

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS: MUITO ALÉM DA “EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL”¹

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Em 09/09/2020, o Min. Luiz Fux proferiu despacho requerendo a inclusão em pauta para julgamento do mérito do Recurso Extraordinário nº 860.631/SP, do qual é Relator e que tem como objeto a *“Discussão relativa à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário - SFI, conforme previsto na Lei n. 9.514/1997”*, tratado como Tema 982 na Corte Suprema.

A existência da repercussão geral da matéria objeto do referido Recurso Extraordinário foi reconhecida pelo plenário virtual do STF (vencido o Min. Edson Fachin) em 02/02/2018, tendo o respectivo acórdão sido publicado no DJe em 07/02/2018.

Do acórdão que reconheceu a repercussão geral da matéria, extrai-se que *“Nas razões do apelo extremo, sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação ao artigo 5º, XXXV, LIII, LIV e LV, da Constituição Federal. Alega que a execução extrajudicial no Sistema Financeiro Imobiliário, prevista pela Lei 9.514/1997, viola os princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, na medida em que permite ao credor fiduciário a excussão do patrimônio do devedor sem a participação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, sem a figura imparcial do juiz natural, o que se traduziria numa forma de autotutela, repudiada pelo Estado Democrático de Direito. Suscita, ainda, a inconstitucionalidade da execução extrajudicial, comparando-a ao procedimento previsto no Decreto-Lei 70/1966, submetido a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sob a sistemática da repercussão geral (RE 627.106, Tema 249)”*.

¹ Como fazer referência a este artigo: DINIZ KREBS, Hélio Ricardo. *A inconstitucionalidade da lei da alienação fiduciária de bens imóveis: muito além da “execução extrajudicial”*. Instituto dos Advogados de Santa Catarina: artigos e publicações periódicas. DEZEMBRO-2020.

Como se pode perceber, a questão a ser julgada no Recurso Extraordinário nº 860.631/SP, em suma, é a (in) constitucionalidade da execução "extrajudicial" da garantia de alienação fiduciária de bens imóveis, prevista na Lei nº 9.514/97, sob a ótica da ofensa aos princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, da ampla defesa e do contraditório.

Digno de nota, também, o fato de que, embora a constitucionalidade da execução extrajudicial do Decreto-lei nº 70/66 tenha sido, no passado, por vezes afirmada pelo STF, essa questão também teve a repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 627.106 (Tema 249), que se encontra com vista para o Min. Gilmar Mendes desde 18/08/2011, mas já tendo votado pela sua inconstitucionalidade os Ministros Luiz Fux, Carmen Lúcia e Ayres Britto, o que demonstra a possibilidade de a Corte Suprema vir a considerar inconstitucional também a execução extrajudicial regida pela Lei nº 9.514/97.

Em que pesem os substanciosos argumentos da doutrina e jurisprudência, tanto para considerar constitucional como inconstitucional a "execução extrajudicial" regida pela Lei nº 9.514/97 (e também aquela do Decreto-lei nº 70/66), o fato é que a inconstitucionalidade da referida lei vai muito além da controvérsia sobre a (in) constitucionalidade da "execução extrajudicial", ou seja, da execução que permite "[...] a excussão do patrimônio do devedor sem a participação, sem a participação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, sem a figura imparcial do juiz natural", tal como consta no acórdão que reconheceu a repercussão geral da matéria no Recurso Extraordinário nº 860.631/SP.

Referida inconstitucionalidade, que será objeto de análise deste breve estudo, decorre da possibilidade de vender o imóvel alienado fiduciariamente, no 2º leilão, pelo valor restante da dívida, tal como previsto no art. 27, § 2º da Lei nº 9.514/97.

2 – BREVE HISTÓRICO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS NO BRASIL.

Antes de tudo, rememora-se a justificativa apresentada pelos então Ministros de Estado do Ministério do Planejamento e Orçamento e da Fazenda, Srs. Antonio Kandir e Pedro Malan, respectivamente, para o Ex-Presidente da

República, Sr. Fernando Henrique Cardoso, que culminou, alguns meses depois, na publicação da Lei nº 9.514/97:

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

Em face, pois, do compromisso social do governo de Vossa Excelência e da demanda crescente por imóveis residências e não residenciais, sinal antecedente de um novo ciclo de expansão econômica, torna-se premente a reconstruí-lo, em novos moldes dos mecanismos de financiamento imobiliário. [...]

Pelo contrato de alienação fiduciária, consoante definição contida na Lei 4.728, de 1965 e no Decreto-lei nº 911, de 1969, constitui-se em favor do credor uma propriedade resolúvel sobre o imóvel objeto do financiamento, prevista sua obrigação de transferir a plena propriedade plena do imóvel ao devedor, uma vez que ele tenha resgatado a totalidade da dívida. Enquanto não o tiver feito, o devedor estará investido apenas na posse do imóvel. Ao quitar integralmente a dívida a propriedade plena lhe será transferida, bastando para tanto simples pedido de cancelamento do registro da fidúcia.

Essa modalidade de contrato concilia a segurança e celeridade necessárias, superando as formas obsoletas de garantia que tornam os negócios imobiliários demasiadamente lentos e onerosos, tolhendo o potencial de expansão do setor.

Pelas razões apresentadas, estamos convictos de que o presente projeto de lei cria as condições para mobilizar volume crescente dos recursos para o setor habitacional, com redução tendencial dos custos dos financiamentos, seja pela ampliação da oferta de imóveis, seja pela diminuição dos riscos implícitos na concessão de crédito. Estaremos assim atingido três objetivos fundamentais do governo de Vossa Excelência, nomeadamente: geração de renda e empregos, **ampliação do acesso da população à moradia e promoção do crescimento sustentável da economia.**²

Como se pode observar, referida Lei (9.514/97) foi sancionada com o propósito basilar de agilizar e desburocratizar a concessão e recuperação de créditos, reduzindo os riscos do capital de investimento e contribuindo para expandir o mercado de crédito dinamizando o setor imobiliário, de maneira a suprir a necessidade do setor, inclusive o de habitação e, ao mesmo tempo, contribuir para a efetivação do direito fundamental à moradia (art. 6º, da CF).

Não é por outra razão que o art. 1º da Lei nº 9.514/97 possui a seguinte redação: "*O Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI tem por finalidade*

² Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCCD09JUL1997.pdf#page=50>>. Acesso em: 08/12/2020.

promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos”.

Após a revogação da Medida Provisória n. 2.223, de 2001, pela Lei nº 10.931/94, a Medida Provisória n. 221, de 2004, posteriormente transformada na Lei Federal n. 11.076, de 2004, de autoria do ex-Deputado Federal Moacir Micheletto, trouxe, novamente, a previsão constante na atual redação do art. 22, §2º, da Lei Federal n. 9.514, de 1997, que amplia a utilização da garantia representada por alienação de bens imóveis às instituições financeiras que não fazem parte do Sistema Financeiro Imobiliário.

Em sua exposição de motivos da referida Lei Federal (11.076/04), o referido ex-Deputado justificou que: *“No tocante às alterações que são propostas à Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências, foram incluídas alterações aos seus arts. 22 e 38, com o objetivo de restabelecer dispositivos alterados pelo Congresso Nacional quando da aprovação de Substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.036/04, de iniciativa do Poder Executivo [...]. Ao restabelecer o § 1º do Art. 22 que foi suprimido, resolve-se a lacuna criada na Lei nº 10.931/2004, uma vez que não faz sentido restringir-se a utilização da garantia representada pela alienação fiduciária de bens imóveis às instituições financeiras que operam no SFI, assegurando, também, a utilização desse instituto às pessoas físicas e jurídicas”*.³

Porém, a alienação fiduciária tipicamente brasileira não está alheia aos efeitos da dinâmica do sistema bancário nacional e econômico em geral, de maneira que o procedimento de expropriação extrajudicial contém vícios quase invisíveis na prática cotidiana, mas com efeitos desejados (logicamente positivos e planejados) pelos detentores do crédito, em detrimento da coletividade, o que vem se perpetuando especialmente em razão da complexidade da matéria.

Com efeito, embora já tenham se passado mais de duas décadas desde a inserção do instituto da alienação fiduciária de bens imóveis no ordenamento jurídico brasileiro, o tema trata-se de fonte quase inesgotável de controvérsias jurídicas, instauradas especialmente em razão de sua complexidade e dos

³Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=257714&filenam e=Tramitacao-PPP+1+MPV22104+%3D%3E+MPV+221/2004> Acesso em: 08/10/2017.

benefícios irrazoáveis e desproporcionais que a aplicação fria – e, em alguns casos, descuidada – da lei traz às instituições financeiras.

Não é exagero afirmar que, sob a influência da grave crise econômica que atinge o país nos últimos anos, o Brasil passa por verdadeira *crise da execução extrajudicial da alienação fiduciária*.

A complexidade da matéria e os danos decorrentes dos abusos cometidos pelas instituições financeiras em sua aplicação permite que se trace um paralelo com a crise da execução extrajudicial hipotecária nos Estados Unidos, uma vez que, como adverte Umberto Bara Bresolin, *"E se o largo emprego recente de execuções extrajudiciais hipotecárias rendeu notícias de irregularidades e abusos, proporcionou, de outro lado, profícuos estudos, sugestões de aperfeiçoamento da execução e reformas legislativas [...]"*.⁴

Noticia aquele autor que, *"No final do ano de 2010, uma força-tarefa promovida por procuradores-gerais de diversos Estados passou a investigar denúncias de irregularidades e abusos cometidos nas execuções hipotecárias, especialmente em razão da negligência no exame de documentos comprobatórios da dívida e da constituição da garantia hipotecária, de vícios na comunicação do devedor para saldar sua dívida e de cobrança de valores indevidos (cf. notícia CONSULTOR JURÍDICO, Força-tarefa nos EUA investiga execuções hipotecárias [...]). No início de 2012, as investigações culminaram em acordo celebrado perante o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América, por força do qual cinco bancos de grande porte – Bank of America, Wells Fargo, JPMorgan, Citigroup e Ally Financial – comprometeram-se a disponibilizar até US\$ 25 bilhões para indenizar devedores que perderam suas residências em execuções hipotecárias. [...] para os Bancos, o objetivo é o de que o acordo evite questionamentos judiciais sobre supostas irregularidades (cf. notícia UOU NOTÍCIAS, EUA firmam acordo de US\$ 25 bi com bancos por abusos em hipotecas)"*.⁵

Em outras palavras, o que se pretende demonstrar, com tais constatações, é que esse ambiente de crise da execução extrajudicial – e não apenas econômica – é propício para que os Poderes Legislativo e Judiciário

⁴ BRESOLIN, Umberto Bara. *Execução extrajudicial imobiliária: aspectos práticos*. São Paulo: 2013, p. 71.

⁵ BRESOLIN, Umberto Bara. *Execução extrajudicial imobiliária: aspectos práticos*. São Paulo: 2013, p. 71.

revisitem a lei, a jurisprudência, e seus dogmas, dispensando maior atenção às inconstitucionalidades da Lei nº 9.514/97, bem como às inconstitucionalidades e controvérsias ocasionadas pela sua aplicação, quando realizada sem os olhos voltados à Constituição.

Contudo, conforme já adiantado no tópico anterior, este breve estudo se concentra em abordar apenas uma dessas controvérsias, que diz respeito à inconstitucionalidade decorrente da possibilidade de vender o imóvel alienado fiduciariamente, no 2º leilão, pelo valor restante da dívida, tal como previsto no art. 27, § 2º da Lei nº 9.514/97. É o que se passa a demonstrar.

3 – A VENDA DO IMÓVEL PELO VALOR RESTANTE DA DÍVIDA E A OFENSA AOS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

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

Não havendo arrematação no primeiro leilão, deverá ser realizado o segundo leilão, em que, nos termos do § 2º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, “[...] 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”.

Como se percebe facilmente, trata-se de dispositivo de lei que propicia a ocorrência de situações extremamente irrazoáveis e desproporcionais. Para ilustrar ao menos uma dessas situações, narra-se a seguinte situação, que, embora hipotética, vem ocorrendo com uma frequência alarmante, ainda que de forma mais ou menos semelhante: imagine-se um contrato de empréstimo no valor de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), garantido por meio de alienação fiduciária de um imóvel avaliado em R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais), em que o devedor fiduciante, adimplindo regularmente as parcelas do contrato, amortizou R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais) do saldo devedor, além de ter pago milhares de reais que foram cobrados em todas as parcelas a título de juros remuneratórios.

Contudo, em razão de dificuldades financeiras, não foi possível ao devedor fiduciante continuar adimplindo o contrato e, tampouco, purgar a mora (art. 26 da Lei nº 9.514/97), de modo que o saldo devedor total da dívida em aberto, portanto, estaria em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Assim, um imóvel avaliado em R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais) poderá ser vendido até mesmo por pouco mais de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), considerando-se o saldo devedor mais as despesas dos §§ 2º e 3º do art. 27. O devedor fiduciante, por sua vez, perderia todas as parcelas que pagou (que provavelmente já superarão em muito o valor do empréstimo, em razão dos juros que foram pagos no decorrer do contrato) e mais o imóvel, cujo valor, por si só, já superava o do capital mutuado.

Frise-se que, a própria legislação induz a venda do imóvel apenas no segundo leilão e pelo saldo devedor da dívida, pois no primeiro leilão somente serão aceitos os lances não inferiores ao valor de avaliação do imóvel (§ 1º do art. 27). Em casos semelhantes ao hipoteticamente narrado, tendo em vista a enorme discrepância entre o valor de avaliação e o valor da dívida, é até intuitivo concluir que muitas vezes haverá consenso entre os licitantes para que se aguarde o segundo leilão, o que, inclusive, é fato comum nos leilões decorrentes de execuções judiciais, regidos pelo CPC.

Aliás, traçar uma comparação entre a execução extrajudicial regida pela Lei nº 9.514/97, com a expropriação de bens regida pelo CPC (arts. 876 e ss.) é um eficaz mecanismo para deixar ainda mais clara a irrazoabilidade e conseqüente inconstitucionalidade dos dispositivos legais ora impugnados.

Isso porque, com uma gritante diferença em relação à execução extrajudicial da Lei nº 9.514/97, o art. 891 do CPC/15 veda expressamente lance que ofereça preço vil, que, segundo o parágrafo único do art. 891, é o "[...] *preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação*", caso o juiz não tenha estipulado um valor mínimo no edital.

Não é por outra razão que Manoel Justino Bezerra Filho⁶, inclusive propondo alteração nos §§ 2º e 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, defende que o valor mínimo para expropriação seja igual ou superior a 75% do valor do imóvel

⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *A execução extrajudicial do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel – exame crítico da Lei 9.514, de 20.11.1997*, in *Revista dos Tribunais*, nº 819, 2004, p. 75-76.

mais as despesas, prêmios de seguros, cotas condominiais e encargos legais, inclusive tributos.

Ora, na mesma medida em que causa extremo e desproporcional prejuízo ao devedor fiduciante, o § 2º do art. 27 da Lei nº 9.514/97 permite a ocorrência de verdadeiro enriquecimento sem causa ao arrematante do bem, o que sempre foi vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, outrora apenas como princípio geral do direito, e hoje também como norma expressamente prevista no art. 884 do Código Civil.

Semelhante disparate ocorre quando, na hipótese de não haver licitantes no segundo leilão, a instituição financeira fiduciária, amparada por uma interpretação equivocada do § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, adjudica o imóvel e, posteriormente, o vende pelo valor que melhor lhe aprouver. Nesta situação, o que vem ocorrendo na prática é a manutenção do valor auferido com a venda em mãos do credor fiduciário, além daqueles que já foram pagos pelo devedor, que perde o bem e tudo quanto pagou a título de amortização e juros. A ilegalidade dessa prática, contudo, já foi por nós abordada em outra oportunidade⁷, para a qual remetemos o leitor, a fim de evitar tautologia.

Sendo assim, resta claro que o § 2º do art. 27 da Lei nº 9.514/97 (assim como a equivocada interpretação que vem sendo dada ao § 5º do mesmo dispositivo legal) propicia a ocorrência de situação verdadeiramente paradoxal (para dizer o mínimo) e extremamente irrazoável e desproporcional, razão pela qual se trata de procedimento que jamais poderia ter adentrado no ordenamento jurídico de um país que se intitula um Estado de Direito Democrático.

O dispositivo legal em comento, portanto, fere de morte o princípio do devido processo legal substancial (*substantive due process of law*), de que são corolários os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, aos quais o legislador está vinculado, sob pena de ver a lei, por si criada, declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, cabe citar trecho do acórdão do Recurso Extraordinário nº, quando o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello,

⁷ DINIZ KREBS, Hélio Ricardo. *Alienação fiduciária de bens imóveis: o que ocorre e o que deve ocorrer quando os dois leilões extrajudiciais são inexitosos*. Instituto dos Advogados de Santa Catarina: artigos e publicações periódicas. SET-2019. Disponível em: <<https://iasc.org.br/2019/09/alienacao-fiduciaria-de-bens-imoveis-o-que-ocorre-e-o-que-deve-ocorrer-quando-os-dois-leiloes-extrajudiciais-sao-inexitosos>> Acesso em: 08.10.2020.

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

‘O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa **está necessariamente sujeita** à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, **veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis** do Poder Público.

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

A norma estatal, **que não veicula** qualquer conteúdo de irrazoabilidade, **presta obséquio** ao postulado da proporcionalidade, **ajustando-se** à cláusula que consagra, **em sua dimensão material**, o princípio do ‘**substantive due process of law**’ (CF, art. 5º, LIV)”.⁸

Sobre o postulado da razoabilidade, já ressaltamos, em outra oportunidade, que, “De acordo com Luís Roberto Barroso, o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão e, cujas raízes remontam à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Carta, de 1215, documento reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, encontra destaque principalmente no direito norte-americano, onde é consagrado pela cláusula do devido processo legal substancial (*due process of law*), **que se tornou importante instrumento criativo de jurisdição constitucional e, portanto, de controle do arbítrio do Poder Legislativo e da discricionariedade governamental. É razoável**

⁸ STF, RE 1145279 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 01/03/2019, DJe-061, publicado em 28-03-2019.

aquilo que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar, o que não seja arbitrário e que seja conforme à razão, pressupondo moderação, equilíbrio e harmonia.

Virgílio Afonso da Silva, contudo, afirma que, na Inglaterra, fala-se em princípio da irrazoabilidade, o qual destina-se a afastar as medidas excessivamente irrazoáveis, consideradas assim aquelas que nenhuma autoridade razoável adotasse. Conseqüentemente, atos considerados razoáveis podem facilmente falhar ao passar pelos testes da proporcionalidade, sendo considerados desproporcionais” (g.n.).⁹

A questão posta, portanto, além de irrazoável acarreta manifesta violação aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da propriedade e sua função social, da proteção ao consumidor, do valor social do trabalho e da livre iniciativa (pois muitas vezes o imóvel sede das empresas é alienado fiduciariamente como garantia de empréstimos e a realização da garantia acaba pondo fim à atividade empresarial), bem como aos princípios que regem a ordem financeira e econômica, previstos nos arts. 1º, III e IV, 5º, XXII, XXIII, XXXII, LIV, 6º e 170, II, III e V da Constituição Federal.

Os fundamentos para o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma em questão, sob a ótica dos gravíssimos danos em massa causados aos consumidores, podem ser extraídos, inclusive, do voto do Exmo. Min. Carlos Velloso, no julgamento da ADI 2591, quando ensina que:

“No Brasil, na linha da expansão do fenômeno mundial do ‘consumerismo’ a defesa do consumidor ganhou status de princípio constitucional: art. 170, V da CF: ‘A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor’.

*A defesa do consumidor, registram Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, **pode, então, ser considerada, como afirma Eros Roberto Grau, um ‘Princípio constitucional impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado.***

⁹ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 58.

No último sentido, assume a função de diretriz (Dworkin) – norma objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas’. (Arruda Alvim et alii, “Código do Consumidor Comentado”, RT., 2ª ed., pág. 13).

Princípio constitucional, a defesa do consumidor (art. 170, V) encontra embasamento em diversos preceitos da Constituição: art. 5º, XXXII: ‘O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor’; art. 24, VIII: competência atribuída à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre responsabilidade por dano ao consumidor; art. 150, § 5º: ‘a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidem sobre mercadorias e serviços’; art. 48 do ADCT: ‘O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor’; art. 175, parágrafo único, II: a lei que regulará as concessões e permissões disporá sobre os direitos. **É dizer, a Constituição empresta ao princípio especial relevo.** Daí o registro de Eros Roberto Grau: ‘[...] **O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável**’ (Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros Ed., 6ª ed., 2001, págs. 272/273).”¹⁰

Além disso, com o notório desvirtuamento das finalidades precípua da Lei em comento (9.514/97), decorrentes da ampliação permitida pelo § 1º do art. 22, deve o Poder Judiciário fazer o controle de constitucionalidade do dispositivo de lei em comento, também sob à ótica do postulado, princípio, ou regra da proporcionalidade (conforme o entendimento doutrinário que se adotar), que, “No Brasil, como assevera Paulo Bonavides, [...] não se encontra prevista expressamente como norma geral de direito, mas existe como norma esparsa por todo o Texto Constitucional, sendo que sua positividade decorre de outras normas que lhe são afins, sob o permissivo constante do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988. [...]”

A denominada ‘regra da proporcionalidade’, Segundo Virgílio Afonso da Silva: ‘(...) é uma regra de interpretação e aplicação do direito – no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais –, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse

¹⁰ STF, ADI 2591, Relator: Min. Carlos Velloso, Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006.

coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições’.

Para isso, o postulado da proporcionalidade estrutura-se em três elementos, também chamados de exames, testes, sub-regras, ou regras de argumentação, pelos quais deve passar o ato impugnado, sendo eles: a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito, esta também denominada de técnica ou lei de ponderação.

Ao esclarecer esses três elementos, Humberto Ávila ensina que:

Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; necessária, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; proporcional ou correspondente, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos”.¹¹

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, tem como função principal *“evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido se capaz de justificar”*.¹²

Pois bem. Embora *adequada* a promover os fins a que originariamente se destina, a Lei nº 9.514/97, especialmente pelas disposições do art. 27, não se afigura *necessária*, pois certamente existem outras medidas tão eficazes e menos gravosas aos direitos fundamentais tido aqui como violados. Como exemplo, pode-se citar, entre outras medidas: a) a realização de mais de dois leilões; b) a redução gradativa do valor mínimo para venda em cada leilão, porém, jamais admitindo-se a venda por valor inferior a 50% da avaliação do imóvel; e c) a exigência de publicidade adequada e efetiva sobre a realização dos leilões, o que sabidamente não ocorre.

¹¹ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 50-51.

¹² AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 175.

A realidade vivida tem demonstrado que os excessos de privilégios e garantias concedidos às instituições financeiras vêm trazendo prejuízos incalculáveis aos mutuários no país, em especial os decorrentes: a) das avaliações dos imóveis realizadas unilateralmente pelas instituições financeiras; b) da possibilidade de venda do bem pelo saldo devedor da dívida (art. 27, § 2º); c) da consolidação definitiva da propriedade do imóvel (art. 27, § 5º), que configura o abominável pacto comissório, vedado pelo art. 1.428 c/c art. 1.367, ambos do Código Civil; e d) da própria execução extrajudicial, que é conduzida arbitrariamente e ao bel prazer das instituições financeiras, na maioria das vezes desrespeitando a própria Lei nº 9.514/97, que já é extremamente favorável ao credor fiduciário.

O dispositivo de lei em questão também não passa pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que as restrições causadas aos direitos fundamentais dos devedores fiduciários – leia-se, “consumidores” pessoas físicas e jurídicas -, em especial os da moradia, da propriedade, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal substancial, são infinitamente superiores ao fim efetivamente concretizado pela legislação na atualidade.

A falha no teste da proporcionalidade em sentido estrito é tão flagrante que pode ser corroborada por um simples questionamento: a necessidade de recuperação de um crédito, por parte de uma instituição financeira, é capaz de justificar que o devedor perca um bem imóvel cujo valor é superior a 10x ou mais o valor da dívida, além de todas as parcelas que pagou e podem, por si sós, superar o valor do empréstimo, em razão dos juros que foram pagos no decorrer do contrato?

Ademais, o fomento do financiamento imobiliário em geral (art. 1º da Lei nº 9.514/97), em si, há muito deixou de ser o objetivo primordial do instituto da alienação fiduciária de bem imóvel, que hodiernamente tem servido mais como um instrumento ardil para propiciar o enriquecimento indevido das instituições financeiras por meio das mais diversas espécies de operações de crédito – muitas delas sem qualquer relação com o financiamento imobiliário propriamente dito -, do que para efetivamente **"[...] mobilizar volume crescente dos recursos para o setor habitacional, com redução tendencial dos custos dos**

financiamentos [...]”.¹³ E prova disso é o exorbitante patamar de juros remuneratórios que são cobrados no país, valendo citar, como mero exemplo, a taxa média do cheque especial que, em out/2008 era de 170,30% a.a.; em out/2015 chegou a 259,13% a.a.; e em jan/2019 chegou a 349,21% a.a.

Veja-se que, seja com a taxa Selic em torno de 14% - como era em 2015 - ou em 2% como nos tempos atuais (dezembro de 2020) -, o Brasil possui o segundo maior *spread* bancário¹⁴ e uma das taxas de juros mais alta do mundo¹⁵, não se verificando baixa significativa nem mesmo com a Selic “despencando” por muito mais que a metade.¹⁶ Mesmo quando identificada alguma baixa nas taxas de juros, trata-se de redução mínima e muito distante de acompanhar o mesmo patamar da redução da taxa Selic, sendo que, em certos casos, observou-se até mesmo a alta nas taxas de juros para determinadas linhas de crédito, inclusive, durante o período da pandemia da COVID19.¹⁷

A título de reforço argumentativo para corroborar a irrazoabilidade e a desproporcionalidade da norma em questão, ressalta-se que o Itaú Unibanco, que é o banco recordista de lucros líquidos na história do país, em 2008 teve lucro de R\$ 7,8 bilhões; em 2013, bateu o recorde histórico e obteve lucro líquido de R\$ 15,696 bilhões; em 2014, R\$ 20,242 bilhões; entre 2015 e 2017 o lucro foi subindo gradativamente até alcançar, em 2018, R\$ 24,977 bilhões e, em 2019, R\$ 28,363 bilhões¹⁸, mais uma vez batendo seu próprio recorde de maior lucro de um banco na história do país. Frise-se que, embora não tão altos, mas também bilionários, os lucros anuais das outras 4 maiores instituições financeiras do país (Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Santander e Bradesco)

¹³ Trecho extraído da justificativa apresentada pelos Ministros de Estado do Ministério do Planejamento e Orçamento e da Fazenda, Srs. Antonio Kandir e Pedro Malan, respectivamente, para o Ex-Presidente da República, Sr. Fernando Henrique Cardoso, que culminou, alguns meses depois, na publicação da Lei nº 9.514/97.

¹⁴ Disponível em: < <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/spread-bancario-do-brasil-e-o-2o-mais-alto-do-mundo-entenda-por-que/>> Acesso em: 20/05/2020.

¹⁵ Cf. notícia nesse sentido em: <<https://oglobo.globo.com/economia/brasil-tem-mais-alta-taxa-dejuro-entre-40-paises-21200968>> Acesso em: 25/04/2018.

¹⁶ Cf. notícia nesse sentido em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/04/taxa-basica-despenca-mas-juro-do-credito-segue-alto.shtml>>. Acesso em: 25/04/2018.

¹⁷ Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/06/17/bancos-taxas-de-juros-empresas- crise.htm>> Acesso em: 17/12/2020.

¹⁸ Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/mercados/itau-unibanco-itub4-tem-lucro-liquido-de-r-284-bilhoes-em-2019-alta-de-10/>> Acesso em: 18/05/2020.

também aumentaram exponencialmente na última década, a despeito da grave crise econômica que atinge o país durante todo esse período.

Em contrapartida a esses lucros estratosféricos dos bancos, causa perplexidade o fato de que, justamente nos anos em que uma grave crise econômica atingiu o país (iniciando em 2012/2013, passando por significativa recessão em 2014/2016 e permanecendo até os dias atuais), causando o fechamento de 1,8 milhões de empresas, só no ano de 2015 (em 2014 foram 572,9 mil¹⁹ e em 2019 o país registrou o menor número de empresas ativas em 10 anos)²⁰ e deixando mais de 14 milhões de brasileiros desempregados, os lucros dos bancos tiveram as maiores altas e bateram todos os recordes históricos.

A “desculpa” dos bancos para as evidentes distorções em relação às taxas de juros que cobram é sempre a mesma: o risco decorrente da inadimplência e da dificuldade na recuperação do crédito. Contudo, essa “desculpa” trata-se de evidente falácia e se desmente com uma mera indagação: se a inadimplência e a dificuldade de recuperação do crédito são tão elevadas, como podem os lucros dos bancos terem aumentado estratosféricamente nos últimos 10 anos?

Simplesmente não existe razão alguma que justifique os Poderes da República permitirem que um setor da economia tenha lucros multibilionários e cada vez maiores, em detrimento do restante da sociedade, que se vê sufocada enquanto necessita de crédito para contribuir com o desenvolvimento do país, mas fica refém de um verdadeiro cartel de bancos.

Se os Poderes Legislativo e Executivo compactuam com essa situação, o Poder Judiciário não pode fechar os olhos para tamanha desigualdade e permitir que esse cenário jurídico-econômico se perpetue, até mesmo porque lhe cabe, em última instância, a defesa e concretização dos direitos fundamentais, que só

¹⁹ Disponível em: <<http://fenacon.org.br/noticias/18-milhao-de-empresas-fecharam-em-2015-622/>> Acesso em 25/04/2018. Segundo o presidente da empresa Neoway, Sr. Jaime de Paula, a taxa de mortalidade das empresas nos anos de 2014 e 2015 alcançou a taxa de 300% (trezentos por cento), um dado que segundo ele é bastante preocupante, e que a marca de empresas desativadas no ano de 2015 é o maior nos últimos 5 (cinco) anos, dado este que segundo o executivo está subestimado, pois “*existe um custo para encerrar a atividade na junta comercial e há empresários que, acuados pela crise, não têm recursos disponíveis para isso*”, portanto, o número de empresas encerradas pode ser maior que o previsto.

²⁰ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/10/brasil-tem-menor-numero-de-empresas-ativas-desde-2009.shtml>> Acesso em: 20/05/2020.

serão alcançados, em relação à questão ora debatida, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 27, § 2º da Lei nº 9.514/97 - *assim como do § 5º do mesmo dispositivo, em relação à interpretação que autoriza o credor fiduciário a adjudicar o imóvel e, posteriormente, vendê-lo pelo valor que melhor lhe aprouver, sem restituir ao devedor o eventual valor que exceder a dívida* -, por ofensa aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade e, portanto, ao princípio do devido processo legal substancial, previsto no art. 5º, LIV da Constituição Federal.

#direitobancario #direito #direitoprocessualcivil #processocivil
#direitoprocessual #direitobancário #law #lawyer #advocate
#alienacaofiduciaria #banco #advocate #direitoempresarial
#direitodoconsumidor