
ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA SOCIAL CONTRATUAL – UM DEBATE A LUZ DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Roberto Wagner Marquesi*
Wesley Tomaszewski**

RESUMO

O presente artigo tem por espeque tecer algumas considerações sobre a segurança e certeza jurídicas no âmbito da execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia. Para tanto, partir-se-á da fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal que entendeu pela constitucionalidade de aludido procedimento considerando não só aspectos legais, mas econômicos e sociais. Analisa-se, também, tal entendimento a luz do modelo jurídico adotado pela codificação civil. Por fim, vislumbra-se a problemática decorrente da adoção da via extrajudicial para tratamento do então Sistema Financeiro da Habitação, hoje denominado, Sistema Financeiro Imobiliário.

Palavras-chave: direito civil; segurança jurídica; socialidade.

ABSTRACT

This article aims to make some considerations about legal security and certainty in the context of the extrajudicial execution of the fiduciary alienation clause in guarantee. To this end, we will start from the establishment of the thesis by the Federal Supreme Court, which understood the constitutionality of the aforementioned procedure considering not only legal aspects, but also economic and social ones. This understanding is also analyzed in light of the legal model adopted by civil codification. Finally, the problem arising from the adoption of the extrajudicial route for the treatment of the then Housing Financial System, now known as the Real Estate Financial System, is glimpsed.

Keywords: civil righth; legal security; sociality.

SUMÁRIO

1 BREVE INTRÓITO. 2 CERTEZA JURÍDICA E SEGURANÇA JURÍDICA – UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA. 3 FLEXIBILIZAÇÃO DA NORMA, SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA – UM ENTRAVE NO MODELO ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. 4 FIXAÇÃO DE TESE. TEMA 982. CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DA LEI N.9514/1997. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DA CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. LEI 14.711/2023. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

* PUCPR Campus Londrina

** Universidade Estadual de Londrina



1 BREVE INTRÓITO

Depreende-se do tema proposto o estreitamento de um diálogo que compreende a junção de dois recursos empregados pelos operadores do Direito, a saber: direito material ou substancial e o direito adjetivo, manifesto na eficácia jurisdicional. Ato contínuo, traz ao lume um profícuo campo de trabalho, em virtude de recente decisão da Corte Constitucional que fixou tese em aludido cenário marcado pela função social da propriedade, em especial no direito a moradia e a constitucionalidade de procedimento extrajudicial de alienação fiduciária em garantia.

O direito é posto pela sociedade e indissociável da estabilidade e alteração no social. Assim, a ausência ou a atuação inexpressiva de institutos como o da segurança jurídica, acaba por refletir a distância entre o ordenamento jurídico e a realidade contemporânea de seus jurisdicionados.

A segurança jurídica atrelada a Justiça, sem dúvida, é vislumbrada como alicerce e base principiológica fundamental do Estado Democrático de Direito. Tal afirmativa é devida pelo entendimento de que *a certeza das coisas e a garantia de proteção são uma eterna procura do homem. A segurança é, portanto, uma aspiração comum aos homens.*¹

Não obstante, esta busca por parte dos jurisdicionados, o ordenamento positivado não tem como acompanhar o ritmo das relações que ocorrem diuturnamente na sociedade com a mesma velocidade. Desta forma, um sistema fechado e cerrado sua rigidez pode até conferir mais segurança às relações jurídicas, mas pode potencialmente comandar injustiças e provocar insegurança as negociações que apesar de não acobertadas pela esfera jurídica, ocorrem hodiernamente.

Nessa seara, caminham as relações contratuais realizadas sob o cenário do agora denominado Sistema Financeiro Imobiliário – por muito tempo compreendido como Sistema Financeiro de Habitação, uma que se tem um cenário de contratação envolto em manifesta função social, em especial direito à moradia.

Em razão de tais particularidades que vão além do jurídico, tais como aspectos econômicos e sociais e considerando, também, a natureza aberta da legislação civil codificada em detrimento das especificidades da legislação especial, o judiciário serviu de instrumento para observância dos mais mezinhos ditames da ordem social.

¹ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2014. p.116.



Diante disso, a fonte primária apresenta-se delimitada por ranços arcaicos, permeada de uma problemática interpretacional e aplicabilidade incerta de toda ordem, que acabam por nutrir inseguranças e incertezas jurídicas, e estas, por sua vez, podem comprometer a concretização do princípio da função social da propriedade.

Ainda nesse espírito, encontram-se recente decisão do Supremo Tribunal Federal e Legislação Federal apontando-se a desnecessidade de trânsito jurisdicional judicial nos casos de execução da cláusula de alienação fiduciária em garantia, a qual far-se-á, pela via extrajudicial, mesmo tendo-se como alicerce real, direito fundamental a moradia.

Deste estado de coisas parte a motivação para o presente artigo, uma vez que em sede de celebrações realizadas sob o princípio da socialidade, acredita-se não ser cediço alcançar uma segurança ou certeza jurídicas concretizadoras do aludido princípio em sede extrajudicial.

2 CERTEZA JURÍDICA E SEGURANÇA JURÍDICA – UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

165

De antemão, necessário se faz uma breve distinção entre os institutos da Segurança e Certeza jurídicas, com o intuito de definir as suas respectivas esferas de incidência e atuação, uma vez que estas se localizam em diferentes planos da norma jurídica.

Urge ressaltar, também, o relacionamento dos aludidos focos com a justiça, o que será tratado no tópico a seguir, devido a atividade cotidiana e o choque rotineiro dos institutos durante as relações e as lides processuais.

No concernente, a segurança jurídica esta é concebida como apenas um sistema de legalidade fornecedor de certeza do Direito vigente aos jurisdicionados. Seguindo este entendimento, Heinrich Henkel visualiza a segurança jurídica como valor e tendo como núcleo uma *certeza ordenadora*.² Nesse sentido, o jusfilósofo em apreço define-a como *a exigência feita ao Direito positivo para que promova, dentro de seu campo e com seus meios, certeza ordenadora*.

Entretanto, em contrapartida a entendimento de que a certeza ordenadora não expressa a real significação do *valor da segurança*, tem-se as ideias de Elías Díaz que compreende dentro do plano da segurança jurídica, sistemas de legalidade e legitimidade, e

² HENKEL, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1968, p.544 *apud* NADER, Paulo. *op. cit.*



que através do direito objetivado garante direitos imprescindíveis *no nível social alcançado pelo homem e considerado por ele como conquista histórica irreversível: a segurança não é só um fato, é também, sobretudo, um valor.*³

Nessa ordem de ideias, ainda quanto a concepção de segurança jurídica como valor, César Garcia Novoa a define *como la pretensión de todo sujeto de saber a qué atenerse em sus relaciones con los demás. Cuando a la seguridad la objetivamos de “jurídica”, estamos pensando em la idoneidad Del Derecho para lograr esse saber a qué atenerse.*⁴

Outrossim, existem autores localizados entre as duas linhas apresentadas como Paulo Nader que argumenta *se a identificação da segurança jurídica como a simples legalidade e certeza jurídica se manifesta insuficiente, a segunda posição nos parece portadora de uma exigência excessiva, pois pretende que a segurança absorva o valor justiça.*⁵

Nesse diapasão, Nader admite dois níveis de segurança jurídica, um denominado elementar outro entendido como segurança plena, a primeira é insuficiente, se satisfaz com o sistema de legalidade e a certeza jurídica, já a segunda requer outros predicados, *como o respeito a certos princípios fundamentais*, como princípios relativos a Organização do Estado e Princípios do Direito Estabelecido.⁶

Já quanto a Certeza Jurídica, esta é entendida por Lourival Vilanova nos seguintes termos: *A certeza jurídica advém de normas, que possibilitam a previsão, dentro de um marco de probabilidade, da conduta dos indivíduos e da conduta dos agentes do poder.*⁷

Segundo Paulo Nader, a certeza jurídica está localizada no estado de conhecimento da *ordem jurídica pelas pessoas*. Por fim, o autor em apreço apresenta a distinção entre os institutos nos seguintes termos:

Os conceitos de segurança jurídica e de certeza jurídica não se confundem. Enquanto o primeiro é de caráter e se manifesta concretamente através de um Direito definido que reúne algumas qualidades, a certeza jurídica expressa o estado de conhecimento da ordem jurídica pelas pessoas. Pode-se dizer, de outro lado, que a segurança possui um duplo aspecto: objetivo e subjetivo. O primeiro corresponde às qualidades necessárias à ordem jurídica e já definidas, enquanto o subjetivo consiste na ausência de dúvida ou de temor no espírito dos indivíduos quanto à proteção jurídica.

³ DÍAZ, Elias, Sociologia y Filosofía del Derecho. Madrid: Taurus, 1977. p. 47. *apud* NADER, Paulo. *op. cit.*

⁴ Definição de A. A. Alterini, *La inseguridad jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 1993, p.15. Apresentado por NOVOA, Cesar Garcia in *El función de seguridad jurídica em matéria tributária*. Madrid: Marcial Rons, 2000.

⁵ NADER, Paulo. *op. cit.*

⁶ *op. cit.*

⁷ VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, v. 2.



Enfim, diante destas breves e necessárias considerações, convém sinalizar o entendimento de que a certeza jurídica opera no plano intra-norma, ou seja, quanto a existência e riqueza de dispositivos claros do Direito. Enquanto a segurança encontra incidência no plano de interpretação e aplicabilidade da norma jurídica

3 FLEXIBILIZAÇÃO DA NORMA, SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA – UM ENTRAPE NO MODELO ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

A orientação oitocentista que norteou a codificação de 1916 foi elaborada num momento de predomínio exacerbado do individualismo, sendo que em sua aplicação pecava pelo excessivo rigorismo formal, de maneira que tudo deveria se resolver através dos preceitos normativos expressos, sendo raras as referências a aplicação de princípios éticos e sociais.

Em contrapartida a esse entendimento é que o Código Civil de 2002 apresenta-se permeado de novos valores estranhos ao antigo ordenamento, trazendo como proposta um modelo aberto permeado de cláusulas gerais sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de se realizar uma melhor adequação do direito a realidade social devido a mobilidade de sua interpretação.

Depreende-se que um Código não pode comportar em seu bojo soluções para as diversas situações e inovações desenvolvidas no convívio social. Nesse sentido, a necessidade de flexibilização do ordenamento pátrio é justificada por Ricardo Fiuza⁸:

O animus desse novo Código reside justamente no combate a essa insatabilidade. Não que se esteja a defender a chamada ‘escola de direito livre’, encabeçada por Kantorowicz, nem mesmo o movimento muito em moda na atualidade do chamado ‘direito alternativo’. Mas a flexibilidade na interpretação das normas permitirá que o direito se modernize, sem que haja necessidade de estar, a cada instante, alterando os textos legais.

Comungando deste entendimento, ressalta Humberto Theodoro Júnior que o uso de cláusulas gerais valoriza e amplia o trabalho do juiz, tornando-o um parceiro do legislador. *Reconhece-lhe o poder não só de suprir lacunas da lei, como o de resolver sempre*

⁸ FIÚZA, Ricardo, *O novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, prefácio.



*que por esta autorizado, os problemas concretos da vida, de conformidade com valores éticos.*⁹

Como se observa, pelos apontamentos doutrinários, que além da flexibilidade das normas, o Código também, confere ao juiz maior poder e discricionariedade para encontrar a solução mais justa e equitativa para os litígios submetidos a sua apreciação.

Por outro lado, tal liberdade conferida ao julgador sofreu contestações desde a época em que o anteprojeto foi elaborado. Nesse sentido, a título de exemplo, a crítica de José Paulo Cavalcanti¹⁰, o qual aduzia que *a orientação adotada pelo Anteprojeto importa, portanto, o sacrifício do valor certeza, pela possibilidade de arbítrio judicial na aplicação das normas flexíveis.*

Quanto a preocupação de José Paulo Cavalcanti e de tantos outros que compartilhavam de seu entendimento, manifestou-se Ricardo Fiúza¹¹ entendendo como *muito mais grave que o risco do arbítrio judicial é a certeza de que a norma logo estará defasada, que logo precisará de reforma.*

Como se observou, o novo modelo gera um certo incômodo e insegurança sobre os limites e contornos dos fatos que neles se enquadrem, ficando ao arbítrio do juiz uma discricionariedade que suscita um certo temor, em virtude da possibilidade de surpresas e imprevisões, devido ao grau de subjetivismo entregue ao julgador levando à insegurança jurídica.

Desta feita, no que concerne a esse conflito envolvendo a flexibilidade da norma em contrapartida a insegurança jurídica, pondera Arnaldo Wald:

Se o Direito tem a dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência.

Não devem prevalecer nem o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade, nem o radicalismo destruidor, que não assegura a continuidade das instituições. O momento é de reflexão e construção para o jurista que, abandonando o absolutismo passado, deve realizar as soluções, tendo em conta tanto os valores éticos quanto as realidades econômicas e sociais. Entre princípios antagônicos, em um mundo dominado pela teoria da relatividade, cabe adotar, também no campo do Direito, o que alguns juristas passaram a chamar os princípios

⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto, *Comentários ao novo código civil*, volume III, Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. XIII.

¹⁰ FIUZA, Ricardo. Op. cit.

¹¹ Idem, *ibidem*.



de geometria variável, ou seja, o equilíbrio entre a justiça e a segurança, com a prevalência da ética mas sem desconhecer a economia e seus imperativos.¹²

Segundo entendimento doutrinário essa flexibilidade e, ao mesmo tempo, segurança necessárias para um sistema eternamente em construção só se alcança por meio de cláusulas gerais, que vão além da casuística inerente ao Código anterior. Nas palavras de Judith Martins-Costa constituem *as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis* que os conduzem aos princípios e regras constitucionais e dão acesso e aos princípios e valores sociais, políticos, econômicos, integrando-os ao ordenamento positivo.

Nesse sentido, verifica-se que a mobilidade do sistema, como apontado por Miguel Reale, traz *soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com freqüentes apelos a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações.*

Como se vê, a flexibilidade do sistema conferiu uma amplitude ao interprete que problematiza até mesmo a leitura dos dispositivos legais e a sua aplicabilidade as mais comezinhas e cotidianas relações jurídicas devido a abertura do sistema. Assim, ao lançar-se a problemática aduzida ao cenário do sistema financeiro imobiliário, esta é visualmente agravada devido a estruturação e vicissitudes do contrato envolvendo direito fundamental a moradia, uma vez que inúmeros fatores sociais e econômicos deverão ser observados para fins de concretização da função social de aludidos contratos.

Destarte, a análise do comportamento do ordenamento jurídico no modelo hodiernamente adotado, bem como a incidência de seus dispositivos, no concernente a segurança, aos contratos realizados é o que se passa a observar.

Constatável, também, nas últimas décadas o fenômeno da judicialização dos princípios jurídicos na busca de uma concretização de tais bases valorativas. A movimentação em apreço se dá à luz da sistemática aberta empregada pela codificação civil e em razão de importações de institutos jurídicos do direito alienígena.

A mobilidade empregada pelo Código Civil, tem por escopo, proporcionar uma maior aplicação e interpretação das cláusulas gerais, que oferecem permeabilidade ao sistema e oportunizam ao magistrado a autonomia para colmatar seu conteúdo. Tal amplitude e discricionariedade é conferida pelo ordenamento civil, por tratar-se de um documento *aberto*

¹² MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-fé no Novo Código Civil Brasileiro*. NOTADEZ revista jurídica n.294, abr. 2002, p. 34.



marcado pela adoção de conceitos legais indeterminados (*unbestimmte Gesetzbegriffe*), de conceitos indeterminados pela função (*funktionsbestimmte Rechtsbegriffe*) e pelas já mencionadas cláusulas gerais.

Nesse sentido, notório que existe manifesta interatividade entre cláusulas gerais¹³, princípios gerais de direito¹⁴, conceitos legais indeterminados¹⁵ e conceitos determinados pela função¹⁶.

De qualquer sorte o direito material construído encontra leitura e adjetivação pela tutela jurisdicional e suas ferramentas. Tal logística que mesmo fluída encontra concretude pela aludida via, proporciona a oxigenação do sistema e a ventilação dos anseios sociais, determinados no tempo e no espaço.

A atenção social é registrada em vários dispositivos do Código Civil, tais como: destinação econômico-social¹⁷, fim social¹⁸, função social¹⁹, interesse social²⁰ e comportamento antissocial²¹.

¹³ Cláusulas Gerais “são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir.” Franz Wieacker “*Privatrechtsgeschichte*” in NERY JÚNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais in O Novo Código Civil – estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003, p. 408.

¹⁴ Princípios Gerais de Direito “são regras que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. Os princípios gerais de direito não se encontram positivados no sistema normativo. São regras estáticas que carecem de concreção. Têm como função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas (LICC, 4º; CPC 126)” Eros Roberto Grau “*Poder discricionário*” in NERY JÚNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais in O Novo Código Civil – estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*, São Paulo: LTR, 2003, p. 406.

¹⁵ Conceitos legais indeterminados “são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre se relacionam com uma hipótese de fato posta em causa. Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto.” NERY JÚNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais in O Novo Código Civil – estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*, São Paulo: LTR, 2003, p. 407.

¹⁶ “Os conceitos legais indeterminados se transmudam em conceitos determinados pela função que têm de exercer no caso concreto. Servem para propiciar e garantir a aplicação correta, equitativa do preceito ao caso concreto. [...] São, na verdade, o resultado da valoração dos conceitos legais indeterminados, pela aplicação e utilização, pelo juiz, das cláusulas gerais.” Karl Larenz “*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*” in NERY JÚNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais in O Novo Código Civil – estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*, São Paulo: LTR, 2003, p. 408.

¹⁷ Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

¹⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²⁰ Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa

Art. 1.228. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.



É justamente no contexto da socialidade e eticidade é que se encontra a função social dos contratos que visam a moradia, a qual encontra subjetividade e amplitude de ordem principiológica/teórica, até então balizadas pela tutela jurisdicional judicial, a qual, em razão de entendimento sedimentado pela Corte Constitucional e pela Legislação Federal serão relativizadas, ou até extintas, em razão da remessa para via extrajudicial.

4 FIXAÇÃO DE TESE. TEMA 982. CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DA LEI N.9514/1997. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DA CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

A corte constitucional brasileira foi provocada via Recurso Extraordinário, a qual foi reconhecida repercussão geral, justamente em razão dos impactos a um número indeterminado de pessoas em todo território nacional, uma vez que versa sobre o sistema financeiro imobiliário – SFI.

Aludida entrega de tutela jurisdicional se deu pela Relatoria do Ministro Luiz Fux, o qual, em plenário foi acompanhado dos Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Nunes Marques e Gilmar Mendes.²²

Pelo voto do relator se verifica o cenário que permeou o sistema financeiro habitacional brasileiro, inclusive, antes da edição da Lei 9.514/1997. Apontou-se como início o ano de 1964, em especial pela Lei 4.380, a qual, criou o Sistema financeiro da Habitação – SFH, tendo-se como objetivo facilitar o acesso a financiamentos imobiliários e reduzir o déficit habitacional no país.

Cerca de dois anos depois, via edição do Decreto-lei n.70/1966 foi instituída a cédula hipotecária como instrumento hábil para representação de créditos hipotecários. Destaque-se que entre as suas possibilidades de emissão previa as operações compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação -SFH.

Entretanto, o desempenho do SFH dependeria fundamentalmente de dois fatores básicos, quais sejam, a capacidade de arrecadação do FGTS e do SBPE e o nível de

²¹ Art. 1337. Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia.

²² Divergiram o ministro Edson Fachin e a ministra Cármen Lúcia. Para Fachin, o procedimento de execução extrajudicial, além de afrontar os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, não é compatível com a proteção do direito à moradia.



adimplência. Essa dependência significa que como qualquer outro sistema de financiamento de longo prazo, o SFH é essencialmente vulnerável às flutuações macroeconômicas que impactem tais variáveis (poupança e capacidade de pagamento).

As crises econômicas mundiais tiveram repercussão em ambas as variáveis, combatendo o Sistema e levando o governo a arquitetar outras formas de acesso à moradia.²³

Diante de tais expedientes e considerando a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve a necessidade de um novo arranjo jurídico para o sistema, o qual se deu pela Lei 9.514/1977 que passou a dispor sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, instituindo a alienação fiduciária de coisa imóvel como marca de um novo modelo regulatório.

Aludido sistema tornou-se atraente e dinâmico em razão da celeridade e efetividade na recuperação do crédito objeto de financiamento imobiliário.

Segundo registros do voto do Ministro Luiz Fux.

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.

172

Validando aludida premissa registra Eduardo Chulam.

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).²⁴

Aqui o debate na corte encontra seu ápice uma vez que as razões de recurso se sustentavam na suposta violação ao artigo 5º, XXXV, LIII e LV, da Constituição Federal, justamente pela execução extrajudicial do Sistema Financeiro Imobiliário, introduzida pela Lei 9.514/1997, violariam 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.

²³ 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: 05 nov. 2023.

²⁴ CHULAM, Eduardo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 60.



Em razão de tais expedientes o Relator Ministro Luiz Fux em sede de admissibilidade recursal registrou: “Destarte, a vexata quaestio apresenta densidade constitucional e transcende os interesses subjetivos das partes, sendo relevante do ponto de vista econômico, jurídico e social para milhões de mutuários do Sistema Financeiro da Imobiliário.²⁵

Ou seja, a demanda em comento representa a realidade de inúmeros brasileiros que adquiriram imóveis para fins de moradia e por questões econômico-financeiras experimentaram cenários de inadimplência e que buscavam no judiciário tutela, muitas vezes não só na inafastabilidade da jurisdição, mas na concretização do princípio da socialidade aplicado aos contratos e a função social.

Não obstante, o Ministro Relator aponta que a extrajudicialidade prevista pela norma confere a devida segurança jurídica.

A par de tal quadro, ressoa clara a importância da análise da constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial previsto na Lei nº 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.²⁶

173

Ato contínuo, aponta, também, que a tutela administrativa se trata de tendência do direito moderno.

Conclui-se, nessa linha, que o procedimento executivo previsto na Lei nº 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.²⁷

Empregando, novamente, as lições de Eduardo Chulam registra-se que o movimento em apreço encontra registros no direito comparado.

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-

²⁵ Recurso Extraordinário – Admissibilidade – Brasília, 28 de novembro de 2017.

²⁶ Recurso Extraordinário 860.631 São Paulo, Voto do Ministro Relator p. 08 disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE860631Voto2.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2023.

²⁷ Recurso Extraordinário 860.631 São Paulo, Voto do Ministro Relator p. 20 disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE860631Voto2.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2023



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.²⁸

Nesse particular, oportuno se observar que não se trata, tão somente de tendência do direito moderno sob o âmbito do judiciário, mas que encontra eco em manifestações recentes do legislador, o qual, manifestamente, atribui ao ambiente extrajudicial expedientes, até então de exclusividade do judiciário. Nesse sentido, alguns dias após a decisão observada foi publicada a lei 14.711 de 30 de outubro de 2023.

Dispõe sobre o aprimoramento das regras de garantia, a execução extrajudicial de créditos garantidos por hipoteca, a execução extrajudicial de garantia imobiliária em concurso de credores, o procedimento de busca e apreensão extrajudicial de bens móveis em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária, o resgate antecipado de Letra Financeira, a alíquota de imposto de renda sobre rendimentos no caso de fundos de investimento em participações qualificadas que envolvam titulares de cotas com residência ou domicílio no exterior e o procedimento de emissão de debêntures; altera as Leis n.ºs 9.514, de 20 de novembro de 1997, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.476, de 28 de agosto de 2017, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 9.492, de 10 de setembro de 1997, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 12.249, de 11 de junho de 2010, 14.113, de 25 de dezembro de 2020, 11.312, de 27 de junho de 2006, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e 14.382, de 27 de junho de 2022, e o Decreto-Lei n.º 911, de 1.º de outubro de 1969; e revoga dispositivos dos Decretos-Lei n.ºs 70, de 21 de novembro de 1966, e 73, de 21 de novembro de 1966.²⁹

174

Seja pela interpretação da Corte Constitucional seja pela movimentação do legislador verifica-se uma simplificação e desjudicialização para fins de execução de garantias do credor. Não obstante, surge a preocupação com o balizamento de valores e concretização de princípios. Sob tal perspectiva registrou o Ministro Luiz Fux.

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 n.º 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.

²⁸ CHULAM, Eduardo. Alienação fiduciária de bens imóveis. São Paulo: Almedina, 2019, p. 17 *in* RExt 860.631.

²⁹ PLANALTO, Lei 14.711, de 30 de outubro de 2023.



Enfim, verifica-se uma mudança de cenário. Considerando-se válido o procedimento extrajudicial em sede de posse, e não mérito relacionado a propriedade, poder-se-ia provocar a tutela jurisdicional. Nesse sentido, a lei processual, por sua vez, reserva seus regramentos, já que seria o procedimento especial da reintegração de posse suficiente, sob o aspecto cognitivo, para fins de concretização de contornos do princípio da socialidade? Seria o caso da via ordinária para tanto? Questionamentos estes que não comportam supressão de instância e sequer seriam respondidos em sede Embargos junto a Corte Constitucional, certamente as respostas serão proporcionadas pelos juízos de primeiro grau, revisados pelos Tribunais de Justiça e eventualmente uniformizados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça ou, se for o caso, retornar a Corte Constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante destas breves considerações é possível constatar que a sociedade moderna se encontra totalmente integralizada, principalmente em razão de critérios econômicos, jurídicos e sociais.

Tal cenário provoca uma mudança nas bases fundamentais e nos paradigmas do sistema jurídico posto. Sendo que, este remodelamento atinge principalmente o instrumento mais cotidiano das relações jurídicas privadas, a saber: o contrato.

Este perdeu o seu molde clássico e tradicional norteado pelo liberalismo-individualista sedimentado na autonomia da vontade, em detrimento de um contrato mais publicizado, sujeito a intervenção estatal e atento aos conclames sociais, ou seja mais socializado, principalmente em cenário que o instrumento em apreço é empregado para fins de aquisição de propriedade, em especial, moradia.

É notória a vagueza e imprecisão de alguns princípios e valores entalhados no corpo constitucional. Sem dúvida, cabe ao legislador infraconstitucional alinhar os contornos destes mandamentos, entretanto deve o fazer sem se olvidar as lições da doutrina pátria, os entendimentos dos Tribunais e até as orientações do direito alienígena.

Nessa toada verifica-se a construção legislativa da codificação civil, marcada pela adoção de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e determinados pela função, os quais encontravam sua concretude pela via da tutela jurisdicional.



Não obstante, nas últimas décadas houve movimentação legislativa para fins de tratamento extrajudicial de expedientes, até então de exclusividade do Poder Judiciário, foi o caso, da então discutida Lei 9514/1997, que recentemente, encontrou sua constitucionalidade declarada pela Corte Constitucional via Recurso Extraordinário n. 860.631.

Em sede de aludido julgamento foram ventilados os inúmeros aspectos sociais, econômicos e jurídicos, em especial na busca de uma efetiva segurança jurídica.

A corte constitucional validou o procedimento extrajudicial apontado pela Lei e sinalizou que eventualmente em caso de máculas ou impropriedades a tutela jurisdicional poderia ser acionada.

De qualquer sorte, registrou-se também que eventuais debates acerca de base principiológica presente no contrato, mais especificamente, em contratos que envolvam moradia, sofrerão cognição em cenários distintos, ilustrando, inclusive, o Ministro Relator, o caso de Ação de Reintegração de Posse.

Em sede de arremate percebe-se, desde já, a dificuldade de cognição de determinados expedientes do direito material, mais notadamente em sua base principiológica, em ambiências consideradas especiais pelo diploma processual civil, justamente o caso das denominadas ações de reintegração, as quais revelam particularidades na adjetivação do direito material levado a cognição, o qual, pode encontrar manifesta, limitação.

176

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 14.711 de 30 de outubro de 2023**. Dispõe sobre o aprimoramento das regras de garantia, a execução extrajudicial de créditos garantidos por hipoteca, a execução extrajudicial de garantia imobiliária em concurso de credores, o procedimento de busca e apreensão extrajudicial de bens móveis em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária, o resgate antecipado de Letra Financeira, a alíquota de imposto de renda sobre rendimentos no caso de fundos de investimento em participações qualificados que envolvam titulares de cotas com residência ou domicílio no exterior e o procedimento de emissão de debêntures; altera as Leis nºs 9.514, de 20 de novembro de 1997, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.476, de 28 de agosto de 2017, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 9.492, de 10 de setembro de 1997, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 12.249, de 11 de junho de 2010, 14.113, de 25 de dezembro de 2020, 11.312, de 27 de junho de 2006, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e 14.382, de 27 de junho de 2022, e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969; e revoga dispositivos dos Decretos-Lei nºs 70, de 21 de novembro de 1966, e 73, de 21 de novembro de 1966.



BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 860.631 São Paulo. A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte: “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”.

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

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: 05 nov. 2023.

FIÚZA, Ricardo. **O novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, prefácio.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa brasileira. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução Crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-fé no Novo Código Civil Brasileiro*. **NOTADEZ revista jurídica**, n. 294, abr. 2002.

177

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2014.

NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional. Curitiba: Juruá, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coords.). **O Novo Código Civil – homenagem ao prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTR, 2003

NOVOA, Cesar Garcia. **El función de seguridad jurídica em matéria tributária**. Madrid: Marcial Rons, 2000.

PLANALTO. Lei Federal n.14.711 de 30 de outubro de 2023.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**: temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil, volume III, Tomo II**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. XIII.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, v. 2.

WALD, Arnaldo. **Revista Consultor Jurídico**, 21 de maio de 2006.

