

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS Uni-ANHANGUERA
CURSO DE DIREITO**

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL FRENTE O ART. 53 DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

ROGÉRIO GOMES CABRAL

GOIÂNIA
Abril/2019

ROGÉRIO GOMES CABRAL

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL FRENTE O ART. 53 DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA, sob orientação da Professora Ms. Cinthya Amaral Santos como requisito parcial para obtenção do título de bacharelado em Direito.

GOIÂNIA
Abril/2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

ROGÉRIO GOMES CABRAL

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL FRENTE O ART. 53 DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Goiás - Uni-Anhanguera, defendido e aprovado em _____ de _____ de _____ pela banca examinadora constituída por:

Prof. Ms. Cinthya Amaral Santos
Orientadora

Professor (a)
Membro

Professor (a)
Membro

Dedico este trabalho à minha esposa Ana Paula, aos meus filhos Felipe e Gabriel, à minha mãe Marlene, à minha irmã e advogada Pollyanna, aos meus docentes que me ajudaram ao longo da minha caminhada, a minha orientadora Prof. Ms. Cinthya Amaral Santos, como também, aos meus amigos que estiveram presente nos momentos de alegria e angústia acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primordialmente a Deus, o amado da minh'alma, à minha família que pacientemente esteve ao meu lado independente do momento, aos meus docentes por todo conhecimento jurídico emanado e dúvidas dirimidas, a minha orientadora pela paciência e por toda instrução metodológica e aos meus colegas, aqueles acreditaram no êxito deste trabalho.

A verdadeira motivação vem de realização,
desenvolvimento pessoal, satisfação no
trabalho e reconhecimento.

Frederick Herzberg

RESUMO

Esse estudo versará sobre a incidência do código de defesa e proteção do consumidor aos contratos de financiamento por alienação fiduciária em garantia de bem imóvel. Para tanto, parte-se da averiguação dos pontos essenciais da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, por meio do breve histórico do aparecimento deste admirável instituto, para, adiante, analisar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente o seu artigo 53, aos contratos de financiamento imobiliário. Como referencial teórico desse assunto, adota-se o método de abordagem dedutivo, utilizando artigos da Lei de 9.514/97, doutrinas diversas, Código de Defesa do Consumidor. A metodologia de pesquisa adotada é a colheita de arrolamento bibliográfico do assunto por meio de doutrinas, legislação, jurisprudências, entre outros, essenciais à pesquisa jurídica. Por fim, conclui-se pela aplicabilidade ou não do art. 53 do CDC ao procedimento de execução contratual adotado na legislação vigente (Lei n. 9.514/97).

PALAVRAS-CHAVE: Execução extrajudicial. Direito comparado. Leilão. Fidúcia.

ABSTRACT

This study will focus on the incidence of the consumer protection and protection code for fiduciary real estate financing agreements. To do so, it is based on the investigation of the essential points of fiduciary alienation in guarantee of immovable property, by means of the brief history of the appearance of this admirable institute, in order to analyze the applicability of the Code of Defense of Consumption, more specifically its article 53, to real estate financing agreements. As a theoretical reference of this subject, the method of deductive approach is adopted, using articles of Law 9,514 / 97, different doctrines, Code of Consumer Protection. The research methodology adopted is the collection of a bibliographic listing of the subject through doctrines, legislation, jurisprudence, among others, essential to legal research. Finally, it is concluded by the applicability or not of art. 53 of the CDC to the contractual enforcement procedure adopted in current legislation (Law 9,514 / 97).

KEYWORDS: Extrajudicial execution. Comparative law. Auction. Fidúcia.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. BREVE HISTÓRICO E CONCEITO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	10
2.1. Fidúcia	10
2.2. Negócio Fiduciário	12
2.3. Alienação Fiduciária	13
3. REALIZAÇÃO DA GARANTIA EM NOME DO FIDUCIÁRIO	17
3.1. Consolidação da Propriedade e Seu Procedimento	17
3.2. Constitucionalidade da Consolidação Extrajudicial da Propriedade	20
4. A APLICABILIDADE OU NÃO DO ART. 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CDC	23
4.1. A prevalência de norma especial nova sobre normas gerais	25
4.2. Artigo 53 do CDC versus Lei 9.514/97	26
5. CONCLUSÃO	31
6. REFERÊNCIAS	32

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre a aplicabilidade do Código de Defesa de Consumidor, mais especificamente o Art. 53, aos contratos de compra e venda de bem imóvel em garantia via alienação fiduciária, instituto do sistema financeiro imobiliário, estabelecida e regulada pela Lei nº 9.514/97, ante a possibilidade da perda integral dos valores pagos pelo fiduciante em caso de mora.

Isto posto, torna-se de suma importância o estudo sistemático do supramencionado assunto para esclarecer algumas controvérsias e trazer reflexões doutrinárias sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em uma situação de resolução contratual, cujo procedimento é regulado por lei específica, a saber, Lei nº 9.514/97 em seu Art. 27.

O trabalho irá dispor em seu primeiro capítulo sobre um breve histórico e conceito da alienação fiduciária. Será analisado, com base nos diplomas legais pertinentes a execução do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel em favor do credor fiduciário, bem como o seu possível favorecimento diante de um mecanismo que trouxe uma expressiva garantia, em procedimento extrajudicial, à satisfação do débito.

Será abordado a prevalência da aplicabilidade ou não do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor frente à Lei Especial, bem como, as situações cujos desfechos podem ser caracterizados, conforme preceituado no Código Civil, como enriquecimento ilícito, tanto por parte do fiduciante como fiduciário.

O trabalho tem por objetivo principalmente analisar se o devedor não tiver nada a receber ao final do procedimento de resolução contratual, a saber, segundo leilão extrajudicial, neste episódio, poderia afirmar violação ao disposto no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.

2. BREVE HISTÓRICO E CONCEITO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

2.1. Fidúcia

Com o entendimento de venda transitória ou provisória, apesar de serem precárias as fontes indicadoras, nasce assim, no Direito Romano, a ideia de fidúcia e consequentemente o seu estudo e o seu desdobrar. Essa é a mais remota referência sobre o assunto e era definida conforme dispõe CHALHUB (2017) como convenção pela qual uma das partes (o fiduciário), tendo recebido de outra (o fiduciante) a propriedade sobre uma coisa, obrigava-se a restituí-la uma vez alcançado determinado fim, estipulado em pacto adjeto (*pactum fiduciae*).

Ainda segundo CHALHUB (2017) a fidúcia romana era uma espécie de acordo, entre duas partes obviamente, por meio de um ato solene, onde se havia a transferência de propriedade, porém com a restituição da coisa já previamente convencionada, o *pactum fiduciae*. O Pactum Fiduciae, acordo de vontades cuja eficácia era meramente obrigacional, exigia a necessidade de restituição da coisa pelo fiduciário ao fiduciante, logo depois de satisfeito o intuito do acordo, o que acontecia com a reversão do domínio da coisa, tendo como exigência, algo hoje inimaginável, uma confiança extrema na boa fé do fiduciário na pessoa do fiduciante, vez onde que, não se dispunha de ação que obrigasse o fiduciário a devolver a coisa.

Já para José Carlos Moreira Alves (1992) a fidúcia romana era o contrato pelo qual alguém (o fiduciário) recebia de outrem (o fiduciante) a propriedade sobre uma coisa infungível, mediante a *mancipatio* ou a *in iure cessio*, obrigando-se de acordo como estabelecido num *pactum* oposto ao ato de entrega, a restituí-la ao fiduciante, ou a dar-lhe determinada destinação.

Outra escola a abordar a fidúcia foi a Germânica, onde se diferia da romana em alguns aspectos, sendo o elementar o fato de que enquanto no direito romano prevalecia apenas uma relação de obrigação pessoal de devolução da coisa sujeita à extinção da dívida, no direito germânico a coisa era revertida com a condição necessária de resolução de pagamento da dívida. Ensina-nos sobre esse paralelo CHALHUB (2017):

Com efeito, na fidúcia romana, o fiduciário recebia um ilimitado poder jurídico sobre a coisa, sendo certo que, se dispusesse da coisa arbitrariamente, sem observância do *pactum fiduciae*, não se dava ao fiduciante senão o direito de haver a reparação das perdas e danos. Já no direito germânico o poder jurídico do fiduciário é limitado pelo caráter resolutório da propriedade que recebe, que tem eficácia erga omnes, de modo que eventual alienação arbitrária, por parte do fiduciário, era considerada ineficaz, daí por que o fiduciante retomava a propriedade da coisa por efeito da condição resolutiva.

Já no Direito Inglês há que se falar na figura do Mortgage, inspirado na forma da fidúcia romana, que apesar de suas semelhanças se diferiam pelo fato de que no Mortgage a transferência da propriedade era de caráter resolutivo e na fidúcia era plena e ilimitada. Logo em seguida, ainda no Direito inglês, configura-se o instituto do Trust que foi muito bem definido nas palavras de Menin Namem Chalhub (2017):

Com efeito, configura-se o trust pela entrega de certos bens a uma pessoa, para que deles faça uso conforme determinado encargo que lhe tenha sido cometido, repousando esse conceito na confiança depositada naquele que recebe os bens. Aquele que entrega os bens e, por consequência, institui o trust, é denominado settlor (instituidor); o settlor transmite, efetivamente, a propriedade sobre os bens; aquele que recebe os bens, e assume a obrigação de administrá-los, denomina-se trustee (aquele em quem se confia); aquele em favor de quem o trust é instituído denomina-se cestui que trust (aquele que confia).

Outro a abordar o instituto do Trust foi José Carlos Moreira Alves (1973) consignando que a finalidade do instituto é possibilitar ao devedor a venda das mercadorias que lhe foram entregues em confiança, para conseguir recursos para o pagamento do débito. Esse panorama histórico serviu de plano de fundo para definição contemporânea de fidúcia, onde se encerra o conceito com as definições dos autores que segue.

Renan Miguel Saad define Fidúcia (2001) como uma convenção, pela qual aquele que recebeu uma coisa ou um direito, pela *mancipatio* ou pela *iure cessio*, se obriga à restituição, quando satisfeito o fim ou preenchida a destinação. Melhim Namem Chalhub (2017), o mais respeitado autor no que tange a negócios fiduciários na atualidade, em sua brilhante obra *Alienação Fiduciária, Negócio Fiduciário*, conceitua fidúcia como algo que encerra a ideia de um acordo pelo qual uma das partes, sempre o fiduciário, recebendo da outra, no caso o fiduciante, a propriedade de um bem, ostenta a obrigação de dar-lhe determinada destinação e, em regra, de restituí-lo uma vez alcançado o objetivo expresso na convenção.

Conceituada a Fidúcia, natural que haja o seu desenvolvimento e consequente evolução, surge então a necessidade de se falar sobre o negócio fiduciário e consequentemente, em um de seus desdobramentos, a alienação fiduciária de bem imóvel como garantia, assuntos abordados a seguir.

2.2 Negócio Fiduciário

O negócio fiduciário, em sua natureza, traz uma característica peculiar que é a necessidade de que haja uma disposição maior em confiar, por parte do fiduciante no fiduciário, que o que foi avençado entre as partes, será o cumprido em sua literalidade, visto que se trata da transmissão da propriedade de um determinado bem, e finalizado o acordo e as condições estabelecidas, a reversão da propriedade.

Sob essa ótica, importante elucidar o que pensa Jose Melo de Junqueira (1998) citado DANTZGUER (2007), que com muita clareza diz que no negócio fiduciário o fator confiança tem que prevalecer e a vida de dois elementos essenciais, um de natureza real e outro de natureza obrigacional. O de natureza real compreende a transmissão da propriedade e o segundo a obrigação da devolução do bem ao transmitente, após esgotado o alvo do contrato.

Nesse mesmo entendimento Afranio Carlos Camargo Dantzger (2007) citando o entendimento de Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe (2000) diz que o fator confiança que há no negócio fiduciário, não pode ser confundido com a boa-fé comum nos negócios, apontando às origens da fidúcia e lhe abona o nome, e permanece sempre presente nos negócios fiduciários nos dias de hoje, qual seja, quem transfere confia na lealdade e honestidade da outra parte, em se beneficiar da propriedade ou direito solenemente transferido apenas para a destinação internamente convencionada, satisfazendo a seguir a obrigação de transmitir. Já Marcelo Terra (1998) nos ensina que a confiança depositada pelo transmitente em garantia na pessoa do adquirente é que caracteriza o negócio fiduciário, justo pela existência do risco decorrente dessa confiança, mesmo que pelo fato de as partes, em face de um fim prático, optarem por um negócio jurídico (alienação), cujos efeitos excedem aos fins por elas pretendidos (garantia).

Não poderia deixar de trazer o entendimento de Melhim Namem Chalhub (2017) que é quem melhor define o negócio fiduciário encerrando o seu conceito dizendo que nada mais é que um negócio jurídico inominado onde uma pessoa transmite a titularidade ou a propriedade de uma coisa à outra, no caso, o fiduciário, que fica obrigado a dar determinada destinação ao bem, e após cumprido esse propósito retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou ao beneficiário preconizado no pacto fiduciário.

O fator confiança, no entanto, que no direito romano, era o único escopo pelo qual o fiduciante analisaria o risco do negócio, como fonte de tomada de decisão, ressaltando a fragilidade da busca do bem por meios judiciais, já não condiz com a evolução histórica do mundo dos negócios, ainda mais quando se trata de bens de alto valor agregado, como no caso de bens imóveis.

Não era impensável e nem incomum o fiduciário abusar de sua condição jurídica e, mesmo não tido previamente acordado no *pactum fiduciae*, ele vir a alienar a coisa, deixando o fiduciante, no caso de a venda ser considerada válida, a mercê apenas da busca de reparação de danos, já que não dispunha de qualquer instrumento jurídico, a saber, ação, para reivindicar o bem de volta pra si.

Dessa forma, José Carlos Moreira (1998) citado por Melhim Namem Chalhub (2017) sintetiza o entendimento de negócio fiduciário:

Assim, a compra e venda tem como causa a troca de coisa por dinheiro, e como escopo último (motivo) qualquer utilização da coisa pelo comprador como proprietário; já a compra e venda com fim de garantia (negócio jurídico indireto) é uma compra e venda (negócio jurídico típico) em que a causa é a desta (troca de coisa por dinheiro), mas em que o escopo último (motivo) não é aquele a que normalmente se visa quando se celebra uma compra e venda (qualquer utilização da coisa pelo comprador como proprietário), mas o de a coisa adquirida servir ao seu proprietário como garantia do pagamento do crédito.

Conceituado o negócio fiduciário é possível trabalhar a alienação fiduciária.

2.3 Alienação Fiduciária

A alienação fiduciária de bem imóvel nasce da necessidade de se garantir, aos investidores do mercado imobiliário, mais segurança no emprego de capital em suas operações. Tal necessidade se funda na natureza obsoleta das garantias que vigoravam até então, e são elas a Hipoteca, o Penhor e a Anticrese.

O moroso procedimento de recuperação de capital diante de uma situação de inadimplência, aliada à característica de baixa liquidez de um bem imóvel, afastava o investidor e praticamente inviabilizava a oferta de crédito para financiamentos cujos bens figurassem em garantia. Nesse diapasão, esclarece com muita propriedade Melhim Namem Chalhub (2017) que devido essa cruel realidade, que remonta a um cenário de muita insegurança, considerando que a lentidão da execução das garantias inibe a aplicação de recursos no setor imobiliário e a concessão de empréstimos e financiamentos com garantia imobiliária, a Lei 9.514/1997 tem o

objetivo claro de criar as condições mínimas necessárias para revitalização e expansão do crédito imobiliário e, partindo do pressuposto de que o aquecimento do mercado imobiliário, com permanente oferta de crédito, depende de mecanismos capazes de produzir eficácia e agilidade nos processos de recomposição das situações de inadimplência, a referida lei, portanto, regulamentou a alienação fiduciária como garantia nos negócios imobiliários.

CHALHUB (2017) comparando a propriedade fiduciária à hipoteca ressalta de forma muito esclarecedora a diferença entre os dois institutos quando diz que os dois não se confundem, fundamentalmente, porque hipoteca é ônus real que incide sobre coisa alheia, enquanto a propriedade fiduciária é direito próprio do credor, um direito real em coisa própria, com função de garantia. Assim, com o registro do contrato de alienação fiduciária, o credor torna-se titular do domínio resolúvel sobre a coisa objeto da garantia, permanecendo sob seu domínio até que a dívida seja satisfeita pelo devedor. O bem, assim, é excluído do patrimônio do devedor, só retornando a ele após o cumprimento da obrigação garantida.

Destaca-se então ainda um dos benefícios do caráter resolutivo da alienação fiduciária com bem em garantia, o socializante, visto que, tal instituto trouxe mais segurança, sem a qual mais investimentos eram impraticáveis, às operações financeiras envolvendo crédito imobiliário. Nesse sentido José Carlos Moreira Alves (2000), citado por Afrânio Carlos Camargo Dantzer (2007), em uma de suas palestras, bem disse que a alienação fiduciária é uma garantia altamente socializante pois, foi graças a ela que hoje se pode permitir que uma pessoa que não disponha de recursos financeiros fartos, mas que possa vir a ter, adquira coisas com crédito e possa utilizar-se dessas coisas pagando de forma parcelada com garantia para o credor.

Muito importante destacar a relevância disso, pois sempre prevalece o costume de considerar que o credor é o explorador e o explorado é o devedor, mas é de suma importância entender que o crédito é o conceito nuclear, fundamental, absolutamente básico de toda a vida econômica do mundo inteiro, desde que o mundo é mundo. Mais vale ter crédito na praça, diz o ditado, do que ter dinheiro no bolso. Muitas vezes ter o dinheiro no bolso não resolve. Agora, o crédito na praça resolve porque muitas vezes ultrapassa aquilo que ele tem no bolso.

Outro ponto, que não se pode deixar de abeirar-se é o da necessidade da oferta de crédito para financiar a aquisição da casa própria, visto o histórico alto índice de déficit habitacional, que até 2014, em Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 83,9% (oitenta e três vírgula nove por cento) das famílias com rendimento até 03 salários mínimos não possuem imóvel próprio.

É o que pensa J. M. Arruda Alvim em seu parecer sobre a Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor para a Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP), reafirmando que o legislador só pensou em permitir medidas judiciais céleres dada a sua extraordinária e imprescindível importância para a manutenção da política habitacional, tanto assim que é matéria de competência concorrente a promoção de programas de moradia conforme art. 23, inc. IX, da Constituição Federal (ALVIN, 2010).

Destaca-se então a importância da Lei 9.514/1997, que surge no fim do século XX, em um contexto de dificuldade do mercado em fornecer financiamento imobiliário de forma segura, flagrando que os financiamentos colocados à disposição já não possuíam a envergadura de atender as necessidades da população, principalmente quando se tratava de imóveis de valores mais altos. Nesse sentido, de amparar o setor imobiliário, Zilda Tavares (2005) opina que a Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, é também uma adaptação de mercado, organismos, papéis e garantias estrangeiros. O Sistema de Financiamento Imobiliário — SFI, apesar de um moderno instituto de garantia real, tem suas bases determinadas especialmente no trust anglo-americano, sendo o *pactum fiduciae*, a nova modalidade de garantia agora estendida a bens imóveis, vem dos romanos.

Ressaltadas as necessidades de modernidade de um mecanismo que garantisse mais segurança jurídica no mercado de financiamento imobiliário, lacuna preenchida pela Alienação Fiduciária de bem imóvel, perfaz-se, no entanto, a necessidade de a conceituar, e nesse sentido invocamos como fonte primária a própria lei 9.514/1997 que diz em seu artigo 22:

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.

Por conseguinte, vários doutrinadores trazem a sua visão sobre o conceito de Alienação Fiduciária de bem imóvel, com poucas divergências, como, por exemplo, a de a alienação fiduciária ser ou não negócio fiduciário e sim um direito real de garantia. Neste sentido Renan Miguel Saad (2001) traz seu conceito sobre alienação fiduciária, o caracterizando como um contrato de efeitos reais que visa à constituição de direito real acessório de garantia, segundo o qual se transferem ao credor (fiduciário) a propriedade resolúvel e a posse indireta de uma coisa, com a finalidade de garantir o implemento da obrigação principal pelo devedor (fiduciante) que passará a ser possuidor indireto do acenado bem.

Já Luiz Augusto Beck da Silva (1998) entende que a alienação fiduciária de bem imóvel nada mais é que uma espécie do gênero do Negócio Fiduciário, real e efetiva, que não se pode confundir com venda, com pacto de retrovenda, prevista no Código Civil. No seu

entendimento a alienação fiduciária não se assemelha a um negócio jurídico indireto ou simulado, tampouco com o penhor.

Já Mário Pazutti Mezzari (1998), em sua excelente obra define a alienação fiduciária em garantia com sendo o contrato pelo qual o devedor, ora fiduciante, como garantia de uma dívida, estabelece a transferência da propriedade fiduciária do bem ao credor, ora fiduciário, sob condição resolutive designada a termo.

José de Mello Junqueira (1998) traz um conceito um pouco mais amplo dizendo que a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel se dá pela cessão feita pelo devedor ao credor, da propriedade resolúvel e da posse indireta de um imóvel, para garantia de sua dívida, encerrando-se o direito do comprador com a quitação do débito garantido, retornado o alienante à sua situação de domínio pleno da coisa.

Outro autor a dar sua definição foi Afranio Carlos Camargo Dantzger (2007) dispendo que a alienação fiduciária de imóvel, que ainda que complexo, é um negócio jurídico por si único, onde a alienação da propriedade não se dá de forma ilimitada pela finalidade própria do negócio, que é a garantia de um crédito. Nesse sentido o legislador se apropriou do engenho da propriedade resolúvel para permitir o restabelecimento obrigatório e imediato do domínio ao fiduciante quando do implemento da condição, que outra não é senão o cumprimento da obrigação pelo pagamento da dívida.

Por fim, e não menos importante, deixo nas palavras de Melhim Namem Chalhub (2017), a definição mais e ampla e apropriada de alienação fiduciária:

A alienação fiduciária é espécie de negócio em que se utiliza a transmissão da propriedade para fins de garantia.

Tal garantia, já conhecida em nosso direito para o financiamento de bens móveis, exerce função semelhante às garantias reais imobiliárias que já integram o direito positivo, mas é dotada de mais eficácia. Como se sabe, nas garantias mais comumente utilizadas, como a hipoteca, o devedor retém o bem, mas apenas o grava para garantia de uma obrigação, enquanto na propriedade fiduciária o devedor transmite a propriedade, passando-a ao credor para que fique com este até que seja satisfeita a obrigação. Em suma, enquanto a hipoteca é um direito real em coisa alheia, a propriedade fiduciária é um direito real em coisa própria.

Em razão da constituição da propriedade fiduciária, desdobra-se a posse, atribuindo-se a posse direta ao devedor-fiduciante e a posse indireta ao credor-fiduciário.

De tais conceitos extrai-se que a alienação fiduciária é um instituto onde o fiduciante, ou devedor, assume uma dívida, por meio de um contrato, perante o fiduciário, ou credor, em que, no caso de bens imóveis, este será a garantia de que a obrigação será adimplida em seu inteiro teor, sendo que ao fim, resolvido o contrato, a dívida tendo sido plenamente satisfeita, o

bem será incorporado ao seu patrimônio com a efetiva transferência da propriedade. Em caso de mora e inadimplência, o fiduciário incorporará novamente ao seu patrimônio a propriedade plena do bem.

3. REALIZAÇÃO DA GARANTIA EM NOME DO FIDUCIÁRIO

3.1. Consolidação da Propriedade e Seu Procedimento

Em uma aquisição de bem imóvel onde o adquirente busca crédito em uma instituição financeira com o intuito de pagar de forma parcelada, o negócio jurídico, salvo raras exceções, se dará nos moldes de alienação fiduciária. Modalidade que já foi previamente definida, porém, se faz oportuno lembrar qual a principal característica que faz com que esse instituto seja a melhor opção em um negócio de alto valor agregado, como é o caso da aquisição um imóvel.

Na compra de um imóvel o devedor (fiduciante) se compromete a pagar por vários anos, expondo o credor (fiduciário) a uma insegurança natural, que decorre não só da capacidade do devedor de honrar seus compromissos financeiros, mas, como também das mudanças constantes do cenário econômico, oferta de crédito, custo financeiro da indisponibilidade do valor emprestado, políticas de incentivos à aquisição da moradia própria desenvolvida pelo governo, entre outros, visto que o prazo mais comum de um contrato de financiamento de imóveis é de 30 (trinta) anos, longos 360 (trezentos e sessenta) meses.

Na celebração do contrato de alienação fiduciária, o devedor ao adquirir o bem imóvel alienando-o ao credor, a lei 9.514/97 nos traz em seu artigo 22 que a propriedade tem caráter resolúvel, sendo, obviamente, o próprio bem a garantia de que o avençado será fielmente cumprido. Portanto, o devedor não é pleno proprietário do bem, e assim o será assim que satisfazer a condição estabelecida no pacto.

Realizada a condição estabelecida em contrato por parte do devedor, que é o pagamento das parcelas até a quitação integral da dívida à qual ele se vinculou, opera-se a extinção da propriedade resolúvel do credor e reverte-se plenamente a propriedade ao devedor-fiduciante. Ora, partindo da premissa então que a alienação fiduciária é espécie de negócio em que se utiliza a transmissão da propriedade para fins de garantia, verificado então o inadimplemento contratual do devedor, aciona-se então a garantia, que é a reversão da plena propriedade ao credor.

Nesse contexto Chalhub (2017) lembra que, por se tratar de uma propriedade resolúvel, que a condição que realiza a garantia tem que estar expressa no título, bem como a condição decorrente dessa finalidade, que em caso de frustração do pagamento, é a consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário.

Já Lafayette Rodrigues (1977), em sua obra sobre direito das coisas diz que em função do título constitutivo ser revogável ou resolúvel, fenômeno este que ocorre quando a causa da aquisição do domínio traz em si uma condição resolutiva do mesmo domínio, é, portanto, a propriedade fiduciária apenas uma condição de domínio. Expondo assim as limitações da propriedade impostas ao devedor, principalmente a sua revogabilidade, e reforça o caráter garantidor do negócio ao credor, que em caso de inadimplência, reaverá a propriedade do bem de forma plena.

O artigo 25 da lei 9.514/97 nos traz que o pagamento da dívida e seus encargos, ou seja, a quitação do contrato, encerra a propriedade fiduciária do imóvel e o devedor terá portanto a propriedade plena do bem, mas, o que vai ser objeto de estudo desse capítulo é o exposto no artigo 26 da mesma lei, que diz que consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário em situações em que vencida e não paga, no todo ou mesmo em parte, a dívida e constituído em mora o devedor-fiduciante.

O que chama a atenção é o célere procedimento de consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário, que apesar de se tratar de um bem que tem uma relevância significativa para o fiduciante, considerando que a sua expropriação envolve inclusive princípios constitucionais como o do direito à moradia e o da dignidade da pessoa humana, o legislador optou pelo caminho extrajudicial.

O procedimento indicado pela letra da lei é claro e objetivo, que identificada a inadimplência do fiduciante, o mesmo será intimado pelo oficial do competente Registro de Imóveis a requerimento do fiduciário a quitar as parcelas em atraso, bem como as demais despesas e parcelas que vencerem no período, no prazo de 15 dias. Não sendo identificado o pagamento dentro do referido prazo, conforme o parágrafo 7º do artigo 26, o competente Registro de Imóveis promoverá a averbação da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, na matrícula do imóvel.

Importante ressaltar que expirado o prazo para a purgação da mora a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário será averbada no registro de imóveis no prazo de 30 (trinta) dias, sendo necessário que o fiduciário apresente os comprovantes de pagamento do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, o laudêmio.

É nesse momento em que o fiduciante, mesmo expirado o prazo para a quitação da dívida, tem a oportunidade de se beneficiar de um período maior para conseguir honrar com os pagamentos das parcelas em aberto, visto que, a lei 9.514/97 ainda prevê que até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária, caso pague as parcelas vencidas da dívida e as despesas referentes a encargos, custas de intimação, leilão e leiloeiro, o contrato de alienação fiduciária convalescerá e o bem permanecerá em sua propriedade.

Não havendo, portanto, a quitação do débito, precipuamente o fiduciante recai na condição estabelecida pelo caput do artigo 397 do Código Civil em que o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor, consolidando assim a propriedade em nome do fiduciário, que por sua vez, por mais que tenha tal propriedade inserida ao seu patrimônio terá que leiloa-la.

A lei 9.514/97 estabelece que consolidada a propriedade em nome do fiduciário, ele terá o prazo de trinta dias, contados da data do registro, para promover o primeiro leilão público para a alienação do imóvel, onde não poderá ser arrematado por valor inferior ao valor do imóvel. Não sendo arrematado no primeiro leilão, o segundo acontecerá nos 15 dias seguintes, nesse 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.

Importante lembrar que os procedimentos relativos às datas, horários e locais dos leilões serão sempre comunicados ao devedor, por correspondência e e-mail. Também lhe será dado, até a data da realização do segundo o leilão, o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos, despesas e impostos.

Nesse sentido nos ensina Dantzger (2010), que caso o credor obtenha preço maior que o valor da dívida do fiduciante, o que sobejar deverá se entregue ao devedor, juntamente com a quitação do débito. Já se o maior lance oferecido for recusado por não ser igual ao valor mínimo exigido, então a dívida se dará por extinta, sendo dada a devida quitação da dívida ao credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão.

Um ponto que pode ser alegado em juízo por parte do fiduciante, é o da aplicação da teoria do adimplemento substancial, e sobre o assunto Chalhub (2017) é enfático em afastar a sua aplicabilidade, tendo em vista, que se trata de procedimento regulamentado por lei especial cujo objetivo é a execução do crédito garantido por propriedade fiduciária. Já a aplicação da teoria do adimplemento substancial mira evitar a resolução do contrato, e não impedir que o credor solicite a execução.

Há que se consignar que por mais que se trate de procedimento extrajudicial, a execução do crédito fiduciário se encerra no mesmo efeito da execução comum, que nada mais é que, a venda do bem para satisfação do crédito e entrega do eventual saldo ao devedor, e, ainda assim, assegura meios de evitar a expropriação, mediante purgação da mora ou pagamento do saldo devedor.

3.2. Constitucionalidade Da Consolidação Extrajudicial Da Propriedade

Outro aspecto que a se discutir é o da constitucionalidade, ou não, do procedimento de consolidação da propriedade fiduciária em favor do credor-fiduciário, decorrente da inadimplência do devedor-fiduciante. Preponderantemente, a possibilidade de expropriação do imóvel alienado ao fiduciário, dado em garantia da dívida, sem a apreciação do Poder Judiciário.

Um dos principais pontos de reclamação, é se o procedimento relativo ao leilão extrajudicial fere o princípio do devido processo legal, decorrido do art. 5º incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal. Esses incisos preveem que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a seus direitos, impedindo que alguém seja privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e assegurando o contraditório e a ampla defesa, consolidando assim num único e mesmo alicerce, que é o do devido processo legal.

Tem-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, apontado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, prevê o acesso à justiça, como uma garantia constitucional. Sob a bandeira de que os devedores executados têm o direito constitucional de não serem privados de seus bens onde residem com suas famílias, sem o devido processo legal, os apoiadores dessa corrente citam e se apoiam no art. 5.º LIV da Constituição Federal, com a clara finalidade de fortalecer a alegação da ambicionada inconstitucionalidade do dispositivo extrajudicial de cobrança e do Leilão, previstos na Lei 9.514 de 1997.

Alexandre Freitas Câmara (2002) entende que o devido processo legal, dentre os princípios constitucionais do Direito Processual, é sem dúvida, o mais importante. Sendo assim, todos os outros princípios constitucionais do Direito Processual, como os da economia e do contraditório, são corolários do devido processo legal, e estariam presentes no sistema positivo ainda que não tivessem sido incluídos expressamente no texto constitucional.

Misael Montenegro Filho (2009) chama atenção que o princípio do devido processo legal tem em si outros intimamente ligados, como o da ampla defesa e do contraditório e, portanto, apresenta-se em plano superior em relação aos demais expostos no texto Constitucional.

Segundo Alexandre Câmara Freitas (2002), a garantia do devido processo legal estabelece uma igualdade entre as partes e a observância da sistemática processual estabelecida, também como garantia das partes, e afasta a impressão de que uma das partes seja tida como vulnerável. O entendimento sugerido por ele é o de que ao submeter ao judiciário, estabelece o equilíbrio entre as partes, pois o acesso à justiça é como uma garantia de acesso à ordem jurídica justa.

Isto porque não se pode ver neste acesso mera garantia formal de que todos possam propor ação, levando a juízo suas pretensões. O acesso à ordem jurídica justa deve ser uma garantia substancial, equitativa, assegurando-se assim a todos aqueles que se encontrem como titulares de uma posição jurídica de desvantagem e que possam obter uma verdadeira e efetiva tutela jurídica a ser prestada pelo Judiciário.

Ainda, sob o mesmo espírito, DANTZGER (2010), citando um relato de apelação cível de Sylvia Steiner (1997), entende que não se admite, sob risco de ofensa aos princípios constitucionais da tutela jurisdicional, do contraditório e da ampla defesa, seja alguém privado de seus bens sem o devido processo legal, assim concebido o procedimento justo sob o crivo do magistrado.

Já com um animo diferente Francisco Cláudio De Almeida Santos (1999) não conjectura indicativos de inconstitucionalidade no procedimento de venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente no caso de inadimplência do devedor-fiduciante. Explica que, na verdade, não se trata de execução extrajudicial porque o bem já é de propriedade do credor, tratando-se, pois, de venda de bem próprio. E, mesmo que se tratasse de execução de bem alheio, como antevisto para imóveis hipotecados, não haveria que se falar em inconstitucionalidade, da mesma forma que se posicionou a jurisprudência para aquelas hipóteses.

Nos ensina Arruda Alvim (2000), que não há que se falar em situação de inconstitucionalidade do leilão extrajudicial, reforçando que não há afronta ao devido processo legal e a ampla defesa, visto que, o Poder Judiciário poder ser acionado em qualquer ocasião

com a finalidade de acautelar irregularidades e possíveis violações aos direitos protegidos pela carta constitucional.

Na ótica de Waldemar Zveiter (1999), a execução extrajudicial, deve ser interpretada sempre afastando a ideia de inconstitucionalidade, não se admitindo outra forma, pois como assevera o citado autor, o instituto não viola preceitos constitucionais, por que a lei não excluiu do Judiciário qualquer lesão de direito.

Ao revés, ao devedor-fiduciante, sempre que perceber lesado o seu direito individual, está assegurado o direito de propor as ações cabíveis a espécies tais como a consignatória, prestação de contas ou qualquer outra forma de acautelamento do direito. Não há, deste modo, que se falar em afronta ao devido processo legal, vez que este é respeitado.

Orlando Gomes (1972) elenca os argumentos invocados em favor da constitucionalidade da execução extrajudicial nos termos do Dec.-Lei 70 de 1966, a saber:

Diversos argumentos são invocados em favor da constitucionalidade das disposições assecuratórias da cobrança extrajudicial das dívidas vinculadas ao sistema financeiro da habitação, mas, em resumo, arguem-se principalmente os seguintes:

- 1.º não se impede, nem se proíbe, o acesso à via judicial;
- 2.º se há lesão de direito no caso, quem a sofre é o credor por efeito do inadimplemento do devedor; e é a ele, credor, que a Lei faculta a escolha da via extrajudicial;
- 3.º ao devedor não é defeso buscar a via judicial em qualquer fase da execução extrajudicial (ou, acrescente-se, antes dela), não estando excluída, por conseguinte, a cognição pelo Poder Judiciário;
- 4.º há exemplos na legislação nacional de execução ou cobrança por via extrajudicial (no penhor, na alienação fiduciária em garantia, na falência) sem que jamais se houvesse arguido a inconstitucionalidade das disposições que as autorizam;
- 5.º a própria Lei (Dec.-lei 70/1966) prevê o controle jurisdicional (art. 37) ainda que a posteriori, exigindo carta de arrematação na venda por leiloeiro que, transcrita no Registro de Imóveis, possibilita ao adquirente imitir-se, por meio de concessão liminar, na posse do bem;
- 6.º por último, responsabiliza o agente fiduciário que, mediante comprovada má-fé, alienar imóvel pela via extrajudicial.

A respeito da constitucionalidade da Lei n. 9.514/97, o Tribunal de Justiça de São Paulo já se posicionou, e versou pela permissão da recuperação da propriedade alienada fiduciariamente:

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO, COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. LIMINAR PARA SUSPENDER A CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL EM NOME DO CREDOR. INDEFERIDA. Não é inconstitucional o artigo 26, § 7º, da Lei nº 9.514/97. Inexistência da ofensa ao princípio da ampla defesa. Alegação de abuso nos cálculos das prestações de caráter genérico, insuficiente para impedir a consolidação da propriedade em nome do

credor. Recurso improvido (AI 739.963-1/1-00, relator Desembargador ADHERBAL ACQUATI, 15ª Câmara de Direito Privado, j. 15/9/2009).

Um entendimento mais atual e com um olhar voltado para outro quesito até então não mencionado é o do nobre jurista Flávio Tartuce (2017) que aduz que o leilão extrajudicial, aqui referido, está de harmonia com a função social da propriedade. Devido a facilidade do credor-fiduciário em receber o seu crédito e o leilão como meio coercitivo seriam fatores de incentivo para novos investimentos na construção civil, incrementando o acesso à moradia.

Por fim CHALHUB (2017) confirma que o procedimento extrajudicial, visando a consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário, e suas normas, não são, em si mesmas, inconciliáveis com os princípios constitucionais do art. 5º, XXXV, LIV e LV, podendo o devedor exercer o direito de ação sempre que julgar ter havido lesão ou ameaça de lesão a direito, inclusive se perceber que algum dos requisitos legais consubstanciados nos princípios de aplicação geral e nas normas específicas não foi observado.

Fica claro, portanto, a priori, que entender pela inconstitucionalidade é excessivo. Como é de entendimento majoritário da doutrina, assim como, também vem decidindo a jurisprudência, onde havendo abusos, o devedor fiduciante poderá questionar judicialmente o procedimento administrativo previsto na lei específica, assegurando-se o acesso à justiça e o contraditório.

4. A APLICABILIDADE OU NÃO DO ART. 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CDC

A lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, popularmente conhecida como O Código de Defesa do Consumidor – CDC, é decorrência de um dos princípios constitucionais que devem guiar a ordem econômica nacional: a proteção ao consumidor. Sua missão é basicamente a proteção do consumidor, enquanto parte vulnerável nas relações de consumo de produtos, bens e serviços, instituindo regras, desde a criação das necessidades, propaganda, assim como o uso de produtos e serviços com contentamento.

A Constituição Federal é específica em dizer, no artigo 5º, XXXII, que a defesa do consumidor é um dever Estatal. Já no artigo 170, onde discorre sobre os princípios gerais da atividade econômica, traz em seu inciso V a defesa do consumidor como um dos pilares que

tem por fim assegurar a todos uma existência digna. Chalhub (2017) reconhece que a intensão do CDC é conter a prática de abusos contra o consumidor, considerando novas estruturas de proteção que acompanhasse a evolução prática das relações consumeristas, até então, não alcançadas pela legislação vigente.

Outro doutrinador a expor a importância da edição do Código de Defesa do Consumidor foi Zilda Tavares.

Essa modificação legislativa veio por meio da Lei Maior, de 1988, com novos princípios na ordem econômica: a livre iniciativa ajustada à função social da propriedade dos bens de produção e a dignidade da pessoa humana (respeito ao consumidor, art. 170, V, e arts. 1.º e 5.º, XXIII, da CF/1988).

Mas não foi suficiente. Era necessária a alteração da legislação infraconstitucional. A técnica de reformas legislativas com elaboração de novos códigos, civis, penais, trabalhistas, tributários deu lugar às conhecidas minirreformas, com feitura e adoção de leis específicas para cada matéria, resultando um complexo e emaranhado sistema jurídico com vários microssistemas, além da legislação infraconstitucional recepcionada.

No campo jurídico contratual a intervenção estatal veio com a promulgação da específica Lei 8.078/1990, divulgada como Código de Defesa do Consumidor, passando a disciplinar as novas relações contratuais, de consumo, com os contratos de adesão, como um verdadeiro microssistema multidisciplinar. (2005, p. 120).

Para efeito desse capítulo, o exame da eventual aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na concepção e na execução do contrato de alienação fiduciária, se dá pelo episódio específico de que o contrato de alienação fiduciária é mencionado de forma explícita no art. 53 do CDC, *in verbis*:

Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, **bem como nas alienações fiduciárias em garantia**, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado. (Grifo Nosso)

Portanto, o núcleo do presente capítulo – à luz da doutrina e da jurisprudência – é verificar se o fiduciante, que veio a ficar inadimplente e por isso pretende rescindir o contrato garantido por alienação fiduciária, possui o direito ou não a restituição dos valores pagos até então.

4.1. A prevalência de norma especial nova sobre normas gerais

A principal discussão que surge da análise da aplicabilidade do artigo 53 do Código de Defesa Do Consumidor é a de qual legislação deve prevalecer nos casos de contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, onde a lei específica é de 1997, Lei 9.514 que institui a alienação de coisa imóvel, e a lei geral que é de 1990, Lei 8.078 que é o considerado o código de defesa do consumidor.

O conflito de normas nasce, principalmente, dos comandos do artigo 53 do CDC, que diz serem nulas de pleno direito quaisquer cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor em situações de inadimplência, e do artigo 26 e seguintes da Lei 9.514/97 que trata da consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário em caso de mora, que em determinada situação prevê a consolidação da propriedade no nome do credor sem que haja necessidade de devolução de qualquer valor ao devedor.

Esse conflito entre duas normas, que adotam condutas diferentes e incompatíveis frente ao mesmo contexto, Kelsen (1998) denomina como sendo antinomia jurídica. A solução para a Antinomia Jurídica, segundo o mesmo autor, obedece a três critérios: o hierárquico, o cronológico e o de especialidade. Ressaltando que havendo harmonia e compatibilidade entre normas gerais e específicas, as duas podem produzir efeitos sobre determinado assunto, independentemente de sua hierarquia e cronologia, porém respeitando suas especialidades, especificidades sobre o caso concreto.

Renan Miguel Saad (2001) ao questionar a aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor às situações de alienação fiduciária em garantia, responde de forma positiva, pois o entende que, na parte relativa à proteção contratual (Capítulo VI), o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, aplica-se aos contratos de alienação fiduciária, tanto nos casos em que não haja dúvidas de que se trata de uma relação de consumo como naqueles em que possam existir o seu questionamento diante da ampla abrangência contida no art. 29 da Lei 8.078, de 1990.

Sob a ótica dos princípios gerais de vigor da norma jurídica, pode-se considerar que o Código de Defesa do Consumidor possui duas vertentes, sendo uma de lei especial e outra de lei geral. Sendo essa, ao passo em que antevê que os princípios da boa-fé e do equilíbrio sempre regerão toda e qualquer relação jurídica, sem preterir quaisquer espécies de contrato, e aquela,

na medida em que confere regras para relações contratuais ou extracontratuais apenas entre pessoas enquadradas como fornecedores e consumidores (CHALHUB, 330).

Diante desse entendimento pode se assimilar que em relação ao Código Civil, visto que o Código de Defesa do Consumidor versa sobre relações das pessoas como consumidoras ou fornecedoras, o CDC é lei especial. Agora, no que tange a leis especiais como a Lei 9.514/1997, o CDC é considerado uma lei geral, e não deve ser vista sob a aparência de norma característica sobre alguma espécie de contrato, e sim, sob a ótica dos princípios de equidade e boa-fé, que recaem sobre quaisquer relações contratuais

Na relação entre tais normas então, cumpre suscitar o que diz a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que segundo Carlos Roberto Gonçalves (2016) trata-se de um contíguo de normas sobre normas que determina o modo de bom emprego e entendimento no tempo e no espaço das normas jurídicas. Sendo, portanto, um código de normas que disciplina a aplicação das próprias normas.

Segundo o entendimento de Afrânio Carlos (2010) a lei geral disciplina o tema de uma forma geral, deixando espaço para a incidência da lei especial, conforme depreende-se da Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 2º que preceitua que “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue” e o mesmo artigo, em seu § 2º, que diz que a “lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Sendo assim, entende-se que em caso de conflito de normas, tanto norma geral quanto norma específica, se harmonicamente coexistirem, ambas produzirão efeitos naquilo que for mais específico, há que se analisar, portanto, a mais adequada ao caso concreto respeitando os critérios, acima citados, para solução de antinomia jurídica.

4.2. Artigo 53 do CDC versus Lei 9.514/97

Frente tal antinomia jurídica é de suma importância lembrar o que se busca entender, que é a situação onde o devedor-fiduciário que pagou prestações pelo seu imóvel durante anos, e vindo a ficar inadimplente, além de perder o imóvel, perde também o valor integral das

prestações pagas em benefício do credor, em um processo de execução de contrato de alienação fiduciária onde houve a consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário.

Poderia, então, neste caso, ser alegado que houve flagrante transgressão ao descrito no art. 53 da Lei 8.078 de 1990, visto que, ao final do segundo leilão o devedor-fiduciante, além da perda do imóvel, pode não ter nada a receber em compensação aos valores pagos?

Diante desse questionamento importante considerar o que diz Ada Pellegrini et al. (2017):

Para as compras a prestação, sejam de móveis ou imóveis, com garantia hipotecária, com cláusula de propriedade resolúvel, de alienação fiduciária, reserva de domínio ou outro tipo de garantia, o Código não permite que se pactue a perda total das prestações pagas, no caso de retomada do bem ou resolução do contrato pelo credor, por inadimplemento do consumidor. A norma proíbe, ipso facto, o pacto comissório que faculte ao fornecedor ficar com o bem no caso de inadimplemento do consumidor. [...] As vendas feitas com garantia de alienação fiduciária, que torna resolúvel a propriedade do consumidor, também estão abrangidas pelo dispositivo ora analisado.

Alberto do Amaral Júnior (1996) nos ensina que em matéria contratual, a perda total dos pagamentos traduziria um grande desequilíbrio na alocação dos riscos para o Fornecedor, onde a perda das prestações adimplida seria, assim, um indubitável meio de abuso, capaz de ensaiar, o enriquecimento ilícito do fornecedor.

No entanto, são escassos os doutrinadores que se posicionam conforme relatado acima. A realidade jurídica, no campo da jurisprudência também tem entendimento diferente, acolhendo o procedimento disposto na Lei 9.514/97. Alguns pensadores jurídicos ainda vão além em seu posicionamento, e o justificam com o argumento de que o intuito da referida lei é proporcionar mais segurança ao fiduciário, ao ponto de que se torne viável e mais acessível o crédito ao comprador e assim fomenta o mercado imobiliário e conseqüentemente a economia.

Vejamos o que pensa Mario Pazutti Mezzari (1998), visto que, o espírito da referida lei tem objetivo apenas econômico, afastando o aspecto social. Ele reitera que não há que se falar em cunho social, por mais que se reconheça que o diploma legal tente resolver parte do problema habitacional e do déficit de construções de diversas modalidades (comerciais, industriais, de exploração agropecuária etc).

Dantzger (2010) ensina que partindo da premissa de que em caso de conflito de normas prevalece a lei específica, e levando em consideração o alegado antagonismo entre os dispositivos existentes nas Leis 9.514/1997 e 8.078/1990, mais exatamente no artigo 53 do

Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que a Lei 9.514/1997, que institui a alienação fiduciária de bens imóveis, por ser especial, deve prevalecer sobre o CDC, que no contexto é considerada geral.

J. M. Arruda Alvim em seu parecer sobre a Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor para a Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP) (2010) leciona que na alienação fiduciária de imóveis, toda a forma de devolução e acertos entre credor-fiduciário e devedor-fiduciante é comandada pelo art. 27 da Lei na 9.514/97, esgotando aí essa matéria. Assevera ainda que se o entendimento for o de que o devedor tenha direito à restituição das quantias amortizadas, conforme do art. 53, CDC, chegar-se-á ao absurdo de admitir-se que o fiduciante, terá o direito de usufruir do bem, sem a devida remuneração. Isso porque, o fiduciário emprestou quantia suficiente para a compra do imóvel.

Do pensamento de Arruda Alvim se entende, portanto, que aceitar-se a devolução dos valores pagas, seria o mesmo que admitir que, em caso de inadimplência do devedor num contrato de empréstimo bancário, o credor fosse obrigado a devolver as quantias recebidas a título de amortização da dívida, sendo que o dinheiro já era do próprio Credor que simplesmente adiantou ao devedor, não tendo, portanto, que reconhecer a obrigação do Credor em restituir, aquilo que recebeu em pagamento.

O professor Caio Tácito (1999) leciona que no que toca a alienação fiduciária, cujos contratos são regidos pela Lei na 9.514/97, a regra de devolução de valores já pagos não é aplicável, simplesmente por se tratar de lei especial dirigida à matéria particular abordada na relação jurídica estabelecida em tal modalidade de contrato. E se não se configura presente a hipótese que move o art. 53 do Código de Proteção ao Consumidor não cabe, portanto, sua incidência sobre a abalizada situação conjecturada.

No entendimento de Chalhub (2017) o art. 53 do Código do Consumidor visa e coibir o enriquecimento ilícito, visto que, exprime um princípio de âmbito geral, inspirado na noção de equidade e de equilíbrio das relações contratuais.

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no ano de 2013, visando vedar o enriquecimento sem causa, entendeu que benfeitoria deve ser indenizada, independentemente do valor remanescente a ser devolvido para o devedor quando da venda do imóvel.

COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - RESCISÃO - RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS PREVALÊNCIA DAS REGRAS CONTIDAS NO ART. 27, §§ 4º, 5º E 6º, DA LEI Nº 9.514/97 AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 53 DO CPC. Na dicção do art. 27, § 4º da Lei nº 9.514/97, somente haverá restituição de valores se a venda do imóvel no leilão for superior ao valor da dívida. Hipótese de ausência de interessados nos leilões realizados, com quitação da dívida dada pela credora. Valor excedente não demonstrado. BENFEITORIAS. Indenização pelo valor das benfeitorias realizadas no imóvel. Vedação de enriquecimento indevido. No caso, frustrados os leilões realizados em razão da ausência de interessados em arrematar o imóvel, o credor deu ao devedor a quitação da dívida, em cumprimento ao que determina o § 6º do art. 27 da Lei 9.514/97 (fls. 318/319). Desta forma, não há que se falar em devolução do montante pago, porque não comprovado valor excedente a ser restituído ao devedor fiduciante, conforme as regras dos parágrafos do art. 27 da Lei 9.514/97. De outro lado, deve ser mantida a condenação à indenização de benfeitorias realizadas no imóvel (R\$53.226,61), conforme comprovam os documentos juntados pela autora (fls. 118 e 123/148) e não impugnados especificamente pela ré, observando-se, ainda, o princípio que veda o enriquecimento indevido. (TJSP. Apelação nº 0220871-49.2009.8.26.0100. 35ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Clóvis Castelo. J. em 11/11/2013).

Ainda acompanhando o raciocínio de Chalhub (2017), fica evidente a confirmação de harmonia existente entre a Lei 9.514/1997 em relação à matéria de que trata o art. 53 do CDC, visto que, a lei especial foi redigida de forma coerente com os princípios que deram causa a essa disposição, observando os direitos do devedor em conformidade com a natureza do contrato de mútuo.

Nesse contexto ao disciplinar as decorrências do inadimplemento do devedor e a resolução dos contratos de venda a prazo, o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, estabelece claras limitações à estipulação das cláusulas penais, determinando nula a cláusula que preveja a perda total das parcelas pagas pelo fiduciante, em caso de resolução do contrato por inadimplemento deste.

Já a Lei 9.514, de 1997, ao falar sobre as penalidades do inadimplemento do devedor e sobre a resolução do contrato de alienação fiduciária, determina que credor o venda, em leilão público, onde o devedor-fiduciante tem preferência de arremate, o imóvel e entregar ao devedor a quantia que ultrapassar o valor a que tem direito, detalhando os procedimentos correspondentes, no art. 27 e seus parágrafos.

É como tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça, admitindo a prevalência da lei especial que regulamenta o procedimento de extinção do contrato de alienação fiduciária de bens imóveis sobre a norma geral do art. 53 do CDC com embasamento em que “a regra especial do § 4º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997 claramente estatui que a restituição ao devedor, após a venda do imóvel em leilão, será do valor do saldo que sobejar ao total da dívida apurada.

Portanto, existe regra especial para a situação jurídica em questão, que deve preponderar sobre a regra geral do Código de Defesa do Consumidor”. REsp 1.230.384-SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 4/3/2013. No mesmo sentido, Agravos de Instrumentos em REsps 932750-SP (8/2/2008) e 1.160.549-RS (3/9/2012) e REsps 1.230.384-SP (3/4/2013), 1.421.845-SP (decisão monocrática, 1º/6/2015), 1.172.146-SP (26/6/2015) e 1.456.180-DF (decisão monocrática, 8/10/2015).

Por fim, entende-se que a aplicabilidade isolada do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor não se justificativa, visto que a Lei 9.514 de 1997 é mais recente e trata do assunto de forma específica, enquanto o Código de Defesa do Consumidor é norma genérica, havendo, portanto que se restituir apenas os valores excedentes e o que se referirem a benfeitorias feitas, mesmo assim, apenas em situações em que o valor pelo qual o bem for arrematado, for superior ao da dívida.

5. CONCLUSÃO

Do estudo dos assuntos abordados, diante das mais diversas opiniões doutrinárias e julgados, pode-se aceitar que o processo extrajudicial de execução do imóvel posto em garantia, com a reversão da propriedade em favor do credor-fiduciário não transgrede, em geral, princípios e dispositivos da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, de forma mais objetiva, o seu artigo 53.

Não foi evidenciado o distanciamento do Poder Judiciário e sua capacidade para decidir as barreiras entre fiduciantes e fiduciários, visto que, ao que julgar ter seus direitos mitigados, podem de pleno direito, provocar a jurisdição, de forma a dirimir eventual lide, assim como também não se vislumbrou inconstitucionalidade no processo de execução extrajudicial por meio do leilão público.

Por conseguinte, verificou-se a presença determinante do Código de Defesa do Consumidor neste instituto, pois como as relações de consumo são norteadas pela certeza e confiança, dando vida notoriamente aos contratos de compra e venda, visam sempre manter o equilíbrio e equidade entre as partes contratantes com o desígnio de evitar excessos por parte do credor, que na maioria das vezes é parte mais aguda do contrato.

Por fim, destaco a contribuição econômica e social da lei 9.514/97, que trouxe mais segurança aos investidores do seguimento da construção civil e possibilitou que diversas famílias, que não dispõem de recursos à vista, pudessem adquirir seu imóvel de forma parcelada e ainda sim usufruir de sua propriedade, visto que se beneficiam da alienação fiduciária como meio de promoção de sua melhoria social.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Saraiva, 1973.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

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

ALVIN, J M Arruda. ASSOCIAÇÃO Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP. Publicação da ABECIP. **Alienação fiduciária e o direito do consumidor**. Disponível em <<https://www.abecip.org.br/download?file=alienacao-fiduciaria-e-direitos-do-consumidor9.pdf>>. Acesso em: 10 Set. 2018.

BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, de 12 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 14 de abril de 2019.

BRASIL. Lei Nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, de 21 de novembro de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm> Acesso em: 14 de abril de 2019.

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A. **Metodologia científica**. 4. ed. São Paulo: Makron Books, 1996.

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

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, V. 4: direito das coisas, direito autoral**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

FREITAS, Alexandre Câmara. **Lições de direito processual civil**. 11. ed. ver. e atual. Segundo o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, V. 1, p. 31-32.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

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

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

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

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**. [tradução João Baptista. Machado]. 6ª ed. Martins Fontes. São Paulo: 1998.

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

MEZZARI, Mário Pazutti. **Alienação fiduciária da Lei 9.514/1997**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Processo civil**. São Paulo: Método, 2009.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 10. ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia fiduciária**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

REsp 1.230.384-SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 4/3/2013. No mesmo sentido, Agravos de Instrumentos em REsps 932750-SP (8/2/2008) e 1.160.549-RS (3/9/2012) e REsps 1.230.384-SP (3/4/2013), 1.421.845-SP (decisão monocrática, 1º/6/2015), 1.172.146-SP (26/6/2015) e 1.456.180-DF (decisão monocrática, 8/10/2015).

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

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. **A regulamentação da alienação fiduciária de imóveis em garantia**. n. 4. São Paulo: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, 1999.

SILVA, Luiz Augusto Beck da. **Alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TÁCITO, Caio ASSOCIAÇÃO Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP. Publicação da ABECIP. **Alienação fiduciária e o direito do consumidor**. Disponível em < <https://www.abecip.org.br/download?file=alienacao-fiduciaria-e-direitos-do-consumidor9.pdf>>. Acesso em: 10 Set. 2018.

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

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

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

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