialidade do Juízo, (iii) da paridade de armas entre as partes e (iv) do julgamento conforme as provas lícitamente obtidas, por meio de decisão fundamentada.

Mesmo sob o entendimento de o “processo legal” referir-se a processo eminentemente jurisdicional, o preceito inscrito no art. 5º, LIV, da Carta Magna não se revela suficiente para o acolhimento da pretensão

RE 860631 / SP

deduzida pelo recorrente, que alega a impossibilidade de ser despojado do seu direito de propriedade mediante procedimento sem a participação do Poder Judiciário.

Mostra-se incontroverso, nestes autos, que o imóvel alienado extrajudicialmente foi objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia, circunstância relevantíssima para o deslinde da controvérsia, a qual se mostra completamente distinta daquela discutida no **RE 627.106 (Tema n. 249/RG)**. Quanto a esse último, em que examinada a constitucionalidade da alienação extrajudicial de imóvel para satisfação de dívida garantida por hipoteca, registre-se que o julgamento ainda não foi encerrado.

Pelo contrato de alienação fiduciária em garantia constitui-se um direito real (o devedor transfere a propriedade de certo bem – aliena – ao credor) em garantia do pagamento de uma dívida, ao passo que o contrato de hipoteca versa um direito real de garantia que onera a propriedade do devedor.

Embora a propriedade fiduciária e a hipoteca tenham por escopo assegurar o adimplemento de determinado crédito, a semelhança entre os dois institutos não ultrapassa essa característica. A distinção mais marcante entre eles está em que, no primeiro, o devedor transfere ao credor a propriedade resolúvel do bem, enquanto, no segundo, conserva para si a propriedade plena do imóvel e, por consequência, mantém o poder de dispor da coisa.

Na hipoteca, a garantia da qual dispõe o credor incide sobre a propriedade de bem do devedor, daí a razão de classificá-la como direito real sobre coisa alheia. O devedor preserva seu poder de alienar ou ceder o bem. De outro lado, a garantia real da alienação fiduciária incide sobre coisa própria, pois o crédito é assegurado por bem pertencente ao credor, cuja propriedade lhe foi transferida pelo devedor justamente para atender

RE 860631 / SP

a esse intento.

Uma vez constituída a garantia fiduciária, o devedor despoja-se voluntariamente da propriedade em favor do credor, perdendo o poder de dispor do bem. Consequentemente, deixa de ser dono da coisa e passa a deter, apenas, a posse direta do bem.

Deve-se levar em conta que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel, ante a extinção do pleno direito pelo implemento da condição resolutiva atinente à satisfação do seu crédito, ocasião em que o domínio do bem retorna ao devedor fiduciante.

Contudo, inadimplida a obrigação do devedor, a propriedade consolida-se em favor do credor, o qual poderá aliená-la, para satisfazer seu crédito por meio do produto da venda.

O credor fiduciário, embora detenha o domínio sobre a coisa oferecida em alienação fiduciária, não tem a intenção de ser dono do bem; seu interesse maior está em receber o crédito, cuja garantia advém da propriedade que lhe foi transferida pelo devedor fiduciante. Ainda assim, em situação como essa, o credor fiduciário é proprietário do bem.

Nesse cenário, diante do descumprimento da obrigação de pagar quantia certa, o credor fiduciário não precisa excutir qualquer bem integrante do patrimônio do devedor para satisfazer o crédito, pois é titular da propriedade do bem que lhe serve de garantia.

Não há cogitar a possibilidade de obrigar-se alguém a buscar o Poder Judiciário para que seja declarada, em seu favor, a perda do dinheiro ou de outro bem móvel recebido como sinal, quando observado o descumprimento contratual por quem deu arras. Nesse caso, a perda do sinal, consequência da inexecução do contrato, opera-se de pleno direito.

RE 860631 / SP

Do mesmo modo, como qualquer efeito de negócio jurídico subordinado a condição, dependente apenas da ocorrência de evento futuro e incerto, a resolução da propriedade fiduciária também é um efeito negocial que prescinde de pronunciamento em Juízo. Basta a satisfação integral da dívida para que a propriedade fiduciária se resolva, de pleno direito, em favor do devedor fiduciante.

Não parece razoável, portanto, quando verificado o inadimplemento do devedor, subordinar-se a consolidação da propriedade fiduciária em favor do credor ao resultado favorável de um processo jurisdicional, sob pena de ficar descaracterizado o negócio jurídico da alienação fiduciária, que tem contornos próprios.

Aliás, qualquer efeito de negócio jurídico sujeito a condição independe de pronunciamento judicial para ser produzido, sendo suficiente a ocorrência do evento futuro e incerto previsto pelas partes contratantes.

Entretanto, vale ressaltar que o procedimento versado no art. 26 da Lei n. 9.514/1997 revela a existência de equilíbrio na efetivação da garantia que permite a realização satisfatória, a tempo e modo, do direito do credor fiduciário, sem sacrificar em demasia o devedor fiduciante. A este a norma assegura o direito de purgar a mora e, com isso, convalescer a alienação fiduciária, obstaculizando a consolidação da propriedade plena em favor do credor fiduciário. Ao devedor fiduciante, após consolidada a propriedade, é garantido o direito de preferência na aquisição do imóvel.

Ainda, a lei de regência da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel obriga o credor a interpelar o devedor fiduciante para constituí-lo em mora, quando, por via de regra, o mero inadimplemento de obrigação positiva e líquida no prazo convencionado bastaria para constituir a mora (CC, art. 397).

RE 860631 / SP

Nesse sentido, leciona Moacyr Petrocelli de Ávila Ribeiro¹:

Em realidade, o que ocorre é uma transmutação autorizada em lei da natureza da mora na alienação fiduciária. O legislador, projetando um procedimento de realização eficaz da garantia, fincado nos princípios da celeridade e da formalidade simplificada, em contrapartida, trazendo mais segurança jurídica ao devedor, na tentativa de equalizar e balancear a relação jurídica em momento de patologia, convola a natureza jurídica da mora e exige a interpelação por iniciativa do credor fiduciário. Dito de outro modo, o legislador opta por converter a hipótese que seria de mora “ex re” em mora “ex persona”, como meio de tutelar o polo mais vulnerável na relação jurídica fiduciária.

Quanto à crítica no sentido de inexistir oportunidade para a defesa do devedor no procedimento de efetivação da garantia sobre o bem imóvel, transcrevo a lição de Fábio Ulhoa Coelho²:

[...] com a previsão do procedimento administrativo de efetivação da garantia representada pela propriedade fiduciária de coisa imóvel, não se está restringindo ou negando qualquer direito ao fiduciante. Está-se apenas distribuindo o ônus de recurso ao Judiciário: em vez de estabelecer que o credor deve ir a juízo para fazer valer seus direitos, a lei imputa ao devedor com razões jurídicas para não pagar o mútuo o ônus de as demonstrar judicialmente. Assim é para que o instituto tenha

- 1 *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 1. ed. em e-book, baseada na 11. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. item 9.3. p. RB-9.3. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/248954201/v1/page/RB-9.3>. Acesso em: 12 mar. 2021.
- 2 *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. 2. ed. em e-book, baseada na 8. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 1. p. RB-9.13. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111088947/v8/page/RB-9.13>. Acesso em: 12 mar. 2021.

RE 860631 / SP

eficiência na efetivação da garantia real. Quer dizer, a lei não desrespeita nenhum dos direitos, nem mesmo constitucionais, do fiduciante, ao disciplinar a efetivação da garantia partindo do pressuposto de que o credor também tem os dele; inclusive o direito de receber seu crédito de forma ágil e eficiente.

Considerada essa perspectiva, a Lei n. 9.514/1997 atende ao “devido processo legal” sob o prisma procedimental, relativamente ao processo administrativo para consolidação da propriedade fiduciária em favor do credor e alienação extrajudicial do imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia.

Do exposto, **nego provimento** ao recurso extraordinário.

Proponho a tese: *“É constitucional o procedimento de execução extrajudicial da garantia nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel de que trata a Lei n. 9.514/1997.”*

É como voto.

26/10/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 860.631 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência, os Senhores Ministros, na pessoa do Ministro-Relator Luiz Fux, a Senhora Procuradora-Geral da República interina, Doutora Elizeta, e os Senhores Advogados - um cumprimento especial aos que assomaram à tribuna.

Presidente, eu também votei vencida no precedente já tantas vezes citado, o RE 627.106, na honrosa companhia dos Ministros Edson Fachin, Ayres Britto.

O Ministro Luiz Fux, no seu brilhantíssimo voto, diante dos dados que ele apurou, neste caso desta Lei nº 9.514, chega à conclusão de que o direito à moradia estaria devidamente preservado e o devido processo legal assegurado em razão da possibilidade de o devedor, verificando alguma irregularidade, ter acesso à Justiça.

A despeito de todos esses dados, Senhor Presidente, como aqui está questionado e posto como paradigma o princípio do amplo acesso à jurisdição, e com todas as vênias do Ministro-Relator e

RE 860631 / SP

dos que o seguiram, eu também vou ficar na mesma condição do Ministro Fachin, com os argumentos que foram levantados naquele RE 627.106, que, como disse no voto, dá amplitude muito maior ao princípio constitucional.

E neste caso, também faço referência, como posto de maneira muito expressa no parecer da Procuradoria-Geral da República, e ontem enfatizado pela Senhora Procuradora-Geral interina, no sentido da proteção a outro direito constitucional, que é o direito à moradia. Portanto, há uma transferência aqui para que o credor, que já dispõe de todos os recursos muito próximos, como enfatizado ontem, ao que é a jurisdição, ao ambiente jurisdicional, que se transfere aqui para o devedor que postula apenas no caso em que ele se sinta agredido nos seus direitos. Portanto, é o devedor que tem o ônus da judicialização.

Por essas singelas razões, Senhor Presidente, fazendo a juntada de uma breve exposição mais fundamentada, reiterando o que eu tinha votado, não me afasto ainda daquele precedente, mesmo com a declaração de inconstitucionalidade que ali foi reconhecida com a tese.

Neste caso, estou acompanhando, como estamos em plenário, a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin, com as

RE 860631 / SP

vênias, evidente, do Ministro Fux e dos que o seguiram.

É como voto.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

26/10/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 860.631 SÃO PAULO**ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, queria, nesta tarde, saudar Vossa Excelência, a Procuradora da República Elizeta e os demais integrantes da Corte e apenas ressaltar que eu fiz no voto um confronto que me levou a conclusão diversa.

Primeiro, é que, daquela data até hoje, houve um movimento de Justiça coexistencial com uma gama muito grande de desjudicialização. Citei o caso da conversão do divórcio, separação, inventário, partilha, usucapião extrajudicial nos cartórios, execução extrajudicial em cartório de ofício civil de protestos e ofícios da cidadania, que são os registros civis que agora podem expedir todos os documentos. Então o fenômeno da desjudicialização é algo que evoluiu muito como Justiça coexistencial, desabarrotando os tribunais.

Em segundo lugar, eu não tinha, naquela oportunidade, esse quadro, mas, como o Ministro Fachin destacou, eu trouxe substanciosos elementos no sentido de que aumentou muitíssimo o nível de adimplemento e de consolidação da propriedade na pessoa do devedor; ao passo que, quando era execução hipotecária, além de o processo demorar muitíssimo, não havia adimplemento nenhum.

Também citei que essa nova metodologia fez reduzir muitíssimo a taxa de juros, conforme o Banco Central, a Fazenda Nacional, enfim, todos que intervieram e noticiaram.

A redução da taxa de juros em um caso normal de empréstimo para aquisição de imóvel e a redução da taxa de juros nesse sistema têm uma diferença amazônica. E isso favoreceu não só o nível de adimplemento, como aumentou muito a consolidação da propriedade nas mãos do devedor e reduziu a consolidação da propriedade nas mãos do credor fiduciário, que tem propriedade irresolúvel.

Sem prejuízo, houve um aperfeiçoamento da lei. A purga de mora foi admitida até a averbação - duas oportunidades - e, no leilão, haverá a

RE 860631 / SP

preferência do devedor, e o leilão será levado a efeito pelo saldo devedor, não ficando o credor com a coisa.

Então, apenas repisando esses argumentos, razão pela qual, naquela oportunidade do Decreto-Lei nº 70, que já tem bastante tempo, esse quadro não se verificava.

26/10/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 860.631 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: JOSÉ CARLOS SANTANA FILHO
ADV.(A/S)	: MÁRCIO BERNARDES
RECDO.(A/S)	: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADV.(A/S)	: GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MUTUÁRIOS DA HABITAÇÃO - ABMH
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE BARROS TAVARES
ADV.(A/S)	: VINÍCIUS HENRIQUE DE ALMEIDA COSTA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA - ABECIP
ADV.(A/S)	: JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO
ADV.(A/S)	: EDUARDO ARRUDA ALVIM
ADV.(A/S)	: FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES
ADV.(A/S)	: RENNAN FARIA KRUGER THAMAY
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO IMOBILIÁRIO - IBRADIM
ADV.(A/S)	: MELHIM NAMEM CHALHUB
ADV.(A/S)	: FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA
ADV.(A/S)	: ANDRE ABELHA DUTRA
AM. CURIAE.	: BANCO CENTRAL DO BRASIL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL
AM. CURIAE.	: FEBRABAN - FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS
ADV.(A/S)	: GUSTAVO CESAR DE SOUZA MOURAO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOTO-VOGAL): Trata-se de recurso extraordinário, no qual discute-se a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial de bens imóveis alienados fiduciariamente, previsto na Lei 9.514/1997, nos casos de inadimplência

RE 860631 / SP

em contrato de mútuo imobiliário pelo Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), situando-se no tema 982 da sistemática da repercussão geral.

1) Resumo do caso

Na origem, trata-se de ação ordinária de anulação de atos jurídicos ajuizada pelo ora recorrente, em desfavor da Caixa Econômica Federal, questionando a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial previsto na Lei 9.514/1997, por violação aos postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (eDOC 2, p. 5/21).

Julgado improcedente no primeiro grau (eDOC 3, p. 11/29), a parte apelou ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, repetindo os argumentos já esgrimidos, contudo sem qualquer sucesso, tal como se observa da decisão monocrática de negativa de seguimento (eDOC 3, p. 51/56).

Interposto agravo (eDOC 3, p. 58/74), adveio julgamento colegiado da Segunda Turma do TRF da 3ª Região, constando o seguinte no acórdão (ora recorrido):

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL - CPC, ART. 557 - SFH - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - ARTIGO 38 DA LEI 9514/97 - NÃO HÁ QUE SE FALAR NA APLICAÇÃO DO DL 70 66 - O PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DO TÍTULO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO OFENDE A ORDEM CONSTITUCIONAL. I - Cumpre consignar que o presente contrato possui cláusula de alienação fiduciária em garantia, na forma do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, cujo regime de satisfação da obrigação difere dos mútuos firmados com garantia hipotecária, posto que na hipótese de descumprimento contratual e decorrido o prazo para a purgação da mora, ocasiona a consolidação da propriedade do imóvel em nome da credora fiduciária. II - Diante da especificidade da lei em comento, não há que se falar na aplicação das disposições do

RE 860631 / SP

Decreto-Lei nº 70/66 neste particular. III - O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia, não ofende a ordem constitucional vigente, sendo passível de apreciação pelo Poder Judiciário, caso o devedor assim considerar necessário. IV - *In casu*, verifica-se no registro de matrícula do imóvel (fls. 40/45), que o autor foi devidamente intimado para purgação da mora, todavia, o mesmo deixou de fazê-lo, razão pela qual a propriedade restou consolidada em favor da credora fiduciária. V - Agravo legal improvido". (eDOC 3, p. 96/105, grifo nosso).

No recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, "b", da CF, questiona-se a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial, normatizado na Lei 9.514/1997, nos contratos de mútuo com alienação fiduciária do imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), à luz do art. 5º, incisos XXXV, LIII, LIV e LV, da CF.

O recorrente defende que:

"(...) a execução especial de que trata a Lei 9.514/97, é uma forma violenta de cobrança extrajudicial, incompatível com os princípios do Juiz natural, do contraditório e do devido processo legal, que permite seja o devedor desapossado do imóvel financiado, antes que possa exercer qualquer defesa eficaz, ressaltando que referida medida executória contraria frontalmente nossa Lei Maior, pois, não observa e não aplica os referidos princípios consagrados no artigo 5º, XXXV, LIII, LIV e LV". (eDOC 3, p. 107/116).

Aduz, em síntese, que: a) *"no caso concreto percebe-se claramente que várias das garantias ínsitas à cláusula do devido processo não são atendidas pelo procedimento de execução extrajudicial disciplinado na Lei 9.514/97"*; e ainda:

b) *"ao afastar a participação do Poder Judiciário, e submeter a direção e supervisão do procedimento de excussão patrimonial ao preposto do credor, é evidente que não se está na presença de órgão*

RE 860631 / SP

imparcial; a parcialidade compromete a igualdade das partes, o respeito ao direito de defesa, e em sentido mais amplo o contraditório, postulados de significativa importância no ordenamento jurídico nacional, hoje elevado a cláusula de garantia intangível (art. 5º, incisos I - igualdade - , XXXVII - tribunal de exceção-, IV - contraditório e ampla defesa)”. (eDOC 3, p. 107/116).

A Caixa Econômica Federal não apresentou contrarrazões ao apelo extremo.

Admitido o recurso extraordinário pela Vice-Presidência do TRF da 3ª Região (eDOC 3, p. 137/138), os autos foram encaminhados a esta Corte e, em seguida, houve a remessa dos autos à PGR, a qual emitiu parecer no sentido do provimento daquele apelo, em manifestação assim ementada:

“Recurso extraordinário. Violação ao art. 5º, XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV da CR. A Lei 9.514/1997 é inconstitucional, ao prever a licitude de que os agentes financeiros do SFH sejam simultaneamente parte e investidos de poderes jurisdicionais, na execução de contratos de financiamento imobiliário: ninguém pode ser juiz em causa própria, sem ofender patentemente o Estado de direito. Parecer pelo provimento do recurso extraordinário”. (eDOC 3, p. 146/169)

A matéria teve repercussão geral reconhecida, tal como se observa da seguinte ementa do acórdão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. PRINCÍPIOS DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. DIREITOS FUNDAMENTAIS À PROPRIEDADE E À MORADIA. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA JURÍDICO, ECONÔMICO E SOCIAL. REPERCUSSÃO GERAL

RE 860631 / SP

RECONHECIDA”. (RE 860.631 RG, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 7.2.2018 – eDOC 4).

Foram admitidos como *amici curiae* (eDOCs 61, 87, 185 e 254), a Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP - eDOC 6), a Associação Brasileira dos Mutuários da Habitação (ABMH - eDOC 30), o Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (Imbradim – eDOC 63), a Federação Brasileira de Bancos (Febraban – eDOC 109), o Banco Central do Brasil (Bacen – eDOC 123) e a Defensoria Pública da União (eDOC 216).

Cumprido, portanto, analisar a constitucionalidade do referido diploma legal, frente aos postulados invocados da Constituição Federal, consistindo na definição do tema 982 da sistemática da repercussão geral.

2) Mérito

Os arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997, atualmente, estão assim disciplinados:

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

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

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

§ 3º. A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou

RE 860631 / SP

ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

§ 3º-A. Quando, por duas vezes, o oficial de registro de imóveis ou de registro de títulos e documentos ou o serventuário por eles credenciado houver procurado o intimando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita motivada de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, retornará ao imóvel, a fim de efetuar a intimação, na hora que designar, aplicando-se subsidiariamente o disposto nos arts. 252, 253 e 254 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 3º-B. Nos condomínios edilícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso, a intimação de que trata o § 3º-A poderá ser feita ao funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.

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

§ 5º. Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalescerá o contrato de alienação fiduciária.

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

RE 860631 / SP

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

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

(...)

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

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

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

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

§ 2º-B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão,

RE 860631 / SP

incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos.

§ 3º. Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

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

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

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

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

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

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

§ 8º. Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos,

RE 860631 / SP

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

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

§ 10. Os leilões e a publicação dos respectivos editais poderão ser realizados por meio eletrônico”.

Assim, a norma estipula a possibilidade de execução extrajudicial nos contratos de mútuo pelo Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), garantidos pela alienação fiduciária do próprio imóvel financiado, estabelecendo, inicialmente, procedimentos que asseguram o rito extrajudicial em cartório de registro de imóveis (§ 1º do art. 26), tais como a forma de intimação (§§ 2º a 4º do art. 26), a possibilidade de purgação da mora (§ 5º do art. 26) e a consolidação da propriedade do imóvel em nome do fiduciário (§7º do art. 26).

Na sequência, estipula, após o trâmite descrito no parágrafo anterior, como ocorrerá a alienação pública extrajudicial no art. 27.

Pois bem.

Os incisos XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV do art. 5º da CF determinam:

“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:

(...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão

RE 860631 / SP

pela autoridade competente;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

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

Da análise acurada da lei ora questionada, mais notadamente as normas acima expostas, ao realizar o financiamento no âmbito do SFI, bem ainda nas *“operações de financiamento habitacional, inclusive as operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial (FAR)”* (art. 26-A da lei em tela), com garantia de alienação fiduciária, inexistente transmissão da propriedade ao devedor-fiduciante, que permanece apenas com a posse direta do bem, mantendo-a até que ocorra a inadimplência (e a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário) ou seja quitado o valor financiado (com a transferência da propriedade ao devedor-fiduciante).

Isso está claro nos arts. 22 e 23 da festeja lei, a saber, respectivamente:

“Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

(...)

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

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

Consequentemente, de forma diversa do alegado pelo recorrente, na

RE 860631 / SP

alienação fiduciária (art. 17, IV), o credor-fiduciário não adentra no patrimônio do devedor-fiduciante para expropriar imóvel de propriedade alheia, haja vista que o bem resta mantido sob sua propriedade até a quitação do contrato pela outra parte ou até a consolidação da propriedade.

Tal situação diferente frontalmente das demais garantias previstas no art. 17 da citada lei: (i) hipoteca, na qual o imóvel fica em nome do devedor-fiduciante e é oferecido como garantia hipotecária; e (ii) a caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis (art. 17, I, II e III da mesma lei federal).

Desse modo, os procedimentos de execução extrajudicial previstos na Lei 9.514/1997 compatibilizam a garantia do contraditório e da ampla defesa, na seara extrajudicial, oportunizando ao devedor-fiduciante comprovar a inexistência de inadimplência ou purgar a mora, visando à manutenção da regularidade contratual.

Somente após o devedor-fiduciante ser intimado e não regularizada a mora, é que o oficial do cartório de registro de imóveis procederá à consolidação da propriedade em favor do credor-fiduciário.

Sendo assim, resta claro que a própria lei traz um regramento legal, específico e bem disciplinado sobre o tema, o qual vem sendo constantemente aperfeiçoado pelo Poder Legislativo, por meio das Leis 10.931/2004, 11.076/2004, 12.810/2013, 13.043/2014 e 13.465/2017 e 14.620/2023.

É importante relembrar que a obrigatoriedade de judicialização da cobrança de dívidas tem se mostrado claramente um desacerto, a exemplo das execuções fiscais, que se acumulam aos milhões nos escaninhos do Poder Judiciário sem qualquer efetividade, apenas onerando o aparelho estatal.

Veja-se que, ao redor do mundo, boa parte dessa cobrança não se faz de forma judicial, evitando-se um modelo que sobrecarrega o Judiciário e que o inviabiliza de forma direta, trazendo, inclusive, custos adicionais para o modelo de contrato e de financiamento.

Nesse ponto, é de bom alvitre recordar que esta Corte entendeu

RE 860631 / SP

constitucional, na ADI 5.135, o protesto da CDA em cartório extrajudicial de notas, como forma de otimizar, desburocratizar e desjudicializar a cobrança dos créditos da Fazenda Pública, cuja ementa descreve:

“Direito tributário. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 9.492/1997, art. 1º, parágrafo único. Inclusão das certidões de dívida ativa no rol de títulos sujeitos a protesto. Constitucionalidade. 1. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, inserido pela Lei nº 12.767/2012, que inclui as Certidões de Dívida Ativa - CDA no rol dos títulos sujeitos a protesto, é compatível com a Constituição Federal, tanto do ponto de vista formal quanto material. 2. Em que pese o dispositivo impugnado ter sido inserido por emenda em medida provisória com a qual não guarda pertinência temática, não há inconstitucionalidade formal. É que, muito embora o STF tenha decidido, na ADI 5.127 (Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15.10.2015), que a prática, consolidada no Congresso Nacional, de introduzir emendas sobre matérias estranhas às medidas provisórias constitui costume contrário à Constituição, a Corte atribuiu eficácia *ex nunc* à decisão. Ficaram, assim, preservadas, até a data daquele julgamento, as leis oriundas de projetos de conversão de medidas provisórias com semelhante vício, já aprovadas ou em tramitação no Congresso Nacional, incluindo o dispositivo questionado nesta ADI. 3. Tampouco há inconstitucionalidade material na inclusão das CDAs no rol dos títulos sujeitos a protesto. Somente pode ser considerada ‘sanção política’ vedada pelo STF (cf. Súmulas nº 70, 323 e 547) a medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário que restrinja direitos fundamentais dos contribuintes devedores de forma desproporcional e irrazoável, o que não ocorre no caso do protesto de CDAs. **3.1. Em primeiro lugar, não há efetiva restrição a direitos fundamentais dos contribuintes. De um lado, inexistente afronta ao devido processo legal, uma vez que (i) o fato de a execução fiscal ser o instrumento típico para a cobrança judicial da Dívida Ativa não exclui mecanismos**

RE 860631 / SP

extrajudiciais, como o protesto de CDA, e (ii) o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito. De outro lado, a publicidade que é conferida ao débito tributário pelo protesto não representa embaraço à livre iniciativa e à liberdade profissional, pois não compromete diretamente a organização e a condução das atividades societárias (diferentemente das hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, etc). Eventual restrição à linha de crédito comercial da empresa seria, quando muito, uma decorrência indireta do instrumento, que, porém, não pode ser imputada ao Fisco, mas aos próprios atores do mercado creditício. 3.2. Em segundo lugar, o dispositivo legal impugnado não viola o princípio da proporcionalidade. A medida é adequada, pois confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, que estimula a adimplência, incrementa a arrecadação e promove a justiça fiscal. A medida é necessária, pois permite alcançar os fins pretendidos de modo menos gravoso para o contribuinte (já que não envolve penhora, custas, honorários, etc.) e mais eficiente para a arrecadação tributária em relação ao executivo fiscal (que apresenta alto custo, reduzido índice de recuperação dos créditos públicos e contribui para o congestionamento do Poder Judiciário). A medida é proporcional em sentido estrito, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus benefícios, a saber: (i) a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos tributários, (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (iii) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo. 4. Nada obstante considere o protesto das certidões de dívida constitucional em abstrato, a Administração Tributária deverá se cercar de algumas cautelas para evitar desvios e abusos no manejo do instrumento. Primeiro, para

RE 860631 / SP

garantir o respeito aos princípios da impessoalidade e da isonomia, é recomendável a edição de ato infralegal que estabeleça parâmetros claros, objetivos e compatíveis com a Constituição para identificar os créditos que serão protestados. Segundo, deverá promover a revisão de eventuais atos de protesto que, à luz do caso concreto, gerem situações de inconstitucionalidade (e.g., protesto de créditos cuja invalidade tenha sido assentada em julgados de Cortes Superiores por meio das sistemáticas da repercussão geral e de recursos repetitivos) ou de ilegalidade (e.g., créditos prescritos, decaídos, em excesso, cobrados em duplicidade). **5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: ‘O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política’.**” (ADI 5.135, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 7.2.2018, grifo nosso).

No mesmo sentido, esta Corte entendeu constitucional a averbação da dívida em registros bens e direitos sujeitos a arresto e penhora (bens imóveis e móveis), prevista no art. 20-E da Lei nº 10.522/2002, e, de outro lado, inconstitucional a indisponibilidade extrajudicial de bens nas ADIs 5.881, 5.886, 5.890, 5.925, 5.931 e 5.932, todas de relatoria do Min. Marco Aurélio, redator p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Pleno, DJe 5.4.2021. Eis o resultado do julgamento e a ementa, respectivamente:

“O Tribunal, nos termos do voto médio do Ministro Roberto Barroso (Redator para o acórdão), julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta, para considerar inconstitucional a parte final do inciso II do § 3º do art. 20-B, onde se lê ‘tornando-os indisponíveis’, e constitucional o art. 20-E da Lei nº 10.522/2002, ambos na redação dada pela Lei nº 13.606/2018. Também votaram nesse sentido os Ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux (Presidente). Os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Ricardo

RE 860631 / SP

Lewandowski julgaram procedente ação direta. Os Ministros Dias Toffoli, Alexandre de Moraes, Rosa Weber e Cármen Lúcia julgaram improcedente a ação. O Ministro Nunes Marques julgou parcialmente procedente o pedido, nos termos de seu voto. Plenário, 09.12.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)".

"Direito Constitucional, tributário e processual civil. Ações diretas de inconstitucionalidade. Averbação da Certidão de Dívida Ativa (CDA) em órgãos de registro e indisponibilidade de bens do devedor em fase pré-executória. 1. Ações diretas contra os arts. 20-B, § 3º, II, e 20-E da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 13.606/2018, que (i) possibilitam a averbação da certidão de dívida ativa em órgãos de registros de bens e direitos, tornando-os indisponíveis, após a conclusão do processo administrativo fiscal, mas em momento anterior ao ajuizamento da execução fiscal; e (ii) conferem à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional o poder de editar atos regulamentares. 2. Ausência de inconstitucionalidade formal. Matéria não reservada à lei complementar. Os dispositivos impugnados não cuidam de normas gerais atinentes ao crédito tributário, pois não interferem na regulamentação uniforme acerca dos elementos essenciais para a definição de crédito. Trata-se de normas procedimentais, que determinam o modo como a Fazenda Pública federal tratará o crédito tributário após a sua constituição definitiva. **3. Constitucionalidade da averbação da certidão de dívida ativa em registros de bens e direitos em fase anterior ao ajuizamento da execução fiscal. A mera averbação da CDA não viola o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a reserva de jurisdição e o direito de propriedade.** É medida proporcional que visa à proteção da boa-fé de terceiros adquirentes de bens do devedor, ao dar publicidade à existência da dívida. Além disso, concretiza o comando contido no art. 185, caput, do Código Tributário Nacional, que presume 'fraudulenta a alienação ou

RE 860631 / SP

oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa'. Tal presunção legal é absoluta, podendo ser afastada apenas 'na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita'. 4. Inconstitucionalidade material da indisponibilidade de bens do devedor na via administrativa. **A indisponibilidade tem por objetivo impedir a dilapidação patrimonial pelo devedor.** Todavia, tal como prevista, não passa no teste de proporcionalidade, pois há meios menos gravosos a direitos fundamentais do contribuinte que podem ser utilizados para atingir a mesma finalidade, como, por exemplo, o ajuizamento de cautelar fiscal. **A indisponibilidade deve respeitar a reserva de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, por se tratar de forte intervenção no direito de propriedade.** 5. **Procedência parcial dos pedidos, para considerar inconstitucional a parte final do inciso II do § 3º do art. 20-B, onde se lê 'tornando-os indisponíveis', e constitucional o art. 20-E da Lei nº 10.522/2002, ambos na redação dada pela Lei nº 13.606/2018**". (ADI 5.886, Redator p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 5.4.2021, grifo nosso).

Ademais, a garantia constitucional da inafastabilidade do controle de ilegalidades pelo Poder Judiciário pode ser plenamente exercida durante o procedimento extrajudicial, em decorrência da possibilidade de o devedor-fiduciante ingressar judicialmente, a qualquer momento, para discutir eventual ilegalidades cometidas pelo credor-fiduciário.

O acórdão recorrido assentou que o regime de satisfação da obrigação previsto na Lei 9.514/1997 difere dos contratos firmados com garantia hipotecária, tendo em vista que, em caso de descumprimento contratual e decorrido o prazo para quitar a dívida, a propriedade do imóvel é consolidada em nome do credor-fiduciário.

Apesar de algumas diferenciações com o Decreto-Lei 70/1966, o posicionamento acima exposto está em consonância com a jurisprudência

RE 860631 / SP

desta Corte, conforme se depreende de precedentes, cujas ementas consignam, respectivamente:

“EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a. posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido”. (RE 223.075, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 6.11.1998, grifo nosso).

“Recurso Extraordinário. 2. Decreto-Lei nº 70/66. Recepção pela Constituição Federal de 1988. 3. Ofensa ao artigo 5º, I, XXXV, LIV, LV, da Carta Magna. Inocorrência. 4. Precedentes. 5. Recurso Extraordinário que se nega provimento”. (RE 409.634, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 2.4.2004, grifo nosso).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI N. 70/66. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O decreto-lei n. 70/66, que dispõe sobre execução extrajudicial, foi recebido pela Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE 513.546 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 15.8.2008, grifo nosso).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. RECEPÇÃO DO DECRETO-LEI N. 70/1966 PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”. (AI 709.499 AgR, Rel. Min. Cármen

RE 860631 / SP

Lúcia, Primeira Turma, DJe 21.8.2009, grifo nosso).

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. **EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. 1. Não ofende a Constituição o procedimento previsto no Decreto-lei 70/66.** Precedentes. 2. Ausência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 3. Agravo regimental improvido”. (AI 663.578 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 28.8.2009, grifo nosso).

“RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. **Execução extrajudicial. Decreto-Lei nº 70/66. Recepção pela Constituição Federal de 1988. Jurisprudência assentada.** Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte”. (AI 678.256 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 26.3.2010, grifo nosso).

“Direito Processual Civil e Constitucional. Sistema Financeiro da Habitação. **Decreto-lei nº 70/66. Execução extrajudicial. Normas recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. Precedentes.** Recurso extraordinário provido. 1. O procedimento de execução extrajudicial previsto pelo Decreto-Lei nº 70/66 não é realizado de forma aleatória, uma vez que se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, pois o devedor é intimado a acompanhá-lo e pode lançar mão de recursos judiciais, se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite. **2. Bem por isso, há muito a jurisprudência da Suprema Corte tem apontado que as normas constantes do Decreto-lei nº 70/66, a disciplinar a execução extrajudicial, foram devidamente recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.** 3. Recurso extraordinário provido”. (RE 556.520, Redator p/ acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 14.6.2021, grifo nosso).

RE 860631 / SP

Cumpre destacar que, atualmente, esta Corte sacramentou o entendimento pela constitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei 70/1966, tal como se observa da seguinte ementa:

“Direito processual civil e constitucional. sistema financeiro da habitação. **Decreto-lei nº 70/66. Execução extrajudicial. Normas recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. Precedentes.** Recurso extraordinário não provido. 1. O procedimento de execução extrajudicial previsto pelo Decreto-Lei nº 70/66 não é realizado de forma aleatória, uma vez que se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, pois o devedor é intimado a acompanhá-lo e pode lançar mão de recursos judiciais se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite. **2. Bem por isso, há muito a jurisprudência da Suprema Corte tem estabelecido que as normas constantes do Decreto-lei nº 70/66, a disciplinar a execução extrajudicial, foram devidamente recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.** 3. Recurso extraordinário não provido, propondo-se a fixação da seguinte tese de repercussão geral: **‘É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66’.**” (RE 627.106, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 14.6.2021, grifo nosso).

Eis a tese aprovada, na ocasião, no julgamento do tema 249 da sistemática da repercussão geral:

“É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial, previsto no Decreto-lei nº 70/66”.

Mutatis mutandis, ressalte-se que o STF também compreendeu como constitucional o procedimento simplificado, disposto no art. 3º do Decreto-Lei 911/1969, em relação à alienação fiduciária de bens móveis,

RE 860631 / SP

afastando a alegação de violação do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. *Ex vi*:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO DOS BENS. ART. 3º DO DECRETO-LEI 911/69. CONSTITUCIONALIDADE. Recurso Extraordinário a que se dá provimento para afastar a extinção de ofício do processo e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para o prosseguimento do julgamento do agravo de instrumento. Fixada a seguinte tese de julgamento: **‘O art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69 foi recepcionado pela Constituição Federal, sendo igualmente válidas as sucessivas alterações efetuadas no dispositivo’.**” (RE 382.928, Redator p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 13.10.2020, grifo nosso).

Outrossim, o Min. Luiz Fux, ao reconhecer a repercussão geral nos presentes autos, salientou que os *“contratos firmados pelo Sistema Financeiro Imobiliário são produzidos em massa em todo o país, enquanto os juros praticados, inclusive em programas sociais de incentivo à moradia, são estabelecidos em plena consonância com os riscos decorrentes da inadimplência e com o tempo estimado para reaver imóveis nessa situação”*.

Concordo com a análise do relator: o custo do empréstimo financeiro é diretamente proporcional às garantias que são oferecidas às instituições financeiras, como lastro suficiente em caso de inadimplência. Vide os percentuais de juros no empréstimo pré-aprovado chamado de “cheque especial” e no cartão de crédito, os quais são bem maiores do que os empréstimos consignados e dos contratos de financiamento imobiliário, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) ou do Sistema Financeiro de Imóveis (SFI), estes últimos com as garantias incidentes, sob o próprio imóvel, tais como previstas no art. 17 da mesma lei em questão.

Considero de extrema relevância as informações trazidas pelo Banco Central do Brasil, em seus memoriais:

RE 860631 / SP

“(…)

- as taxas de juros médias das operações de crédito residenciais com a utilização da alienação fiduciária são inferiores às taxas médias dos financiamentos garantidos por hipoteca em todos os períodos considerados;

- após a edição da Lei nº 9.514, de 1997, houve significativa expansão do mercado de crédito imobiliário, seja em termos absolutos ou relativos. Nesse sentido, a relação entre crédito imobiliário e PIB passou de cerca de 2% em 2008 para um patamar situado entre 9% e 10% nos últimos anos, ao passo que a participação do crédito imobiliário em relação à carteira total de crédito das instituições financeiras cresceu de aproximadamente 5%, em junho de 2008, para cerca de 20%, patamar mantido nos últimos três anos.

- a edição da Lei nº 13.465, de 2017, que alterou dispositivos da Lei nº 9.514, de 1997, dentre outros, preservou as características essenciais da alienação fiduciária de coisa imóvel e promoveu aperfeiçoamentos nos procedimentos operacionais relacionados à execução dos créditos inadimplidos, trazendo maior clareza e dissipando a incerteza jurídica a que estavam submetidos fiduciários e fiduciantes em relação a determinadas questões.

- tais alterações contribuíram para dirimir controvérsias jurídicas verificadas ao longo do período de existência do instituto no arcabouço legal brasileiro e, consequentemente, para minimizar a probabilidade de discussões judiciais no futuro, propiciando-se maior solidez ao referido processo e segurança jurídica às partes envolvidas;

- o instituto da alienação fiduciária contribuiu de forma significativa, nos últimos anos, para o crescimento do mercado de crédito imobiliário, propiciando, em razão de suas características, maior segurança para a realização de operações de crédito e maior agilidade e

RE 860631 / SP

eficiência ao processo de execução dos créditos inadimplidos, contribuindo, consequentemente, para a redução de riscos e custos associados à atividade creditícia.

18. Portanto, verifica-se que o referido tipo de garantia, largamente utilizado pelas instituições financeiras, cumpre papel fundamental para assegurar a eficiência e estabilidade do mercado de crédito imobiliário, com repercussões positivas na geração de emprego e renda, haja vista o impacto do segmento imobiliário na formação bruta de capital fixo e na absorção de mão de obra.

19. Em reforço às conclusões acima, eis algumas importantes conclusões constantes do Parecer 547/2021-BCB/DENOR e do Despacho Sumario 6236/2021-BCB/DENOR, documentos também produzidos pelo DENOR:

- **mais de 98% das operações de crédito de imóvel residencial são feitas por meio de alienação fiduciária, sendo mais de 6 milhões de operações atualmente ativas, isto é, residências/casas próprias concretas;**

- **a redução expressiva dos juros e o aumento correlato do tamanho do mercado de crédito.**

- **Lado outro, em apenas 5% dos casos há consolidação da propriedade. É dizer, em 95% é efetiva realização do sonho da casa própria.**

20. Nesse contexto, não há dúvidas de que a execução extrajudicial da alienação fiduciária, por fornecer uma maior garantia aos credores, **contribui com a redução do risco e, por conseguinte, com a própria redução da taxa de juros.**

21. Ademais, extrai-se também dos dados ora apresentados que o número de operações aumentou, inclusive durante a pandemia, evidenciando que o instituto também contribui com a redução dos drásticos efeitos da crise decorrente da pandemia de Covid-19.

22. Portanto, observa-se que o instituto da alienação fiduciária é um meio extremamente eficaz de realizar justiça social, na medida em que oportuniza o acesso à moradia aos

RE 860631 / SP

cidadãos brasileiros, dando, por conseguinte, efetiva concretude ao art. 6º da Constituição da República”. (Petição 5096/2021-BCB/PGBC, grifo nosso).

O Estado de Direito não pode virar as costas para essa equação econômico-financeira, sob pena de onerar-se um setor primordial para o financiamento dos setores de infraestrutura e de moradia (SFI e SFH), além daquele gerido sob premissas diferenciadas pelo erário (“*com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial*” - art. 26-A), desarranjando as bases da nossa economia, mediante interferência indevida pelo Poder Judiciário.

Isso porque, no caso de alienação fiduciária, repita-se, a propriedade resolúvel permanece em nome do credor fiduciário (que exerce a posse indireta), ao passo que o devedor fiduciante apenas adquire a propriedade com a quitação do financiamento habitacional (permanece apenas com a posse direta, durante a relação contratual).

Assim, reputo plenamente constitucional o procedimento de execução e alienação extrajudicial de imóvel financiado, garantido por meio de alienação fiduciária, tal como disposto na Lei 9.514/1997.

3) Voto

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, assentando a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial previsto na Lei 9.514/1997, em toda sua extensão, nos termos da fundamentação.

26/10/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 860.631 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: JOSÉ CARLOS SANTANA FILHO
ADV.(A/S)	: MÁRCIO BERNARDES
RECDO.(A/S)	: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADV.(A/S)	: GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MUTUÁRIOS DA HABITAÇÃO - ABMH
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE BARROS TAVARES
ADV.(A/S)	: VINÍCIUS HENRIQUE DE ALMEIDA COSTA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA - ABECIP
ADV.(A/S)	: JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO
ADV.(A/S)	: EDUARDO ARRUDA ALVIM
ADV.(A/S)	: FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES
ADV.(A/S)	: RENNAN FARIA KRUGER THAMAY
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO IMOBILIÁRIO - IBRADIM
ADV.(A/S)	: MELHIM NAMEM CHALHUB
ADV.(A/S)	: FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA
ADV.(A/S)	: ANDRE ABELHA DUTRA
AM. CURIAE.	: BANCO CENTRAL DO BRASIL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL
AM. CURIAE.	: FEBRABAN - FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS
ADV.(A/S)	: GUSTAVO CESAR DE SOUZA MOURAO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO VOGAL:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Também eu peço todas as vênias à divergência aberta pelo eminente Ministro Luiz Edson Fachin e acompanhada pela Ministra Cármen Lúcia.

RE 860631 / SP

Eu entendo que essa previsão legal diminui o custo do crédito, o que considero muito importante, e minimiza a demanda pelo Poder Judiciário, já sobrecarregado. Como tive a oportunidade de observar ontem, durante a sustentação oral do ilustre Defensor Público, a imissão na posse depende de intervenção judicial. Assim, a parte tem o prazo para impugnar judicialmente, se desejar, e depois a própria imissão na posse depende da atuação judicial, de modo que eu não acho que esteja violado aqui o mandamento da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário.

Por essa razão, louvando o eminente Relator pelo seu voto, eu estou acompanhando Sua Excelência.

26/10/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 860.631 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: JOSÉ CARLOS SANTANA FILHO
ADV.(A/S)	: MÁRCIO BERNARDES
RECDO.(A/S)	: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADV.(A/S)	: GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MUTUÁRIOS DA HABITAÇÃO - ABMH
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE BARROS TAVARES
ADV.(A/S)	: VINÍCIUS HENRIQUE DE ALMEIDA COSTA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA - ABECIP
ADV.(A/S)	: JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO
ADV.(A/S)	: EDUARDO ARRUDA ALVIM
ADV.(A/S)	: FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES
ADV.(A/S)	: RENNAN FARIA KRUGER THAMAY
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO IMOBILIÁRIO - IBRADIM
ADV.(A/S)	: MELHIM NAMEM CHALHUB
ADV.(A/S)	: FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA
ADV.(A/S)	: ANDRE ABELHA DUTRA
AM. CURIAE.	: BANCO CENTRAL DO BRASIL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL
AM. CURIAE.	: FEBRABAN - FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS
ADV.(A/S)	: GUSTAVO CESAR DE SOUZA MOURAO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO VOGAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA RG Nº 982. LEI Nº 9.514, DE 1997. CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NOS CONTRATOS DO

RE 860631 / SP

SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONFIRMA A VALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, INCS. XXIII, XXV, LIII, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. PROCEDIMENTO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS.

1. O regime instaurado pela Lei nº 9.514, de 1997, gerou relevantes desdobramentos para o setor imobiliário, infundindo-lhe maior dinamismo, ao facilitar investimentos, em vista da rapidez e simplicidade do procedimento e de conferir maiores garantias na re aquisição do crédito de financiamento imobiliário.

2. A alienação fiduciária consiste em pacto que gera situação peculiar de bifurcação da posse, na qual o fiduciante (devedor) se torna possuidor imediato e o fiduciário (credor) assume a posição de possuidor mediato e proprietário do bem imobiliário.

3. Este Supremo Tribunal Federal já apreciou questões análogas em relação ao aludido Decreto-Lei nº 70, de 1966, que versa sobre a execução extrajudicial de garantia hipotecária nos pactos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH), tendo, reiteradamente, assentado a constitucionalidade do procedimento.

RE 860631 / SP

4. Por se tratar de questões análogas, em todo aplicável o quanto disposto por esta Corte no julgamento do RE nº 627.106-RG/PR, em que se fixou a tese relativa ao Tema nº 249 do ementário da Repercussão Geral, segundo a qual *“É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66”*.

5. O procedimento de execução extrajudicial não acontece de maneira arbitrária ou sem controles, estando sujeito à revisão judicial a qualquer tempo. Isso porque o devedor, a partir do momento em que é notificado para acompanhar o procedimento, tem, à sua disposição, a possibilidade de contestar, por diferentes meios judiciais, qualquer irregularidade que venha a identificar em sua condução.

6. A disciplina legal de execução extrajudicial disposta na Lei nº 9.514, de 1997, equilibra a proteção dada às instituições financeiras, considerando os riscos que assumem, com a salvaguarda dos direitos essenciais do devedor, em modelo, aliás, que se alinha à tendência recente do direito processual, que tem direcionado certas atividades do âmbito judicial para o administrativo ou mesmo promovido a desjudicialização como forma de resolução de conflitos.

7. A postulada declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, com a

RE 860631 / SP

necessária judicialização da execução, alinha-se em sentido contrário ao processo de evolução das formas executivas, que é de simplificação e desburocratização desses procedimentos, gerando o efeito secundário de assoberbamento da máquina judiciária com centenas de milhares de novos processos executivos.

8. Acompanho o eminente Relator no sentido de conhecer do recurso extraordinário, e negar-lhe provimento, assim como em relação à tese proposta por Sua Excelência, nos seguintes termos: *“É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal”*.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Senhor Presidente, eminentes Pares, acolhendo o escoreito relatório elaborado por Sua Excelência o eminente Ministro Luiz Fux, verifico tratar-se de recurso extraordinário, manejado com arrimo nas alíneas “a” e “b” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que assentou, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL - CPC, ART. 557 - SFH - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - ARTIGO 38 DA LEI 9514/97 - NÃO HÁ QUE SE FALAR NA APLICAÇÃO DO DL 70/66 - O PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DO TÍTULO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO OFENDE A ORDEM

RE 860631 / SP

CONSTITUCIONAL.

I - Cumpre consignar que o presente contrato possui cláusula de alienação fiduciária em garantia, na forma do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, cujo regime de satisfação da obrigação difere dos mútuos firmados com garantia hipotecária, posto que na hipótese de descumprimento contratual e decorrido o prazo para a purgação da mora, ocasiona a consolidação da propriedade do imóvel em nome da credora fiduciária.

II - Diante da especificidade da lei em comento, não há que se falar na aplicação das disposições do Decreto-Lei nº 70/66 neste particular.

III - O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia não ofende a ordem constitucional vigente, sendo passível de apreciação pelo Poder Judiciário, caso o devedor assim considerar necessário.

IV - *In casu*, verifica-se no registro de matrícula do imóvel (fls. 40/45), que o autor foi devidamente intimado para purgação da mora, todavia, o mesmo deixou de fazê-lo, razão pela qual a propriedade restou consolidada em favor da credora fiduciária.

V - Agravo legal improvido." (e-doc. 164, p. 8).

2. Nas razões do apelo extremo, o recorrente sustenta violação ao artigo 5º, incs. XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV, da Constituição da República. Alega que a execução extrajudicial no Sistema Financeiro Imobiliário, prevista pela Lei nº 9.514, de 1997, contraria os princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, ao permitir ao credor fiduciário a excussão do patrimônio do devedor sem a participação do Poder Judiciário, o que se traduziria numa forma de autotutela, não admitida em um Estado Democrático de Direito.

2.1 Suscita, portanto, a inconstitucionalidade da execução extrajudicial, comparando-a ao procedimento previsto no Decreto-Lei nº 70, de 1966, submetido a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal

RE 860631 / SP

Federal sob a sistemática da repercussão geral (RE nº 627.106-RG/PR, Tema RG nº 249).

3. O Tribunal *a quo* proferiu juízo positivo de admissibilidade do recurso.

4. A Procuradoria-Geral da República elaborou parecer opinando pelo provimento do recurso extraordinário.

5. O e. Ministro Luiz Fux trouxe percutiente voto em que reconhece a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial previsto pela Lei nº 9.514, de 1997, e, por consequência, nega provimento ao recurso extraordinário. Propõe, ainda, a fixação da seguinte tese: *“É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal”*.

6. Adianto que acompanharei Sua Excelência no voto e nos termos da tese por ele proposta, cabendo-me, nesta oportunidade, destacar algumas considerações que entendo relevantes para o deslinde da questão posta nos autos.

7. Conforme destacou o e. Relator, o advento da Lei nº 9.514, de 1997, em que disciplinado o procedimento de execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, foi fruto de um dinâmico processo de evolução legislativa em resposta à necessidade de ampliação do crédito para financiamento de imóveis e consequente redução do *deficit* habitacional.

8. No ano de 1964, por meio da Lei nº 4.380, instituiu-se o Sistema Financeiro da Habitação (SFH), norma legal responsável pela criação do Banco Nacional da Habitação (BNH), órgão à época encarregado de supervisionar o Sistema Financeiro da Habitação.

RE 860631 / SP

9. Em sequência, com a promulgação do Decreto-Lei nº 70, de 1966, foi introduzida a cédula hipotecária, que, dentre outras hipóteses de emissão, se prestava à garantia de operações abrangidas pelo SFH. No que tange ao procedimento de execução hipotecária, concedeu-se, à época, a prerrogativa ao credor de optar pelo rito estabelecido no Código de Processo Civil ou seguir o procedimento delineado pelo decreto, introduzindo, desse modo, a via de execução extrajudicial.

10. Por conseguinte, no ano de 1971, surgiu a Lei nº 5.741, responsável pelo delineamento da salvaguarda dos financiamentos imobiliários atrelados ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH). Tal legislação permitiu a recuperação do crédito hipotecário associado ao sistema por intermédio tanto da esfera extrajudicial (em conformidade com os arts. 31 e 32 do Decreto-Lei nº 70, de 1966) quanto da judicial, por meio da propositura de ação executiva. Desde esse momento, percebe-se que a intenção do legislador orbitava em torno de simplificar e imprimir agilidade à recuperação do sistema financiamento imobiliário, visando dar maiores garantias de reaquisição do capital emprestado, de modo a equilibrar os riscos intrínsecos a essas operações financeiras.

11. Todavia, o panorama de reiteradas perturbações no cenário econômico nacional, aliado a estratégias monetárias infrutíferas e ao intensificado processo inflacionário vivenciado nas décadas subsequentes, propiciou um desarranjo no SFH conforme estabelecido originalmente, o que resultou em intensa restrição no acesso ao crédito destinado à aquisição de imóveis residenciais.

12. Em resposta a esses desafios, em 1997, foi promulgada a Lei nº 9.514, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) e instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis como o símbolo de um novo panorama regulatório.

RE 860631 / SP

13. O regime instaurado pela Lei nº 9.514, de 1997, gerou relevantes desdobramentos para o setor imobiliário, infundindo-lhe maior dinamismo, ao facilitar investimentos, em vista da rapidez e simplicidade do procedimento e de conferir maiores garantias na reaquisição do crédito de financiamento imobiliário.

14. A partir dessa compreensão histórica e do cenário econômico relacionado ao financiamento imobiliário, passo a destacar alguns pontos que, a meu sentir, revelam a constitucionalidade do rito de execução extrajudicial estabelecido na Lei nº 9.514, de 1997, na linha do que defendido pelo e. Relator, Ministro Luiz Fux.

15. De acordo com o estabelecido nos arts. 22 e subsequentes do Diploma legal em questão, a alienação fiduciária de bem imóvel configura-se como *“o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”*. Trata-se de pacto que gera situação peculiar de bifurcação da posse, na qual o fiduciante (devedor) se torna possuidor imediato e o fiduciário (credor) assume a posição de possuidor mediato e proprietário do bem imobiliário.

16. A doutrina destaca que:

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

(Lima, Frederico Henrique Viegas. *Da Alienação Fiduciária em garantia de coisa imóvel*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 41).

“Conceituando, a alienação fiduciária em garantia constitui um negócio jurídico que traz como conteúdo um

RE 860631 / SP

direito real de garantia sobre coisa própria. Isso porque o devedor fiduciante aliena o bem adquirido a um terceiro, o credor fiduciário, que paga o preço ao alienante originário. Constata-se que o credor fiduciário é o proprietário da coisa, tendo, ainda, um direito real sobre a coisa que lhe é própria. Com o pagamento de todos os valores devidos, o devedor fiduciante adquire a propriedade, o que traz a conclusão de que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel.”

(Tartuce, Flávio. *Direito Civil: direito das coisas*, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2022, p. 804).

17. O procedimento de execução extrajudicial é minudentemente delineado no art. 25 e seguintes da Lei, a seguir transcritos:

“Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

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

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

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

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

RE 860631 / SP

além das despesas de cobrança e de intimação.

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

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

§ 3º-A. Quando, por duas vezes, o oficial de registro de imóveis ou de registro de títulos e documentos ou o serventuário por eles credenciado houver procurado o intimando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita motivada de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, retornará ao imóvel, a fim de efetuar a intimação, na hora que designar, aplicando-se subsidiariamente o disposto nos arts. 252, 253 e 254 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 3º-B. Nos condomínios edilícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso, a intimação de que trata o § 3º-A poderá ser feita ao funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

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

RE 860631 / SP

13.043, de 2014)

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalescerá o contrato de alienação fiduciária.

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

§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 8º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 26-A. Os procedimentos de cobrança, purgação de mora e consolidação da propriedade fiduciária relativos às operações de financiamento habitacional, inclusive as operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), sujeitam-se às normas especiais estabelecidas neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 1º A consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário será averbada no registro de imóveis trinta dias após a expiração do prazo para purgação da mora de que trata o § 1º do art. 26 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º Até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária, é assegurado ao devedor fiduciante pagar as parcelas da dívida vencidas e as despesas de que trata o inciso II do § 3º do art. 27, hipótese em que convalescerá o contrato de alienação fiduciária. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

RE 860631 / SP

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. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

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

§ 2º-A. Para os fins do disposto nos §§ 1o e 2o deste artigo, as datas, horários e locais dos leilões serão comunicados ao devedor mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2o-B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2o deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

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

RE 860631 / SP

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

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

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

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

§ 7º Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

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

RE 860631 / SP

(Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 10 Os leilões e a publicação dos respectivos editais poderão ser realizados por meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 14.620, de 2023)."

18. A leitura dos dispositivos acima permite uma compreensão abrangente do rito extrajudicial que se encontra em debate. Como se pode extrair, cuida-se de procedimento iniciado, por solicitação do credor, junto ao Registro de Imóveis, com o objetivo de formalizar a inadimplência. A partir desse marco, desencadeiam-se atos sequenciais que, inequivocamente, **possibilitam ao devedor fiduciante manifestar-se e adotar medidas contestadoras e reparadoras**. Se a pendência financeira perdurar, o desfecho subsequente será a inscrição da consolidação da propriedade na matrícula do imóvel, ocasião em que o credor recebe autorização para realizar leilão público visando à venda da propriedade.

19. No debate sobre a constitucionalidade desse dispositivo, é importante destacar que **este Supremo Tribunal Federal já apreciou questões análogas em relação ao aludido Decreto-Lei nº 70, de 1966**, que versa sobre a execução extrajudicial de garantia hipotecária nos pactos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH), **tendo, reiteradamente, assentado a constitucionalidade do procedimento**.

20. De acordo com a disciplina do Decreto-Lei nº 70, de 1966, confere-se aos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH) a salvaguarda da hipoteca, um mecanismo distinto da alienação fiduciária de imóvel. Isso porque, na hipoteca, durante o período de adimplemento do contrato, não há transferência de propriedade em favor do credor, configurando-se como um direito real de garantia (do credor) sobre um bem de terceiro (devedor).

21. Por outro lado, na alienação fiduciária, com propósito garantidor, o credor fiduciário é quem detém a propriedade condicional do bem durante o período de adimplemento contratual, estabelecendo-se,

RE 860631 / SP

portanto, um direito real (do credor) sobre um bem que lhe pertence (ao credor). Assim, na alienação fiduciária de imóvel, não ocorre a passagem da propriedade ao devedor, apenas a transição da posse direta do bem.

22. Disso decorre que, durante o processo de execução extrajudicial, o credor fiduciário não pratica excussão sobre bem de propriedade do devedor, visto que, na realidade, o imóvel objeto da garantia se configura como de propriedade do próprio credor. Nesse passo, quando se lida com propriedade condicional, enquanto a condição — que é o cumprimento do contrato — não for atendida, a titularidade do bem permanece sob a custódia do credor fiduciário, que, mesmo de forma condicional, é o proprietário do ativo. Essa é, portanto, uma diferença fundamental em relação à garantia proporcionada pela hipoteca.

23. Ocorre que, mesmo no caso de execução extrajudicial da garantia hipotecária nos contratos do SFH, em que, como visto, o bem objeto da garantia não é de propriedade do credor, este Supremo Tribunal Federal tem reconhecido e validado o procedimento extrajudicial, à luz da Constituição de 1988.

24. Assim, com ainda maior razão, os fundamentos que embasaram aquela decisão podem, com as devidas adaptações, ser aplicados na avaliação dos argumentos agora apresentados contra o método extrajudicial de execução da cláusula de alienação fiduciária em garantia.

25. Desse modo, em todo aplicável o quanto disposto por esta Corte no julgamento do RE nº 627.106-RG/PR, em que se fixou a tese relativa ao Tema RG nº 249, segundo a qual *“É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-Lei nº 70/66”*. Eis a ementa desse julgamento:

“EMENTA: Direito processual civil e constitucional. Sistema financeiro da habitação. Decreto-Lei nº 70/66. Execução

RE 860631 / SP

extrajudicial. Normas recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. Precedentes. Recurso extraordinário não provido.

1. O procedimento de execução extrajudicial previsto pelo Decreto-Lei nº 70/66 não é realizado de forma aleatória, uma vez que se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, pois o devedor é intimado a acompanhá-lo e pode lançar mão de recursos judiciais se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite.

2. Bem por isso, há muito a jurisprudência da Suprema Corte tem estabelecido que as normas constantes do Decreto-lei nº 70/66, a disciplinar a execução extrajudicial, foram devidamente recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

3. Recurso extraordinário não provido, propondo-se a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66.”

(RE nº 627.106-RG/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 08/04/2021, p. 14/06/2021).

26. Como se pode ver, durante referido julgamento, que, frise-se, cuidou de solucionar questão análoga à discutida nos presentes autos, rejeitou-se a alegação de que o procedimento de execução extrajudicial de imóvel referente a dívida hipotecária, conforme estabelecido pelo Decreto-Lei nº 70, de 1966, estaria em desacordo com os arts. 5º, incs. XXII, XXIII, XXXII, XXXV, XXXVII, LIII e LIV, e 6º da Constituição da República.

27. No mesmo sentido em que fixado naquele julgamento e diante das mesmas razões, **não identifico afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à Justiça** (art. 5º, inc. XXXV, da CRFB), segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, porquanto o procedimento de execução extrajudicial **não acontece de maneira arbitrária ou sem controles, estando sujeito à revisão judicial a qualquer tempo**. Isso porque o

RE 860631 / SP

devedor, a partir do momento em que é notificado para acompanhar o procedimento, tem, à sua disposição, a **possibilidade de contestar, por diferentes meios judiciais, qualquer irregularidade que venha a identificar em sua condução.**

28. Assim, as partes envolvidas têm total liberdade para buscar a proteção de seus direitos em juízo, em qualquer etapa do processo, conforme estabelecido pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República. Em outras palavras, mesmo que o procedimento específico aconteça fora do âmbito jurisdicional, isso não impede que as partes busquem o Judiciário para resolver disputas ou combater possíveis ilegalidades cometidas durante o processo.

29. No tocante às alegações que sugerem ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme estabelecido nos arts. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição Federal de 1988, tenho que, apesar de seu caráter extrajudicial, o procedimento de execução ínsito à alienação fiduciária de propriedade (Lei nº 9.514, de 1997) segue princípios processuais que estão alinhados tanto com a Constituição da República quanto com as diretrizes gerais do Código de Processo Civil, que são aplicadas em procedimentos judiciais relacionados a direitos reais sobre imóveis.

30. Ademais, a existência de procedimentos extrajudiciais de acerto do direito, por atividade de cognição, e de excussão patrimonial não redundam, necessariamente, na violação aos princípios processuais. Um exemplo disso é o procedimento trazido pela Lei nº 9.307, de 1996, que disciplina a arbitragem, pelo qual se pode convencionar que litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis possam ser solucionados fora do Poder Judiciário. Sobre a questão, discorre Flávio Tartuce:

“Fazendo outro paralelo legislativo, entender que o procedimento administrativo constante da Lei nº 9.514/1997 é

RE 860631 / SP

inconstitucional é o mesmo que concluir que a Lei de Arbitragem também o é, pois esta lei estaria afastando a garantia constitucional do acesso à justiça, uma vez que possibilita o afastamento de controvérsia pelo Poder Judiciário quando as partes convencionarem que questão envolvendo o contrato ou a obrigação será decidida por árbitros de sua confiança. E, como é notório, o Supremo Tribunal Federal já entendeu pela constitucionalidade da Lei 9.307/1996, até porque a arbitragem constitui um dos mais efetivos modos alternativos de solução de conflitos, como exercício da autonomia privada (STF, AgR 5.206/SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04/2004)."

(Tartuce, Flávio. *Direito Civil: direito das coisas*, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2022, p. 864).

31. Com efeito, a meu sentir, a disciplina legal de execução extrajudicial disposta na Lei nº 9.514, de 1997, equilibra a proteção dada às instituições financeiras, considerando os riscos que assumem, com a salvaguarda dos direitos essenciais do devedor, em modelo que, aliás, se alinha à tendência recente do direito processual, que tem direcionado certas atividades do âmbito judicial para o administrativo ou mesmo promovido a desjudicialização como forma de resolução de conflitos.

32. Destaque-se que a extinção desse processo, que tem sido uma prática consolidada no nosso sistema legal, teria implicações significativas no âmbito econômico, a exemplo da desestabilização do sistema de financiamento habitacional, com um possível aumento na taxa média de juros, a diminuição no tempo médio de pagamento da dívida e uma redução no acesso ao financiamento habitacional.

33. Para ilustrar a importância do instituto, sirvo-me do parecer econômico juntado pela Febraban (e-doc. 180, p. 84), que aponta que "*a utilização da alienação fiduciária passou de apenas 0,1% dos contratos de financiamento em 2007 para mais de 94% dos contratos em 2017*" e que "*em termos de volume financiado, a alienação fiduciária é a forma de garantia*

RE 860631 / SP

utilizada em R\$ 544 bilhões de reais em operações de crédito imobiliário, de um total de R\$ 547 bilhões em operações de crédito ativas em 2017, o que corresponde a mais de 99% do volume de crédito imobiliário contratado no Brasil". Ainda segundo o citado parecer (e-doc. 180, p. 84), "a baixa inadimplência observada nos contratos de alienação fiduciária - apenas 1,5% dos contratos em 2017 - mostra que a introdução dessa modalidade foi, de fato, responsável pela redução da inadimplência no crédito imobiliário no Brasil no período".

34. Dessa forma, tenho que o retorno ao sistema de forçosa judicialização pode representar um passo atrás, com a reintrodução das falhas encontradas no paradigma anterior e eliminação de avanços que foram cruciais para a expansão do setor imobiliário e a diminuição dos riscos e despesas relacionadas ao crédito.

35. Isso se evidencia a partir da constatação de que, geralmente, a taxa de juros tende a ser inversamente relacionada à solidez da garantia apresentada pelo mutuário, pelo que a extinção do procedimento pode gerar aumento dos custos das operações de financiamento no setor imobiliário, afetando, por extensão, a questão do *deficit* de moradias no País.

36. Ainda, sob o ponto de vista processual, a postulada declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, com a necessária judicialização da execução, alinha-se em sentido contrário ao processo de evolução das formas executivas, que é de simplificação e desburocratização desses procedimentos, gerando o efeito secundário de assoberbamento da máquina judiciária com centenas de milhares de novos processos executivos.

Dispositivo

37. Ante o exposto, **acompanho o eminente Relator no sentido de**

RE 860631 / SP

conhecer do recurso extraordinário, e negar-lhe provimento, assim como em relação à tese proposta por Sua Excelência, nos seguintes termos: *“É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal”.*

É como voto.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 860.631

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : JOSÉ CARLOS SANTANA FILHO

ADV.(A/S) : MÁRCIO BERNARDES (242633/SP)

RECDO.(A/S) : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

ADV.(A/S) : GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO (54459/DF, 97640/RJ)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MUTUÁRIOS DA HABITAÇÃO - ABMH

ADV.(A/S) : ALEXANDRE BARROS TAVARES (122676/MG)

ADV.(A/S) : VINÍCIUS HENRIQUE DE ALMEIDA COSTA (137415/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA - ABECIP

ADV.(A/S) : JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO (40994/DF, 26258-A/PA, 002605-A/RJ)

ADV.(A/S) : EDUARDO ARRUDA ALVIM (118685/SP)

ADV.(A/S) : FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES (0138094/SP)

ADV.(A/S) : RENNAN FARIA KRUGER THAMAY (349564/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO IMOBILIÁRIO - IBRADIM

ADV.(A/S) : MELHIM NAMEM CHALHUB (0003141/RJ)

ADV.(A/S) : FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA (306005/SP)

ADV.(A/S) : ANDRE ABELHA DUTRA (RJ104578/)

AM. CURIAE. : BANCO CENTRAL DO BRASIL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

AM. CURIAE. : FEBRABAN - FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS

ADV.(A/S) : GUSTAVO CESAR DE SOUZA MOURAO (21649/DF, 89370/MG, 59142/PE, 249325/SP)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que conhecia do recurso extraordinário e negava-lhe provimento, mantendo a decisão do Tribunal *a quo*, e propunha a seguinte tese (tema 982 da repercussão geral): "É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal", no que foi acompanhado pelos Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela recorrida, o Dr. Carlos Augusto Jenier; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança - ABECIP, o Dr. Fernando Crespo Queiroz Neves; pelo *amicus curiae* Federação Brasileira De Bancos - FEBRABAN, o Dr. Gustavo César de Souza Mourão; pelo *amicus curiae* Banco Central do Brasil, o Dr. Erasto Villa-Verde de Carvalho

Filho, Procurador-Geral Adjunto do Banco Central; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Elizeta Maria de Paiva Ramos, Procuradora-Geral da República em exercício. Ausente, justificadamente, o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 25.10.2023.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 982 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e negou-lhe provimento, mantendo a decisão do Tribunal a quo, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia. Por unanimidade, fixou a seguinte tese: "É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal". Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 26.10.2023.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça e Cristiano Zanin.

Procuradora-Geral da República em exercício, Dra. Elizeta Maria de Paiva Ramos.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário