

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Christiane Salomão dos Santos**

**O Instituto Jurídico da Alienação Fiduciária em Garantia de  
Bem Imóvel sob a ótica do Direito do Consumidor**

**ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL**

**SÃO PAULO**

**2013**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Christiane Salomão dos Santos**

**O Instituto Jurídico da Alienação Fiduciária em Garantia de  
Bem Imóvel sob a ótica do Direito do Consumidor**

**ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-graduação *Lato sensu* em Direito Contratual como requisito parcial para a obtenção do título de Especialização em Direito Contratual.

Orientadora: Profa. Ms. Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim.

**SÃO PAULO  
2013**

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

Dedico este singelo trabalho monográfico aos acadêmicos e bacharéis em direito e a todos os demais estudiosos, interessados pelo instituto da Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel – lei nº 9.514/97.

## AGRADECIMENTOS

- Agradeço, primeiramente, a Deus, pela oportunidade de poder compartilhar com os colegas de profissão os ensinamentos que obtive durante o curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Contratual.
- À Professora Mestre Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim, pela total disposição no auxílio e orientação durante a execução deste trabalho.
- Às minhas queridas e amadas filhas Thalyta e Jessyca, que me deram força e tranquilidade possibilitando que este trabalho fosse feito com toda a atenção, disposição e dedicação.
- Ao meu esposo Mozart, que com toda a paciência e disposição, retirou junto à biblioteca da PUC/SP diversas obras para o desenvolvimento deste trabalho, e ainda, pela sua compreensão de ter ficado ao meu lado nos finais de semana, me encorajando a acordar cedo para “terminar” o trabalho.

# SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	8
<b>Capítulo I – Evolução Histórica da Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel e a Inserção do Instituto no Direito Brasileiro</b> .....	10
1.1 A origem dos negócios fiduciários em garantia.....	10
1.2 Os direitos reais de garantia imobiliária tradicionais que antecederam a Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel .....	15
1.3 A falta de eficácia da garantia hipotecária e a necessidade de se impulsionar o mercado imobiliário .....	17
<b>Capítulo II – O surgimento de um novo direito real de garantia – Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel – Lei nº 9.514/97</b> .....	21
2.1 Conceito e Natureza Jurídica .....	21
2.2 Partes e Características .....	25
2.3 Dos direitos e obrigações do devedor fiduciante .....	27
2.4 Dos direitos e obrigações do credor fiduciário .....	28
2.5 Extinção do Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel .....	29
2.6 A proibição do Pacto Comissório nas Alienações Fiduciárias em Garantia de Bem Imóvel.....	33
<b>Capítulo III – O Código de Proteção e Defesa do Consumidor</b> .....	38
3.1 Breve síntese histórica acerca de sua origem .....	38
3.2 As partes na relação jurídica de consumo – Consumidor e Fornecedor .....	41
3.2.1 O consumidor .....	42
3.2.2 O fornecedor .....	48
3.3 Os objetos na relação jurídica de consumo – Produto e Serviço .....	51
3.3.1 Produto .....	51

3.3.2 Serviço .....	52
3.4 Alguns princípios norteadores da relação de consumo .....	54
3.4.1 Princípio do Reconhecimento da Vulnerabilidade do Consumidor .....	54
3.4.2 Princípio da Intervenção do Estado .....	55
3.4.3 Princípio da Harmonização de Interesses .....	56
3.5 Mecanismos de proteção contratual na relação de consumo .....	57
3.5.1 Proibição da cláusula de não indenizar .....	59
3.5.2 Vedação da opção pelo consumidor de reembolso da quantia já paga .....	60
3.5.3 Proibição de cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade .....	60
3.5.4 Direito de informação do consumidor na outorga de crédito ou concessão de financiamento .....	62
3.5.5 Proibição de cláusula de decaimento .....	63
<b>Capítulo IV – Da subsunção da Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel ao Código de Defesa do Consumidor – Uma relação de consumo .....</b>	<b>66</b>
4.1 A relação de consumo oriunda do Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel .....	66
4.2 Divergência acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, em especial o artigo 53, nos Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel .....	69
4.3 O Diálogo das Fontes e a compatibilização entre ambos os institutos jurídicos .....	74
4.4 Mecanismos na Lei nº 9.514/97 que garantem a defesa e a proteção do Consumidor .....	77
<b>Conclusão .....</b>	<b>82</b>
<b>Referências Bibliográficas .....</b>	<b>86</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo estudar o Instituto da Alienação Fiduciária em Garantia Imobiliária sob a ótica do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mais precisamente, a disposição legal contida no artigo 53 da Lei nº 8.078/90, que garante ao consumidor a impossibilidade de perda total das prestações pagas, no caso de se tornar inadimplente e sofrer a retomada do imóvel dado em garantia.

De início, com o intuito de proporcionar ao leitor uma completa compreensão acerca do tema, será feita uma abordagem histórica sobre o surgimento da fidúcia no direito romano, passando pelo direito germânico e o anglo-saxão.

Em consecução ao panorama histórico, será feita uma abordagem sintetizada acerca dos direitos reais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, tanto os que se constituem sobre coisa própria, como aqueles que se constituem sobre coisa alheia, os chamados direitos reais de garantia.

Serão demonstrados os entraves decorrentes da utilização da hipoteca como garantia de débito no novo mercado imobiliário, e os motivos que ensejaram a instituição da Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel, por meio da Lei nº 9.514/97.

Inserida a Alienação Fiduciária em Garantia no mercado imobiliário, faremos uma breve conceituação acerca do instituto, destacando os principais direitos e deveres de ambas as partes nesta relação contratual - devedor fiduciante x credor fiduciário, assim como suas modalidades de extinção e seus respectivos efeitos no mundo jurídico.

Após, partiremos para o estudo do direito do consumidor, iniciando com uma breve abordagem histórica acerca da origem do Código de Defesa do Consumidor, passando pelos conceitos das partes e dos objetos que integram a relação de consumo; reservaremos um tópico sobre alguns dos princípios norteadores da relação de consumo, e um outro sobre alguns mecanismos dispostos no CDC que garantem a proteção e a defesa do consumidor.

Procuraremos demonstrar que, mediante o aperfeiçoamento do Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia, é dado início a uma relação contratual de consumo, onde o devedor fiduciante investe-se na qualidade de consumidor, enquanto o credor fiduciário passa à condição de fornecedor, tendo ainda como elemento objetivo desta relação o crédito imobiliário adquirido pelo devedor fiduciante para possibilitar o financiamento de seu imóvel.

No decorrer do presente trabalho, será demonstrado como a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado no que diz respeito à incidência do artigo 53 da lei consumerista frente aos mecanismos adotados pela Lei na execução do Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia Imobiliária e os reflexos desse entendimento no mercado imobiliário atualmente.

A partir do instituto do denominado “Diálogo das Fontes”, será possível demonstrar a total compatibilidade entre a lei consumerista e o sistema jurídico da lei nº 9.514/97.

Por fim, procuraremos demonstrar que os mecanismos previstos no sistema da lei nº 9.514/97 garantem a defesa e a proteção do consumidor, porquanto prestigiam os princípios fundamentais e as cláusulas gerais previstas no Código de Defesa do Consumidor, ainda que referido Contrato seja extinto mediante a execução forçada em virtude do inadimplemento do devedor fiduciante, com a consequente consolidação da propriedade do imóvel em favor do credor fiduciário e a sua necessária alienação por meio de leilão público.

# CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL E A INSERÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

## 1.1 A origem dos negócios fiduciários em garantia

A fidúcia, palavra originária do latim – *confidere*<sup>1</sup>, cujo significado sugere confiança, lealdade e garantia, parece ter surgido no direito romano servindo, durante muito tempo, de instrumento adequado a garantir o êxito num pacto negocial perpetrado entre as partes.

Elza Maria Alves Canuto<sup>2</sup>, lembra que a fidúcia originou-se no direito romano por força da Lei das XII Tábuas, em especial, a Tábua Sexta, sob o título *De domínio et possessione*, a qual previa que: “se alguém empenha a sua coisa ou vende em presença de testemunhas o que prometeu, tem força de lei”, embora, segundo a doutrinadora, se tratasse de um pacto de efeito meramente moral, sem cunho obrigatório e coercitivo.

José Carlos Moreira Alves<sup>3</sup>, ao comentar sobre o instituto da fidúcia romana, assim a conceitua, *in verbis*:

“(…) 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 com o estabelecido num *pactum* oposto ao ato de entrega, a restituí-la ao fiduciante, ou dar-lhe determinada destinação”.

Por sua vez, para Carlo Longo<sup>4</sup> a fidúcia é:

“Um negócio jurídico, pelo qual uma das partes, recebendo da outra uma coisa mediante a *mancipatio* ou *in iure cessio*, assume a

---

<sup>1</sup> VALENÇA, Marcio Vital. *O negócio jurídico fiduciário com função de garantia e sua repercussão na economia*. Texto disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7067/O-negocio-juridico-fiduciario-com-funcao-de-garantia-e-sua-repercussao-na-economia>.

<sup>2</sup> CANUTO, Elza Maria Alves. *Alienação Fiduciária de Bem Móvel – Responsabilidade do Avalista*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 85.

<sup>3</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 143.

<sup>4</sup> LONGO, Carlo. *Corso di Diritto Romano – La fidúcia*. Milão: Dott A. Giuffrè, 1946, p. 5. “Um negócio jurídico, per cui una delle parti, ricevendo dall'altra una cosa mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio*, assume l'obbligo di usarne a um fine determinato, e, di regola almeno, restituirla esaurito quel fine”.

obrigação de usá-la para um fim determinado, e, de regra, pelo menos, restituí-la esgotado aquele fim.”

Resta claro, portanto que, naquela época, os negócios eram realizados na base da confiança e lealdade, inexistia sanção no caso de descumprimento do pacto. Predominava, pois, os valores morais.

No direito romano, a fidúcia, fonte dos negócios fiduciários que hoje se conhece, apresentava-se em duas espécies, quais sejam, a fidúcia *cum amico* e a fidúcia *cum creditore*.

A fidúcia *cum amico* tinha por finalidade preservar determinados bens de uma pessoa. Segundo a civilista Maria Helena Diniz<sup>5</sup>, a fidúcia *cum amico* nada mais era que um contrato de confiança, onde o fiduciante alienava seus bens a um amigo, a fim de evitar o seu perecimento em decorrência de guerras, viagens, disputa política, etc. Cessadas as circunstâncias que ensejaram a alienação, os bens eram devolvidos aos seus proprietários.

Por seu turno, diferentemente da fidúcia *cum amico* que tinha por escopo a preservação de bens como se viu alhures, a fidúcia *cum creditore* tinha por finalidade garantir um crédito, consoante pressupõe seu próprio nome.

Nessa espécie de fidúcia, o devedor vendia seus bens ao credor, e os recuperava dentro de certo prazo, desde que cumprisse com o pagamento integral do débito.

Nota-se, entretanto que, já naquela época, a fidúcia em garantia pressupunha uma equanimidade, ou, uma reciprocidade entre as partes no que diz respeito aos direitos e obrigações envolvidas.

Enquanto o devedor tinha por obrigação pagar o débito como condição de ser-lhe restituído o bem, o credor tinha por obrigação restituir o bem ao devedor diante do recebimento de seu crédito.

Consoante nos ensina Candido Rangel Dinamarco<sup>6</sup>, a fidúcia *cum creditore*, em princípio, foi bastante utilizada pelos proprietários rurais que, visando o acesso ao crédito, davam bens em garantia sem a perda de sua posse, evitando-se assim, a privação de bens essenciais à atividade econômica desenvolvida.

---

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4º Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 543.

<sup>6</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*. Ano 24, nº 51. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 237.

Apesar da fidúcia se caracterizar um direito real de garantia, naquela época os alienantes suportavam uma situação de vulnerabilidade frente aos adquirentes, eis que os primeiros não dispunham de mecanismos jurídicos hábeis a fazer com que os segundos restituíssem o objeto alienado quando do cumprimento da obrigação. Corria-se o risco do adquirente transferir o bem a terceiro em prejuízo do devedor, que não contava com nenhum tipo de mecanismo para reivindicar o bem perante o terceiro adquirente.

Em outras palavras, a fidúcia romana não tinha efeito *erga omnes* à ensejar sua reivindicação contra terceiros, restando ao alienante converter o inadimplemento do adquirente em perdas e danos.

Sobre a impossibilidade do alienante fazer valer o seu direito em face de terceiros, Enzo Roppo<sup>7</sup> se manifesta, *in verbis*:

“A razão política desta solução é clara. Se o pacto de transferência, ou mais em geral, os efeitos obrigacionais do contrato, pudessem fazer-se valer contra os terceiros, estes seriam desencorajados a adquirir, com o medo de depois aparecer qualquer pacto, a eles estranho e desconhecido, de tal modo a invalidar o adquirido, e seriam obrigados a complicadas investigações para comprovar a sua inexistência: o fluxo das contratações resultaria talvez empobrecido, e de qualquer modo diminuído”.

Marcelo Terra<sup>8</sup>, ao comentar o assunto, ensina que, *in verbis*:

“Tratando-se de pacto desconhecido por terceiros, o descumprimento, pelo amigo ou pelo credor, da obrigação de restituir o bem alienado acarretava tão somente direito às perdas e danos, não podendo o antigo proprietário, frustrado em sua expectativa de retomar a propriedade do bem, reivindicá-lo de terceiros. A propriedade transmitida ao fiduciário era, portanto, plena, irrestrita e ilimitada”.

Originária do direito romano, a fidúcia do direito germânico, denominada “penhor de propriedade” foi a garantia real que mais se aproximou do instituto ora em estudo.

Por meio desse instituto, Alfredo Buzaid<sup>9</sup> explica que, o devedor transferia a propriedade ao credor como garantia de sua dívida, mediante a entrega de uma *carta*

---

<sup>7</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Título Original: *Il Contratto*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 219.

<sup>8</sup> TERRA, Marcelo. *Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia (lei nº 9.514/97, primeiras linhas)*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Editor Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 20.

<sup>9</sup> BUZAID, Alfredo. *Ensaio sobre a Alienação Fiduciária em Garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, vol. 401, mar., 1969, p. 13-14.

*uenditionis*. O credor, em contrapartida, comprometia-se, por meio de uma contracarta, restituir a *carta uenditionis*, assim como a propriedade dada em garantia, após satisfeito o seu crédito.

Enquanto que a fidúcia no direito romano não tinha efeito *erga omnes*, onde o alienante ficava limitado à relação de confiança e lealdade depositada no adquirente, sendo-lhe vedado o direito de sequela, a fidúcia no direito germânico - penhor de propriedade tinha efeito *erga omnes*.

Permitimo-nos transcrever as lições de Elza Maria Alves Canuto<sup>10</sup>:

“A fidúcia do direito germânico, embora extraída do direito romano, com ele não se identifica na totalidade, já que no direito romano, o fiduciário tinha plena titularidade dominial do bem fiduciado, como exclusivo senhor, cabendo ao fiduciante confiar na lealdade e honestidade do fiduciário, enquanto que no direito germânico, os poderes do fiduciário eram limitados aos direitos circunscritos aos fins desejados pelos contratantes, subordinados, portanto à condição resolutiva em favor do fiduciante, de modo a impedir abuso no poder de disponibilidade do bem”.

Ainda, sobre os efeitos jurídicos da fidúcia no direito germânico, assevera Mariano Navarro Martorell que, *in verbis*:

“En el Derecho Germánico, por el contrario, el poder del fiduciario, era ya adquirido por éste limitado realmente, e así resultaba resolutoriamente condicionado al uso predeterminado, de forma que cuando se violaba esta obligación el uso contrario al fin era ineficaz realmente y podía producirse la reivindicación de la cosa por el fiduciante o sus herederos, incluso em perjuicio de terceros adquirentes, porque, ya la enajenación hecha a éstos había sido realmente ineficaz”<sup>11</sup>.

Um outro negócio fiduciário semelhante ao da fidúcia romana, em sua espécie *cum creditore*, foi o instituto denominado *mortgage*, que, conforme ensinamentos de Elza Maria Alves Canuto<sup>12</sup>, *in verbis*:

“Era uma espécie de hipoteca imobiliária de origem consuetudinária. Consistia em uma transferência definitiva do bem ao credor em garantia da dívida, que, sendo solvida no prazo, obrigava o adquirente

---

<sup>10</sup> Ob. cit., p. 88.

<sup>11</sup> No direito germânico, ao contrário, o poder do fiduciário era já adquirido por este limitado realmente, e assim resultava resolutoriamente condicionado ao uso predeterminado, de forma que quando se violava essa obrigação, o uso contrário ao fim era ineficaz realmente, e podia produzir-se a reivindicação da coisa pelo fiduciante ou seus herdeiros, inclusive em prejuízo de terceiros adquirentes, porque a alienação feita a estes havia sido realmente ineficaz. MARTORELL, Mariano Navarro. *La propiedad Fiduciária*. Barcelona: Bosch, 1950, p. 41/42.

<sup>12</sup> Ob. cit., p. 92.

a restituir o imóvel ao alienante; não sendo solvida no prazo, era lícito ao adquirente vender o imóvel a fim de se pagar do capital e acessório, entregando o restante ao alienante. O credor em face do *mortgage* passa a ser o proprietário legal, podendo tomar posse da coisa e receber os alugueres, se estiver locada”.

A doutrina<sup>13</sup> divide o instituto em duas fases - antigo e moderno.

No antigo, oriundo do direito inglês medieval, o *mortgage*, assim como ocorria na fidúcia romana *cum creditore*, a transferência era plena e ilimitada. Não tinha o alienante garantia de reaver o bem quando do cumprimento de sua obrigação. O bem não era oponível contra terceiros. Logo, se o adquirente transferisse o bem a terceiros, restava ao alienante pleitear indenização.

A partir da idade média, com base nos princípios da equidade, passou-se a reconhecer o direito do devedor alienante de obter a restituição do bem dado em garantia após o pagamento do débito.

Nesta nova fase, o instituto passou a ser denominado *chattel mortgage*. Nas palavras do jurista Guilherme Guimarães Feliciano, citado na obra de Elza Maria Canuto, *trata-se de uma hipoteca imobiliária do direito anglo-saxão, que guarda profunda relação com o penhor de propriedade do antigo direito germânico*.

Frederico Viegas<sup>14</sup>, assevera que:

“Significativa maioria da doutrina entende que a alienação fiduciária em garantia possui traços marcados no *chattel mortgage* americano que também é utilizado para bens imóveis.”

E continua:

“Partindo dessa premissa, podemos estudar o *chattel mortgage* do direito americano – criado especialmente para bens imóveis – para alcançar o delineamento da alienação fiduciária de coisa imóvel no direito nacional”.

Partindo do panorama histórico traçado, pode-se concluir que a alienação fiduciária em garantia imobiliária instituída pela Lei 9.514/97 guarda estrita semelhança com os negócios fiduciários do direito germânico e do direito inglês moderno, sobretudo em razão da condição resolutiva de pagamento da dívida, apesar de, segundo

---

<sup>13</sup> Cf. ROQUE, Sebastião José. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 1º Ed. São Paulo: Ícone Editora, 2010, p. 162 e LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 107.

<sup>14</sup> LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 2º Ed. Curitiba: Editora Juruá, 2003, p. 37-38.

o jurista José Carlos Moreira Alves<sup>15</sup> afirmar que o instituto da alienação fiduciária em garantia é próprio do direito brasileiro.

## **1.2 Os direitos reais de garantia imobiliária tradicionais que antecederam a Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel**

Considerando que o tema central do presente estudo consubstancia-se um direito real de garantia, antes de adentrarmos no assunto propriamente dito acerca dos direitos reais de garantia imobiliária, alguns comentários acerca dos direitos reais merecem ser abordados.

Segundo os ensinamentos de Silvio Rodrigues<sup>16</sup>, *in verbis*:

“O direito real apresenta-se como um vínculo entre pessoa e coisa, prevalecendo contra todos, conferindo ao seu titular a prerrogativa de sequela e a ação real: ademais, além de ser exclusivo, o direito real tem o seu número limitado pela lei”.

Assim é que, os direitos reais, diferentemente do que ocorre com os direitos pessoais, não podem ser livremente convencionados pelas partes. São previstos expressamente em lei em decorrência dos princípios da taxatividade e da tipicidade.

Nos termos do artigo 1225 do Código Civil vigente, são direitos reais: (i) a propriedade; (ii) a superfície; (iii) as servidões; (iv) o usufruto; (v) o uso; (vi) a habitação; (vii) o direito do promitente comprador do imóvel; (viii) o penhor; (ix) a hipoteca; (x) a anticrese; (xi) a concessão de uso especial para fins de moradia; e (xii) a concessão de direito real de uso.

O direito real sobre coisa móvel, como é o caso do penhor, somente se adquire com a tradição.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>17</sup>, sobre o assunto comentam:

---

<sup>15</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 45.

<sup>16</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 5. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 6.

<sup>17</sup> NERY JR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 933.

“Não basta fazer um contrato para constituir ou transferir um direito real. A transferência efetiva do direito real opera-se com a tradição, quando de coisa móvel se tratar a alienação”. Por exemplo: se feita a venda de um cavalo de raça, a venda constitui a obrigação ( cria o direito pessoal) e a tradição (ato de transferência) cria o direito real. O vício do título criador da obrigação não afeta, ao mesmo tempo, a constituição do direito real”.

Já o direito real sobre coisa imóvel, resguardadas algumas poucas exceções decorrentes da própria lei, só se perfaz com o registro dos seus atos constitutivos no competente cartório de registro de imóveis. É o caso da propriedade, que se constitui em um direito real com o competente registro.

Uma vez constituídos na forma legal, os direitos reais passam a ter efeito *erga omnes*, preservando-se assim, ao seu titular, o direito de seqüela, isto é, o direito de reaver a coisa contra quem injustamente a detenha.

A propriedade, corolária dos direitos reais, será plena quando o seu titular puder exercer o direito de uso, gozo e disposição da coisa.

De outra ordem, a propriedade pode deixar de ser plena, quando ocorrer o desmembramento de alguns de seus elementos constitutivos, transferindo-os em favor de terceiros. É o caso da posse, onde o seu titular transfere para outrem o direito de uso e gozo sobre a coisa.

Os direitos reais podem ser constituídos sobre coisas próprias, a exemplo da propriedade, ou sobre coisas alheias, quando gravados com a finalidade de garantia, a exemplo da hipoteca. São os denominados direitos reais de garantia.

Os direitos reais de garantia foram instituídos no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Lei nº 3071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil Brasileiro.

Era essa a redação dada ao artigo 755 do antigo diploma legal: “Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”.

Embora o Código Civil de 1916 tenha sido revogado em razão da promulgação do denominado Novo Código Civil – Lei nº 10.406/2002, o penhor, a anticrese e a hipoteca permaneceram no novo ordenamento jurídico como garantias reais à satisfação de dívidas.

Silvio Rodrigues lembra que, o direito real de garantia “é o que confere a seu titular a prerrogativa de obter o pagamento de uma dívida com o valor ou a renda de um bem aplicado exclusivamente à sua satisfação”<sup>18</sup>.

Orlando Gomes<sup>19</sup>, por sua vez, conceitua cada um dos institutos, à saber:

*Penhor* “é o direito real de garantia sobre coisa móvel alheia, cuja posse é transferida ao credor, que fica com a faculdade de promover a sua venda judicial, e preferir, no pagamento, a outros credores”.

*Hipoteca* “é o direito real de garantia sobre coisa imóvel alheia, que se conserva em poder do devedor, tendo o credor a faculdade de promover a sua venda judicial, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada a prioridade na inscrição”.

*Anticrese, por fim* “é o direito real de garantia sobre coisa imóvel alheia, cuja posse é transferida ao credor, para que lhe perceba os frutos e rendimentos, que fica com o direito de retê-la em seu poder, enquanto a dívida não for paga”.

A hipoteca e a anticrese, portanto, são direitos reais que recaem sobre coisa imóvel, enquanto o penhor é instituto próprio a garantir dívidas sobre coisas móveis.

O presente estudo dará ênfase à hipoteca por ser esta a garantia real que mais se aproxima da alienação fiduciária em garantia imobiliária instituída pela Lei nº 9.514/97, e que, durante muitos anos, mostrou-se eficaz para ambos, credor e devedor. Para o primeiro, trouxe uma segurança impar na medida em que garante a dívida. Para o segundo, em contrapartida, possibilita que continue exercendo o seu direito de uso e gozo sobre a coisa dada em garantia.

### **1.3 A falta de eficácia da garantia hipotecária e a necessidade de se impulsionar o mercado imobiliário**

Não se pode olvidar que, a hipoteca sempre foi o direito real de garantia mais utilizado para garantir os créditos de valores elevados. Porém, em especial, no que tange à sua constituição e, principalmente, à sua execução, tornou-se ineficaz com o passar do

---

<sup>18</sup> Ob. cit., p. 321.

<sup>19</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 330.

tempo, embora ainda, é verdade, seja ela bastante utilizada no mercado imobiliário, sobretudo em função da sua tradição.

Nesse sentido, a despeito de se tratar de um instituto presente e de plena segurança e efetividade jurídica no mundo dos negócios imobiliários, a hipoteca tem perdido espaço para a alienação fiduciária em garantia imobiliária, instituto que será amplamente explorado no decorrer do presente estudo.

O professor Frederico Henrique Viegas de Lima<sup>20</sup>, citando em sua obra Garcia Urbano, comenta que, para o autor, *in verbis*:

“Os fatores que levaram ao descrédito a hipoteca são vários, tais como a lentidão dos atos preparatórios para sua constituição, o seu custo elevado e a intervenção do Estado nas relações que disciplinam este direito real de garantia. Se aliarmos tudo isto aos problemas existentes na eventual fase executiva, percebemos que os financiadores lançam mão de outras espécies de garantia de crédito, mesmo de direito obrigacional, premidos pela dinâmica da vida econômica”.

E continua:

“As execuções hipotecárias são procedimentos judiciais infundáveis, arrastando-se nos foros judiciais por anos a fio, acobertadas por um sistema recursal que protege aquela parte que deseja procrastinar o feito, uma vez que no Brasil há recurso para tudo”.

Em especial, na fase executiva, o professor Frederico destaca alguns procedimentos inerentes à hipoteca capazes de justificar, por si só, a sua superação frente à nova garantia real imobiliária instituída pela Lei 9.514/97. São eles:

- (i) nos leilões judiciais há o comparecimento de arrematantes profissionais, o que resulta, diretamente, em um preço inferior àquele pretendido pelo credor, razão que impulsiona o credor a requerer do devedor garantia muito superior ao valor do crédito, com vistas à acautelar-se;
- (ii) não raras vezes o credor se vê obrigado à adjudicar o bem, o que não era sua intenção quando da concessão do crédito, uma vez que a principal mercadoria das empresas financeiras é dinheiro e não imóvel. Consequentemente, há um aumento de ativos imobiliários contrário às suas finalidades;

---

<sup>20</sup> Ob. cit., p. 31.

- (iii) durante o procedimento judicial, muitas vezes o credor passa a ter a posse do bem, mesmo precária, porque também é seu depositário, arcando com as despesas de sua guarda e manutenção até a realização do leilão.

Por oportuno, somada as razões expostas pelo professor Frederico Viegas, convém mencionar que, com o advento da Súmula nº 308, do Superior Tribunal de Justiça<sup>21</sup>, a jurisprudência dominante passou a reconhecer a ineficácia das hipotecas firmadas entre a construtora e o agente financeiro frente aos adquirentes do imóvel. Evidentemente, as instituições financeiras deixaram de se valer da hipoteca para garantir o financiamento imobiliário.

Resta claro que, os direitos reais de garantia tradicionais, em especial, a hipoteca, não mais se mostravam adequados a cumprir com as finalidades pelas quais foram criados. O mercado imobiliário clamava por instrumentos mais ágeis e eficazes a impulsionar as transações imobiliárias, mas que garantissem, com a mesma segurança, os negócios em massa implementados nas últimas décadas.

Arnoldo Wald<sup>22</sup>, ao comentar sobre o assunto, manifestou:

“A doutrina brasileira entendeu, oportunamente, que era preciso criar o novo instituto, a fim de dar a necessária eficiência e as garantias adequadas às novas formas de crédito que foram sendo institucionalizadas”.

Segue seu raciocínio, expondo que, *in verbis*:

“Cabendo ao direito ser um catalisador do desenvolvimento econômico e criador de novas estruturas para construir o futuro do País em termos dinâmicos, encontrando fórmulas adequadas para os diversos tipos de atividades e especialmente para as diferentes formas de crédito, a alienação fiduciária significou incontestavelmente uma importante contribuição do legislador para superar as formas obsoletas de garantia e permitir a rápida e segura disseminação do crédito direto ao consumidor, que não poderia ter ocorrido com os instrumentos jurídicos anteriormente existentes”.

E arremata:

“Tratou-se, pois, de uma adaptação oportuna e feliz, que enriqueceu o nosso direito comercial”.

---

<sup>21</sup> A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

<sup>22</sup> WALD, Arnoldo. *Direito das Obrigações – Teoria Geral das Obrigações e Contratos Cíveis e Comerciais*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 315.

Sobre o tema, também comentou o Professor Frederico Henrique Viegas de Lima<sup>23</sup>, *in verbis*:

“Um dos principais entraves aos financiamentos, da ótica dos financiadores é uma suposta crise existente no direito real de hipoteca, que está intimamente ligado ao procedimento judicial de execução hipotecária. Para estes, a hipoteca não é um direito flexível e adequado às necessidades de uma economia globalizada e de escala, uma vez que, no caso de inadimplemento da obrigação principal, é extremamente dificultoso e moroso o procedimento expropriatório, tardando anos a fio, levando o credor a sujeitar-se a receber seu crédito após longo procedimento judicial”.

Segue seu raciocínio expondo:

“Este é um dos fatores que levaram ao surgimento do Sistema de Financiamento Imobiliário, que teve como uma de suas maiores novidades a criação da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, como um direito real novo, destinado a suprir a lacuna deixada pela hipoteca”.

Foi então que, em 1997, por iniciativa do Poder Executivo, tramitou o Projeto de Lei nº 3.242 que, posteriormente, foi convertido na Lei nº 9.514, publicada no dia 20 de novembro de 1997, surgindo então o instituto da Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel.

---

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 21.

## **CAPÍTULO II – O SURGIMENTO DE UM NOVO DIREITO REAL DE GARANTIA - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL - LEI Nº 9.514/97**

A Lei nº 9.514/97 não teve a finalidade de criar, com exclusividade, o instituto da Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel.

A bem da verdade, a Lei em comento foi criada para estabelecer o Sistema Financeiro Imobiliário, e com isso, ampliar as formas de financiamento para a aquisição de imóveis, vez que as garantias imobiliárias até então existentes, como demonstrado em linhas atrás, não mais atendiam as expectativas do mercado imobiliário.

Neste cenário, foi criada a Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel, prevista entre os artigos 22 a 33 da Lei nº 9.514/97.

### **2.1 Conceito e Natureza Jurídica**

O conceito da Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel vem descrito no artigo 22 da Lei 9.514/97, cujo teor permitimo-nos transcrever abaixo:

“A alienação fiduciária regulada por essa 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”.

Maria Helena Diniz<sup>24</sup>, por seu turno, traz um conceito amplo, porém, extremamente didático, *in verbis*:

“A alienação fiduciária em garantia consiste na transferência, feita pelo devedor ao credor, da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem móvel infungível ou fungível ou imóvel como garantia do seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida” (g.n.)

---

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 5º Vol. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.68.

Vale ainda trazer à baila o conceito de Orlando Gomes<sup>25</sup>:

“Conceitua-se a alienação fiduciária em garantia como o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la tão logo venha a ocorrer o acontecimento a que se subordinara tal obrigação, ou tenha solicitada a restituição.”

Sobre a propriedade resolúvel, esclarece Fran Martins<sup>26</sup>, *in verbis*:

...”Trata-se, evidentemente, de uma venda condicional, mas é inegável que, se bem que se aproxime de vários outros contratos, a alienação fiduciária em garantia tem características próprias, pelo fato de ser feita a alienação fiduciária em garantia da coisa pelo devedor, mas ser resolúvel a transferência do domínio, o que significa dizer que uma vez que paga, no modo ajustado a dívida contraída, perde o credor aquele domínio que lhe fora transferido apenas em garantia...”

Conclui-se, pois, que mediante o Contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, o próprio bem, objeto da transação imobiliária, é dado pelo devedor ao credor como garantia de sua dívida, ficando com a posse direta do bem, enquanto que o credor fica com a posse indireta, situação que, em regra, permanece até a quitação do preço. Uma vez adimplida a obrigação, o devedor passa a condição de proprietário do bem. Não sendo adimplida a dívida, há a consolidação da propriedade em nome do credor, que deverá promover a venda do bem em leilão público, procedimento que será explanado no decorrer deste capítulo.

Apesar da Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel não se encontrar no rol do artigo 1419, nem nos artigos 1361 a 1368 do Código Civil, a doutrina e a jurisprudência já assentaram o entendimento de que a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel tem natureza jurídica de direito real de garantia.

Pactuando desse entendimento, Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>27</sup> defende que: “A despeito de topograficamente não constar dentre os direitos reais de garantia (arts. 1.361 a 1.368, CCB), entendemos que é essa a sua verdadeira natureza”.

Tal assertiva talvez tenha como fundamento o que dispõe o §1º, do artigo 17 da Lei 9.514/97, cujo teor permite-se transcrever abaixo:

---

<sup>25</sup> GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 1975, p. 18.

<sup>26</sup> MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 184.

<sup>27</sup> MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 463.

Art. 17 - As operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por:

I - hipoteca;

II - cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis;

III - caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis;

IV - alienação fiduciária de coisa imóvel.

§ 1º - As garantias a que se referem os incisos II, III e IV deste artigo constituem *direito real sobre os respectivos objetos*.

No entanto, Frederico Henrique Viegas de Lima<sup>28</sup>, ao tratar do assunto, diverge do entendimento acima. Para este doutrinador, com o qual pactuamos, o Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel por si só não constitui direito real de garantia. Há a necessidade do mesmo ser devidamente registrado com vistas à validade e eficácia da propriedade fiduciária.

Partindo dessa premissa, segundo o autor, o direito real de garantia é a propriedade fiduciária, estabelecida nos moldes da propriedade resolúvel, que se perfaz mediante a celebração do contrato e o competente registro no Cartório de Registro de Imóveis.

É que, pela redação dada aos artigos 22 e 23 e parágrafo único da Lei nº 9.514/97, resta patente que a Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel é negócio jurídico (art. 22), que se constitui em propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante o registro (art. 23), ocorrendo, a partir de então, o desdobramento da posse, onde o fiduciante passa a ter a posse direta, enquanto o fiduciário assume a condição de possuidor indireto do bem imóvel (art. 23, parag. único).

Ademais, consoante estabelece o artigo 1.227 do Código Civil, os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos. Logo, não poderia ser diferente quando se tratar de direito real de garantia, como é o caso da propriedade fiduciária imobiliária.

Para finalizar, conclui o professor que: “... o estudo sistemático do novo direito real, referente à propriedade fiduciária imobiliária deve ser diferenciado do estudo do contrato que lhe dá origem, o de alienação fiduciária em garantia”.

---

<sup>28</sup> Ob. cit., p. 51.

Interessante é o posicionamento de Couto e Silva citado pelo Prof. Frederico, à saber:

...“do ponto de vista jurídico, a vontade deve ser visualizada de dois ângulos: o obrigacional e o de direito das coisas, também chamada de vontade de adimplemento. Esta distinção é importante, sobretudo nos direitos reais de garantia, que são negócios jurídicos de direito das coisas, encerrando o adimplemento na transferência da propriedade”.

Há ainda na doutrina uma divergência no tocante à garantia real em relação a coisa. Explicamos: A propriedade fiduciária imobiliária é uma garantia real sobre coisa própria ou sobre coisa alheia?

Para Namem Chalhub<sup>29</sup>, a propriedade fiduciária imobiliária é uma garantia real que recai sobre coisa própria. Vejamos seu posicionamento abaixo:

...“ao ser contratada a alienação fiduciária, o devedor fiduciante transmite a propriedade ao credor-fiduciário, e, por esse meio, demite-se do seu direito de propriedade; em decorrência dessa contratação, constitui-se em favor do credor-fiduciário, uma propriedade resolúvel; por força dessa estruturação, o devedor-fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e pode tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal.”

Divergindo do doutrinador acima, Ubirayr Ferreira Vaz<sup>30</sup> defende que a propriedade fiduciária imobiliária recai sobre coisa alheia, eis que a transferência da propriedade é transitória e condicional. Vejamos seus ensinamentos:

...“ressalta do contexto da Lei 9.514/97 que a transmissão da propriedade resolúvel, como parte integrante do contrato de alienação fiduciária, não significa a perda da propriedade pelo fiduciante, nem seu ingresso no patrimônio do fiduciário. A perda da propriedade, com o caráter que lhe empresta o Código Civil, somente ocorrerá quando, não pagas as prestações e seus encargos, consolidar-se a propriedade fiduciária e, ainda, se for ela alienada no primeiro leilão, pelo valor estipulado no contrato; se for ela alienada no segundo leilão, pelo valor igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais, com a extinção da dívida e respectiva quitação, caso no primeiro e no segundo leilões os maiores lances não alcancem os valores mínimos supra mencionados. Trata-se, pois, de transmissão e aquisição a que não se podem aplicar, de forma intransigente e dogmática, os conceitos tradicionais da propriedade e da própria alienação.”

---

<sup>29</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 222.

<sup>30</sup> VAZ, Ubirayr Ferreira. *Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel – Reflexos da Lei 9.514/97 no Registro de Imóveis*. Editor Sérgio Antonio Fabris. Porto Alegre, 1998, p. 55.

Após análise detida dos doutrinadores e das próprias legislações, preferimos pactuar com o posicionamento de Namem Chalub, defendendo que a propriedade fiduciária imobiliária é direito real sobre coisa própria.

É que é da natureza da propriedade fiduciária imobiliária a transferência transitória e condicional do bem imóvel. A preferência pelo posicionamento do Prof. Namem Chalub resta patente quando analisamos institutos de garantia real assemelhados como o penhor, a caução, a anticrese e a hipoteca, que são direitos reais de garantia constituídos sobre coisa alheia, sem que o devedor perca o domínio do bem, na propriedade fiduciária imobiliária há, ainda que transitoriamente, a transferência da coisa (bem imóvel) ao devedor fiduciante, tornando-a plena mediante o pagamento integral do preço.

## **2.2 Partes e Características**

Diferente do que ocorre com a Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Móvel, onde apenas as instituições financeiras podem se valer, por força do §1º, do artigo 22, com a nova redação dada pela Lei n 11.481/2007, a Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel é facultado a qualquer pessoa, física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operar o SFI – Sistema de Financiamento Imobiliário.

Curiosamente, mesmo antes da previsão legal da possibilidade de Alienação Fiduciária em Garantia de bem Imóvel, esta modalidade negocial não seria vedada, mas inserir-se-ia na liberdade de contratar própria do direito privado.

Muito interessante, neste sentido, é a decisão do STJ, prolatada antes da promulgação da Lei nº 9.514/97, que admitia a validade de “negócio fiduciário” celebrado entre particulares, tendo por objeto bem imóvel:

### **“NEGÓCIO FIDUCIÁRIO - TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE DE IMÓVEL EM GARANTIA DE DÍVIDA.**

I – O negócio fiduciário, embora sem regramento determinado no direito positivo, se insere dentro da liberdade de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega fictícia de um bem, geralmente em garantia, com a condição de ser devolvido posteriormente.

II – Reconhecida a validade do negócio fiduciário, o retorno ao estado anterior é mero efeito da sua declaração de existência, pelo que o bem dado em garantia de débito deve retornar, normalmente, à propriedade do devedor.

III – Incorre, assim, qualquer pretensão desconstitutiva de contrato, mas sim declarativa de validade, o que afastaria a prescrição definida no art. 178, § 9º, V, b do Código Civil. E nem mesmo se trata de simulação, porque no negócio simulado há um distanciamento entre a vontade real e a vontade manifestada, inexistente no negócio fiduciário<sup>31</sup>.

Com efeito, diante da introdução acima, podemos classificar as partes na relação contratual de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel: de um lado, na qualidade de credor, o fiduciário (pessoa jurídica ou física), e, de outro lado, na qualidade de devedor, o fiduciante (pessoa jurídica ou física).

A Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel é, por sua vez, um contrato *típico*, porque previsto em lei, *bilateral*, pois cria obrigações e direitos tanto para o credor-fiduciário, como para o devedor fiduciante; *oneroso*, porque cada parte contratante suporta um sacrifício de ordem patrimonial com o intuito de obter vantagem correspondente, de forma que o ônus e o proveito guardem relativa equivalência; *comutativo*, pois essa equivalência pode ser verificada de imediato; *formal*, porque exige a observância de certas formalidades, como forma escrita, cláusulas obrigatórias (art. 24, Lei nº 9.514/97), registro no Cartório de Registro de Imóveis, podendo ser por instrumento público ou particular, e, por fim; *acessório*, pois depende, para sua existência, de uma obrigação principal que pretende garantir.

Algumas características específicas da propriedade fiduciária são trazidas pelo doutrinador Frederico Henrique Viegas de Lima<sup>32</sup>, como: i) o competente registro da alienação fiduciária no Cartório de Registro de Imóveis (Lei 9514/97, art. 23); ii) o desdobramento da posse, passando o devedor fiduciante a ter a posse direta, enquanto que o credor fiduciário se mantém na posse indireta (Lei 9514/97, art. 23, parág. único); iii) havendo o inadimplemento da obrigação principal, a propriedade fiduciária persiste, podendo ocorrer a purgação da mora com o conseqüente convalescimento do contrato ou a aquisição da propriedade plena por parte do devedor fiduciante, ou ainda a consolidação da propriedade na pessoa do credor fiduciário, que terá a obrigação de realizar a venda pública do imóvel; iv) sendo positivo o leilão, há a transmissão da propriedade ao arrematante, caracterizando-se propriedade plena.

---

<sup>31</sup> Recurso Especial 57.991, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 19.8.1997.

<sup>32</sup> Ob. cit., p. 70/71.

## 2.3 Dos Direitos e Obrigações do Devedor fiduciante

O devedor fiduciante tem o direito de obter a propriedade plena após o pagamento do preço, sob pena de multa a ser aplicada ao credor/fiduciário. É o que estabelece o §1º, do artigo 25 da Lei 9.514/97, *in verbis*:

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

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

Tem ainda o devedor fiduciante o direito de exercer o livre uso e fruição do imóvel e praticar atos conservatórios sobre o bem, eis que terá, como consequência da alienação fiduciária, a posse direta do bem.

É direito do devedor fiduciante, sobretudo porque é possuidor direto do bem imóvel, intentar ações possessórias, inclusive em face do credor fiduciário.

Tem ainda o devedor fiduciante, por força dos §§1º e 5º, do artigo 26 da Lei 9.514/97, o direito de purgar a mora e de ter convalidado o contrato de alienação fiduciária. Vejamos o teor do dispositivo em comento:

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

(...)

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

Por fim, o devedor fiduciante tem o direito de receber o saldo do leilão. É o que disciplina o §4º, do artigo 27 da Lei 9.514/97, cujo teor permitimo-nos transcrever abaixo:

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

(...)

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

Por óbvio, tem o devedor fiduciante a obrigação de pagar a dívida e acessórios (taxa de juros e encargos incidentes), assim como, por ter a posse direta do bem, é sua obrigação também pagar o IPTU, contribuições de condomínio, se houver, e demais encargos sobre o imóvel. É o que estabelece o §8º, do artigo 27 da Lei 9.514/97, incluído por força da Lei nº 10.931/04.

§ 8º – “Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse”.

Cabe ao devedor fiduciante ainda a obrigação de responder civilmente perante terceiros acerca de questões que envolvam o imóvel.

## **2.4 Dos Direitos e Obrigações do Credor fiduciário**

O credor fiduciário tem, por sua vez, o direito de receber o seu crédito, sendo que, em caso de inadimplemento do devedor fiduciante, tem também o direito de apropriar-se do produto da venda para pagar-se, observada a entrega de saldo remanescente, se houver.

Tem também o credor fiduciário o direito de ter consolidada a propriedade em seu nome, à vista da prova do pagamento do ITBI – Imposto de Transmissão de Bens

Inter Vivos. Nas lições de Sebastião José Roque<sup>33</sup>: “a consolidação consiste em investir o fiduciário nos direitos sobre o imóvel alienado”.

O credor fiduciário tem o direito de promover ação de reintegração de posse, que será concedida liminarmente para desocupação, em 60 (sessenta) dias, após a consolidação da propriedade.

Em contrapartida, o credor fiduciário, assim como o devedor fiduciante, tem também obrigações na alienação fiduciária em garantia de bem imóvel.

O credor fiduciário tem por obrigação respeitar a posse direta do devedor fiduciante, se adimplidas suas obrigações.

O credor fiduciário obriga-se também a liberar a garantia fiduciária em até 30 (trinta) dias contados do recebimento do crédito, sob pena de multa.

Assevera neste ponto Sebastião José Roque<sup>34</sup> que: “à vista do termo de quitação, o Oficial do Registro de Imóveis em que o imóvel alienado estiver registrado efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária”

Por fim, é obrigação do credor fiduciário levar a leilão público o bem imóvel após a consolidação da propriedade em seu nome, devolvendo ao devedor fiduciante o saldo apurado na venda do imóvel.

## **2.5 Extinção do Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel**

*O Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel pode ser extinto quando há o adimplemento da obrigação, e ainda, quando não há o adimplemento da obrigação.*

O adimplemento da obrigação principal por parte do devedor fiduciante é causa natural de extinção do Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel, levando à conseqüente extinção da propriedade fiduciária.

---

<sup>33</sup> ROQUE, Sebastião José. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 1º Ed. São Paulo: Ícone Editora, 2010, p. 162.

<sup>34</sup> Ob. cit., p. 161.

É o que estabelece o artigo 25 da Lei 9514/97, *in verbis*:

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

Sobre o assunto, Frederico Henrique Viegas de Lima<sup>35</sup> ensina que, *in verbis*:

“o primordial efeito da extinção é o cancelamento do registro da propriedade fiduciária com o retorno da mesma ao devedor fiduciante ou ao terceiro interveniente garantidor, com todos os atributos que haviam sido transferidos ao credor fiduciário”.

Havendo, pois, o adimplemento da obrigação por parte do devedor fiduciante, caberá ao credor fiduciário fornecer o termo de quitação com a autorização do cancelamento do registro da propriedade fiduciária, que deverá ser entregue ao Oficial do Registro Imobiliário para os devidos assentamentos. Vejamos o teor do § 1º do artigo 25 supracitado.

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

De posse do termo de quitação devidamente autorizado, o Oficial fará o cancelamento da propriedade fiduciária, averbando a propriedade plena ao devedor fiduciante, passando este a proprietário do bem imóvel.

Sobre o cancelamento da propriedade fiduciária e o principal efeito da extinção, assevera Frederico Henrique Viegas de Lima<sup>36</sup>, *in verbis*:

“Há a retroatividade dos efeitos da extinção para a data da constituição da propriedade fiduciária. Retorna-se à situação anterior à transferência operada com o registro do contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel. Todos os direitos ou ônus porventura estabelecidos sobre a propriedade fiduciária desaparecem a partir do cancelamento, e o retorno da propriedade é efetuado sem a incidência de nenhum gravame”.

Enquanto o adimplemento da obrigação principal por parte do devedor fiduciante é causa natural de extinção do Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel, o inadimplemento do devedor fiduciante é causa forçosa de rompimento do Contrato.

---

<sup>35</sup> Ob. cit., p. 124.

<sup>36</sup> Ob. cit., p. 125.

Segundo nos ensina José Carlos Moreira Alves<sup>37</sup>, o inadimplemento contratual na Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel pode ser absoluto ou relativo.

Infere-se portanto que, o inadimplemento relativo não leva a extinção do Contrato, na medida em que neste caso há a possibilidade do devedor fiduciante purgar a mora, e assim, convalidar a contratação.

Vale lembrar que a purgação da mora é feita perante o Registro Imobiliário, mediante depósito da importância integral que está sendo cobrada.

Como vimos no decorrer desta exposição, a purgação da mora é direito do devedor fiduciante disposto expressamente nos §§1º e 5º, do artigo 26 da Lei 9.514/97.

Já no inadimplemento absoluto, há a impossibilidade total do devedor fiduciante cumprir sua obrigação.

O inadimplemento absoluto, por óbvio, se dá ultrapassado o prazo disposto no §1º do artigo 26 da Lei 9.514/97, ocorrendo a incidência do §7º do mesmo diploma legal, à saber:

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

Nos termos do disposto no §2º do artigo 26, poderá ser fixado um prazo de carência para o cumprimento da obrigação, antes da intimação, ou seja, entre a data prevista para o cumprimento da obrigação e a efetiva intimação, poderão as partes fixar um prazo de carência. No entanto, por se tratar de uma faculdade, na sua ausência, aplicar-se-á a regra do artigo 397 do Código Civil.

Averbada a propriedade fiduciária em nome do credor fiduciário, este terá o prazo de 30 (trinta) dias para promover o leilão público para a alienação do imóvel.

---

<sup>37</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 208.

Se no primeiro leilão o maior lance for inferior ao valor do imóvel, promover-se-á o segundo leilão no prazo de 15 (quinze) dias. É o que estabelece o §1º, do artigo 27 da Lei 9514/97.

No segundo leilão, se o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida, considerar-se-á extinta a dívida, e o credor fiduciário será exonerado da obrigação de devolver o que sobejar, por óbvio, é claro (§5º, art.27).

Por conseguinte, no prazo de 05 (cinco) a contar da data do segundo leilão, o credor fiduciário dará ao devedor fiduciante a quitação de sua dívida, mediante termo próprio (§6º, art. 27).

Na hipótese do maior lance oferecido ser igual ou superior ao valor do bem, este será aceito, hipótese em que, no prazo de 05 (cinco) dias, a contar da arrematação do imóvel, o credor fiduciário entregará ao devedor fiduciante a importância que sobejar, nos termos estabelecidos no §4º, do artigo 27 da Lei 9514/97, cujo teor passamos a transcrever:

§ 4º - “Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil” (atual art. 1219 do Código Civil)

Por fim, releva destacar que, por força do artigo 30 da Lei 9.514/97, desde que comprovada a consolidação da propriedade fiduciária em seu nome, o credor fiduciário, seu cessionário ou sucessores, e até mesmo o adquirente do imóvel em leilão público, poderá promover a reintegração de posse, que será concedida liminarmente, com prazo de 60 (sessenta) dias para desocupação.

Art. 30 – “É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome”.

## 2.6 A Proibição do Pacto Comissório nas Alienações Fiduciárias em Garantia de Bem Imóvel

Arnoldo Wald<sup>38</sup> nos ensina que o pacto comissório constitui-se na: “*cláusula resolutiva insculpida numa compra e venda a prazo ou de execução diferida, pela qual se faculta ao vendedor resolver o contrato, se o comprador não pagar até certa data*”.

O autor segue concluindo que, *in verbis*:

“É a condição resolutiva expressa em virtude da qual as partes previram a rescisão de pleno direito da venda, independentemente da notificação judicial ou extrajudicial, na hipótese de inadimplemento de uma das partes”.

A permissão da cláusula resolutiva nos Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia Imobiliária foi, e ainda é alvo de muitos debates e reflexões, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Muito se questionou se o artigo 26 da Lei nº 9.514/97<sup>39</sup>, que autoriza a consolidação da propriedade em favor do fiduciário no caso de inadimplemento do fiduciante, constituiria afronta à vedação do pacto comissório insculpido no artigo 1428 do Código Civil Brasileiro<sup>40</sup>.

Ebert Chamoun, citado por Frederico Henrique Viegas de Lima<sup>41</sup>, por exemplo, se mostra irredutível ao comentar sobre o assunto.

Para o autor, o credor fiduciário, em hipótese alguma pode tornar-se proprietário pleno do imóvel dado em garantia.

Vejamos o seu posicionamento:

“O proprietário, e agora possuidor, é obrigado de imediato, a vender a coisa. Não pode continuar sendo proprietário, em razão da proibição trazida pela alienação fiduciária, inclusive pelo projeto, de pacto comissório, que permitiria ao credor, tornando-se dono automaticamente, com o não pagamento da obrigação. Isto não pode acontecer. Então ele tem que vender”.

---

<sup>38</sup> WALD, Arnoldo. *Direito das Obrigações – Teoria Geral das Obrigações e Contratos Cíveis e Comerciais*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>39</sup> “Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário”.

<sup>40</sup> “Art. 1428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”.

<sup>41</sup> Ob. cit., p. 134.

Para Melhim Namem Chalhub<sup>42</sup> no entanto, ao celebrar o Contrato de Alienação Fiduciária o credor fiduciário adquire a propriedade fiduciária temporária e, logicamente, havendo o adimplemento da obrigação, ele a perde. Contudo, havendo o inadimplemento da dívida, a propriedade se consolida em nome do credor fiduciário e, nesta condição, poderá dispor do bem como melhor lhe aprouver.

Defendendo seu posicionamento, justifica que: “*uma eventual proibição a que o proprietário fiduciário fique com o imóvel, se a dívida não for paga, implicaria a própria negação da teoria da propriedade resolúvel, desnaturando-a inteiramente*”.

Alguns autores, como é o caso de Marcelo Terra<sup>43</sup>, entendem que, frustrado o segundo leilão, o credor se desobriga de realizar um terceiro, podendo tornar-se proprietário pleno do bem.

Segundo Terra, na alienação fiduciária em garantia a propriedade do bem em favor do credor é limitada. Uma vez extinta a limitação inerente à propriedade do credor fiduciário, poderá este alienar o imóvel, se desejar, independentemente de leilão.

Pontes de Miranda, citado por Chalhub<sup>44</sup>, manifesta-se no seguinte sentido:

“Quem é outorgado em pacto de transmissão em segurança não poderia ficar subordinado à ratio legis do art. 765 (**atual 1.428**) do Código Civil porque já é adquirente; não se poderia negar tornar-se aquilo que já é; pode-se vedar o vir a ser. Aplicar-se o art. 765 (**atual 1.428**) ao outorgado em pacto de transmissão em segurança seria negar-se a alguém poder *continuar a ser o que já é*”.

Partindo de uma interpretação sistemática da Lei nº 9.514/97, podemos concluir pela proibição do pacto comissório nos Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel, a exemplo do que ocorre no ordenamento jurídico italiano por força do artigo 2744 de seu Código Civil, cujo teor permitimo-nos transcrever abaixo:

“Art. 2744. Divieto del patto commissorio.  
E’ nullo il patto (1419) col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se

---

<sup>42</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 221.

<sup>43</sup> Ob. cit., p. 47.

<sup>44</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade Imobiliária: Função Social e Outros Aspectos*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 236.

posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno (2796 e seguenti).<sup>45</sup>

Isto porque, nos termos do artigo 27, §§ 1º e 2º, cujos teores permitimo-nos transcrever abaixo, o fiduciário não pode, diante do inadimplemento da obrigação pelo fiduciante, tornar-se automaticamente proprietário do bem, dispondo do mesmo como bem lhe aprouver, conforme entendimento de Chalhoub transcrito em linhas atrás. A própria lei impõe esta vedação quando obriga o proprietário fiduciário levar o bem a leilão.

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

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

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

Contudo, ciosoante muito bem asseverou Marcelo Terra, frustrados ambos os leilões, a propriedade em nome do credor até então fiduciário, passa a ser ilimitada e plena, podendo dispor do bem como melhor lhe aprouver, ou ainda, manter-se como legítimo proprietário, se for de seu interesse.

Porém, há de ser salientado que, o inadimplemento da obrigação por parte do devedor fiduciante e o insucesso de ambos os leilões, por si só, não garantem ao credor fiduciário a livre disposição do bem.

Para que o credor fiduciário possa dispor livremente do bem, ainda que frustrado o segundo leilão, terá de dar ao devedor a quitação da dívida, mediante termo próprio.

É o que estabelecem os §§ 5º e 6º, do artigo 27 da Lei nº 9514/97, à saber:

(...)

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

---

<sup>45</sup> “Art. 2744. Proibição do pacto comissório. É nulo o pacto (1419) com o qual se convencionava que, na falta do pagamento do crédito no prazo fixado, a propriedade da coisa hipotecada ou dada em penhor se transmite ao credor. O pacto é nulo ainda que posterior à constituição da hipoteca ou do penhor (2796 e seguintes)”.

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

A despeito dos diversos posicionamentos doutrinários, a jurisprudência dos Tribunais brasileiros é pacífica no que se refere à proibição do Pacto Comissório nos Contratos de garantia. Vejamos alguns julgados:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO - SIMULAÇÃO - PACTO COMISSÓRIO - NULIDADE QUE SE RECONHECE. Inexiste compra e venda quando não há pagamento. Ocorre simulação quando o ato jurídico manifestado, oculta o verdadeiro caráter do negócio celebrado, nos termos do artigo 167, § 1º, II, do CC/2002. É nulo o negócio que permite ao credor ficar com o objeto da garantia, no caso de a dívida não ser paga no vencimento, caracterizando pacto comissório, conforme previsto pelo artigo 1.428 do CC/2002. (g.n.) – Ap. Cível nº 1.0313.06.184884-9/001, 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Rel. Des. Pedro Bernardes – Julg. 22/04/2008 – Publicado em 27/05/2008.

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO CONSTITUTIVA - ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - NEGÓCIO REALIZADO POR PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA - ALIENAÇÃO EM FAVOR DE EMPRESA DO PROCURADOR - POSTERIOR REPASSE A TERCEIROS - PROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU. I - RECURSO DO RÉU PRIMEIRO VENDEDOR - COMPRA SIMULADA - AUSÊNCIA DE INTENÇÃO DE VENDA - MERA GARANTIA DE DÍVIDA - MANDATO OUTORGADO QUE CONFIGURA PACTO COMISSÓRIO - NULIDADE. ART. 765, CC/1916 - PROCURAÇÃO, ADEMAIS, REVOGADA ANTES DA ESCRITURAÇÃO DA ALIENAÇÃO E INDÍCIOS ROBUSTOS DE AGIOTAGEM. II - RECURSO DA RÉ PESSOA JURÍDICA - ALEGAÇÃO DE BOA-FÉ - VENDEDOR QUE EMPRESTA NOME À SOCIEDADE E É SÓCIO MAJORITÁRIO E ADMINISTRADOR - CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INVALIDADE - ARGUMENTO RECHAÇADO - TERCEIROS COMPRADORES - RESIGNAÇÃO COM A DECISÃO - INVALIDAÇÃO TOTAL DA CADEIA DE NEGÓCIOS. III - SENTENÇA MANTIDA -. RECONHECIMENTO, EX OFFICIO, DA NULIDADE DA PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA - RECURSOS DESPROVIDOS. I - Demonstrado nos autos que a compra e venda entre os autores e o primeiro réu, escriturada por meio de procuração em causa própria, objetiva, em verdade, a garantia de dívida, caracterizando negócio simulado, mister o reconhecimento de sua anulabilidade. Na mesma toada, nulo, também, o mandato outorgado, por caracterizar evidente pacto comissório, incidindo a restrição do art. 765 do Código Civil de 1916, vigente à época. Sem prejuízo do exposto, o cenário

probatório converge ainda no sentido de que a primeira venda foi feita quando o mandatário tinha ciência da revogação da outorga de poderes e, ainda, contém indícios robustos de que a dívida garantida advém de prática de agiotagem, reforçando a nulidade já verificada. II - Não há falar em boa-fé da pessoa jurídica adquirente quando o vendedor, além de emprestar seu nome para a denominação da sociedade, é sócio majoritário e único administrador, sendo inequívoca a ciência da invalidade, o que, aliado à ausência de recurso dos terceiros adquirentes, possibilita a decretação de nulidade de toda a cadeia de alienações. (g.n) – Ap. Cível nº 423089 SC 042308-9, 3ª Câ. de Direito Civil, Rel: Henry Junior – j. 21/01/2010.

COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - PLEITO DE RESCISÃO CUMULADO COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM APOIO NO INADIMPLEMENTO DOS ADQUIRENTES - HIPÓTESE, NA VERDADE, DE EMPRÉSTIMO COM GARANTIA DA DÍVIDA - NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO, NO MÉRITO, DE QUE A AVENÇA QUE DÁ CAUSA À AÇÃO ESCONDE PACTO COMISSÓRIO, PROIBIDO POR LEI - CONFIGURAÇÃO DA PRÁTICA DOLOSA DE NEGÓCIO DE COMPRA E VENDA DE MÃO DUPLA, COM INTUITO DE FRAUDAR A LEI - INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS PRECISAS, GRAVES E CONCORDANTES DE VENDA DISFARÇADA PARA QUE O CREDOR FIQUE COM O OBJETO DA GARANTIA DA DÍVIDA - IMPROCEDÊNCIA BEM DECRETADA - RECURSO DESPROVIDO. (g.n) – Ap. Cível nº 9133362722005826, 9ª Câ. Direito Privado, Rel. Galdino Toledo Junior - j. 23/08/2011.

Conforme se depreende dos julgados acima, a proibição do pacto comissório nos Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia Imobiliária, além de proteger o consumidor – devedor fiduciante, na medida em que, no caso de ficar inadimplente com suas obrigações, não perde o bem em favor do fornecedor – credor fiduciário, com a consequente perda total das quantias pagas, é forma de impedir que negócios jurídicos sejam realizados de maneira simulada, ou seja, aparentemente revestidos de uma simples relação contratual de compra e venda, quando na verdade, são verdadeiros contratos reais de garantia.

## CAPÍTULO III – O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI Nº 8.078/90

### 3.1 Breve síntese histórica acerca de sua origem

A defesa do consumidor foi recepcionada na Constituição Federal como um direito fundamental do cidadão graças a um trabalho árduo de alguns órgãos de defesa do consumidor ligados ao Ministério Público e ao Ministério da Justiça, respectivamente, por meio da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor e por meio do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, culminando em uma proposta no sentido de que a Constituição Federal brasileira contemplasse expressamente os direitos dos consumidores a exemplo do que dispunha a Organização das Nações Unidas (ONU) mais precisamente em sua Declaração nº 39/248.

Lembram os autores Antonio Carlos Morato e Paulo de Tarso Neri<sup>46</sup> que, após analisar a proposta, o senador Affonso Arinos, à época, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, entendeu por bem que a defesa do consumidor fosse disposta de forma genérica no texto constitucional, e que a matéria fosse regulada por meio de lei ordinária.

E assim foi feito. A defesa do Consumidor foi inserida na Constituição Federal do Brasil de 1988 dentre os direitos fundamentais dos cidadãos, porquanto prevista no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais - Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, artigo 5º inciso XXXII, cujo teor permitimo-nos trazer a baila:

Art. 5º - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

(...)

XXXII – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

---

<sup>46</sup> MORATO, Antonio Carlos & NERI, Paulo de Tarso. *20 anos do Código de Defesa do Consumidor – Estudos em Homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 6/7.

A preocupação do legislador em garantir a eficácia da defesa do consumidor foi tão intensa que, além de fazer constá-la como uma garantia fundamental do cidadão, recepcionou a defesa do consumidor como sendo um dos princípios que devem reger a atividade econômica. Vejamos o que prescreve o artigo 170, inciso V da Constituição Federal, *in verbis*:

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

(...)

V – “defesa do consumidor;”

Além disso, com vistas a dar efetividade à defesa do consumidor e de evitar que a matéria fosse tratada em normas esparsas, o legislador constituinte fez constar no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o quanto segue, *in verbis*:

Artigo 48 – ADCT – “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o código de defesa do consumidor”.

Ademais, como bem lembrou Adolfo Mamoru Nishiyama<sup>47</sup>, a defesa do consumidor é tratada na Constituição como cláusula pétrea, e bem assim, não pode ser abolida do texto por meio de emenda constitucional.

Para o autor, “a vedação abrange a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da defesa do consumidor ou outro direito e garantia individual; basta apenas que haja a proposta de emenda que tenda a abolir aquele princípio”.

Em 1987, por iniciativa de uma Comissão criada pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, composta por importantes juristas da doutrina civilista, engajados em por em prática o que constou do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>48</sup>, nasceu o anteprojeto do Código do Consumidor que,

---

<sup>47</sup> NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 131/132.

<sup>48</sup> Participaram do anteprojeto do Código do Consumidor: Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman de Vasconcellos Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Junior e Zelmo Denari.

mais tarde deu origem ao Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90, com sua promulgação em 11 de setembro de 1990 e vigência a partir de 11 de março de 1991.

Na concepção de Luiz Antonio Rizzato Nunes<sup>49</sup>, *in verbis*:

“O Código de Defesa do Consumidor compõe um sistema autônomo dentro do quadro constitucional. Dir-se-á um subsistema próprio inserido no sistema constitucional brasileiro.”

E arremata:

“Dessa forma, de um lado, as regras do CDC estão logicamente submetidas aos parâmetros normativos da Carta Magna, e de outro, todas as demais normas do sistema somente terão incidência nas relações de consumo se e quando houver lacuna no sistema consumerista. Caso não haja, não há por que nem como pensar em aplicar outra lei diversa da nº 8.078”

Em outra obra<sup>50</sup> o autor diz, *in verbis*:

“A Lei 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem”.

Conclui-se, pois, por breves linhas, que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil foi a fonte inspiradora do Código de Defesa do Consumidor, enraizado em nosso ordenamento jurídico como uma norma de ordem pública e de interesse social, e assim sendo suas cláusulas não podem ser modificadas por disposição das partes, prevalecendo, pois, o interesse público em detrimento do particular.

Para não sobejar qualquer dúvida, o legislador fez constar em seu artigo 1º, *in verbis*;

“Art. 1º - O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e de interesse social, nos termos dos arts. 5º, XXXII, 170, V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

Até então, as relações contratuais eram fundadas no Código Civil de 1916 onde prevalecia a autonomia da vontade das partes. Não se levava em conta a situação econômica das partes envolvidas. O Estado não intervinha. Apenas tinha ele

---

<sup>49</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 71.

<sup>50</sup> Cf. NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 82.

mecanismos legais para evitar vícios na relação contratual, como o erro, dolo e a coação. No mais, prevalecia o princípio do “pacta sun servanda” – aquilo que era contratado virava lei entre partes.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, especialmente nas relações de consumo, a autonomia da vontade deu lugar à autonomia privada. O princípio do “pacta sun servanda” foi mitigado pelo princípio da “função social dos contratos”, prevalecendo o interesse público em detrimento do interesse particular das partes.

A despeito de não ser este o objeto do nosso estudo, insta consignar que, mais tarde, em 2002, com o advento do novo Código Civil, não só as relações contratuais de consumo, mas também as relações contratuais de direito privado passaram a ser norteadas pelo princípio da supremacia da ordem pública e da função social dos contratos, este último, consagrado no artigo 421 da norma civil.

Em suma, resta claro que o diploma legal infraconstitucional com viés constitucional, surgiu da eminente necessidade de se tornar equânime as relações contratuais de consumo que cresciam desmedidamente devido a grande evolução da sociedade em massa.

### **3.2 As partes na relação jurídica de consumo – Consumidor e Fornecedor**

Por relação jurídica de consumo, Newton de Lucca, citado na obra de Brunno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araujo Junior<sup>51</sup> define como aquela que “*se estabelece necessariamente entre fornecedores e consumidores, tendo por objeto a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo*”.

Antonio Carlos Morato e Paulo de Tarso Neri<sup>52</sup> conceitua a relação jurídica de consumo como sendo um “*vínculo jurídico existente entre fornecedor e consumidor advindo de ato de consumo ou decorrente de acidente de consumo, e consistente em um dar (no que concerne ao fornecimento de produto) ou um fazer (quanto à prestação de serviços)*”.

---

<sup>51</sup> GIANCOLI, Brunno Pandori & JUNIOR, Marco Antonio Araujo. *Coleção Elementos do Direito V. 16. Difusos e Coletivos – Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

<sup>52</sup> Ob. cit., p. 370.

Seguindo os ensinamentos acima, a relação jurídica de consumo necessariamente pressuporia apenas dois elementos: (i) as partes – consumidor e fornecedor; (ii) o objeto, aqui entendido produtos ou serviços.

Não obstante a definição supra, deve ser ressaltado que o consumidor a que alude o Código de Defesa do Consumidor não é simplesmente aquele que adquire produtos e serviços do mercado de consumo.

Para que seja considerado consumidor nos termos da lei, deve adquirir o produto ou o serviço na condição de destinatário final.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Claudia Lima Marques<sup>53</sup>, à saber:

“Parece-me que destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utiliza-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção”.

Nesse compasso, podemos concluir que, para a formação de uma relação jurídica de consumo, não basta a presença das partes e do objeto. Além de ambos os elementos, subjetivo e objetivo, há que estar presente o elemento finalístico traduzindo a ideia de que o produto ou o serviço está sendo adquirido pelo consumidor enquanto destinatário final.

### **3.2.1 O consumidor**

Dispõe o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor que: *“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”*.

---

<sup>53</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V. & MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 105.

Percebe-se que a lei considera consumidor tanto a pessoa física como a pessoa jurídica, sendo o ponto crucial para a sua identificação, a destinação do produto ou do serviço. Em outras palavras, não importa se a pessoa é física ou jurídica. Para ser considerada consumidora tem de, necessariamente, ser destinatária final daquele bem ou daquele serviço.

Para que a pessoa física seja considerada destinatária final, deve adquirir o produto para o seu próprio uso ou para sua própria utilidade. Podemos citar como exemplo, o advogado que adquire uma impressora no mercado de consumo para utilizá-la em seu escritório. Pode até não usar ele próprio a impressora, mas a adquiriu como incremento de sua atividade e, portanto, é considerado consumidor.

De outra ordem, se esse mesmo advogado adquirir uma impressora para revendê-la a um colega, por exemplo, não será considerado consumidor. Neste caso, estará agindo o profissional como mero intermediário na cadeia de consumo.

Como vimos, a pessoa jurídica também pode ser considerada consumidora desde que seja destinatária final do produto ou do serviço adquirido no mercado de consumo.

A doutrina<sup>54</sup> se vale de três teorias para identificar o consumidor, destinatário final do produto ou do serviço. São elas: (i) a teoria maximalista, também denominada objetiva; (ii) a teoria finalista, também denominada subjetiva ou teleológica; (iii) a teoria mista, também denominada de híbrida ou finalismo aprofundado.

A teoria *maximalista ou objetiva* defende que o consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire o produto e o utiliza como destinatário final, não importando se o uso será para fins particulares ou profissionais.

Para essa teoria o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado de maneira mais extensa possível, com vistas a amparar um número cada vez maior de consumidores.

Já a teoria *finalista, subjetiva ou teleológica*, defende a ideia de que consumidor, pessoa física ou jurídica, é aquele que retira um produto ou um serviço do

---

<sup>54</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGE, Bruno; GIANCOLI, Brunno Pandori & JUNIOR, Marco Antonio Araujo.

mercado utilizando-se do mesmo única e exclusivamente para satisfazer uma necessidade pessoal, e não para desenvolver atividade profissional. Neste caso, inexistente a destinação final econômica, somente a fática.

Por fim, a mais recente teoria criada pela doutrina referida neste trabalho, é a teoria mista, híbrida ou finalismo aprofundado.

Para essa corrente, a relação de consumo vai além da presença do consumidor, destinatário final de um bem de consumo, e do fornecedor. O consumidor, destinatário final, deve ser *vulnerável*, seja no aspecto técnico, jurídico, fático, ou ainda político.

Segundo nos ensina Claudia Lima Marques<sup>55</sup>, a teoria mista, que a autora preferiu denominar de *finalismo aprofundado*, apareceu a partir de 2003, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, como sendo uma subdivisão da teoria finalista. Segundo a autora, a teoria do finalismo aprofundado identifica o destinatário final com mais prudência e razoabilidade.

A vulnerabilidade, prevista no Código de Defesa do Consumidor como um princípio norteador nas relações de consumo, traduz a ideia de que o consumidor é a parte mais fraca na relação.

Segundo Giancoli<sup>56</sup>, *in verbis*:

“O princípio da vulnerabilidade (art. 4º, I do CDC) é o aspecto decisivo para determinação do conceito de consumidor. Sua análise garante a incidência do CDC a uma determinada relação como também permite sua exclusão, dando origem à noção de consumidor hipersuficiente, a exemplo das pessoas jurídicas que apresentem enorme porte financeiro e econômico”.

João Batista de Almeida, por sua vez, equipara o princípio da isonomia ao princípio da vulnerabilidade do consumidor. Para o autor trata-se do pilar básico que envolve a relação de consumo.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo Regime das Relações Contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 307.

<sup>56</sup> Ob. cit., p. 27.

<sup>57</sup> ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

Segundo Claudia Lima Marques<sup>58</sup>, existem três tipos de vulnerabilidade, quais sejam: (i) a técnica; (ii) a jurídica; (iii) a fática.

Segundo a autora, *in verbis*:

“Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matérias de serviços”.

Por vulnerabilidade fática ensina a autora que *“é aquela desproporção fática de forças, intelectuais e econômicas, que caracteriza a relação de consumo”*.

Por fim, nos dizeres da autora:

“Já a vulnerabilidade jurídica ou científica foi identificada e protegida pela corte alemã, nos contratos de empréstimo bancário e financiamento, afirmando que o consumidor não teria suficiente experiência ou conhecimento econômico, nem a possibilidade de recorrer a um especialista. É a falta de conhecimentos jurídicos específicos, de conhecimento de contabilidade ou de economia”.

Bruno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araujo Junior<sup>59</sup> acrescem aos tipos de vulnerabilidade acima mencionados, a vulnerabilidade política ou legislativa.

Segundo os autores, *“resulta da fraqueza política do consumidor no cenário brasileiro, mesmo reconhecendo o papel fundamental das entidades de proteção aos consumidores”*.

Sobre o tema, Paulo Valério Dal Pai Moraes citado na obra dos autores acima, argumenta que, *in verbis*:

“...as principais discussões sociais, “principalmente as jurídicas, pendem para a proteção dos valores econômicos ao invés dos valores sociais, estabelecendo hierarquia odiável e aumentando a vulnerabilidade política que macula os consumidores, quando, em realidade, deveriam estar os sistemas mesclados para o atendimento das necessidades de todos os homens, e não somente de alguns”.

Para Rizzato Nunes<sup>60</sup> *“a vulnerabilidade é a constatação e afirmação legal: basta ser consumidor para ser vulnerável. E por isso, gozar dos benefícios de proteção instituídos na lei”*.

---

<sup>58</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª. Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 198.

<sup>59</sup> *Ob. cit.*, p. 41.

<sup>60</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.

O consumidor pode, ainda, ser considerado hipossuficiente e deste modo, receber os benefícios da inversão do ônus da prova.

É o que prescreve o artigo 6º e seu inciso VIII do CDC, cujos teores permitimo-nos transcrever abaixo:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

I – (...)

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, à critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. (g.n.)

Ao comentar o dispositivo legal supracitado Rizzatto Nunes<sup>61</sup> diz que: “*O significado de hipossuficiência do texto do preceito normativo do CDC não é econômico. É técnico*”.

Continua o ator em seu raciocínio asseverando que, *in verbis*:

“...hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício, etc”.

E arremata:

“Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao mais “pobre”. Ou, em outras palavras, não é por ser “pobre” que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material”.

Pactuamos do entendimento do autor. A inversão do ônus da prova, conforme destaca o próprio dispositivo, é forma de facilitar a defesa dos direitos do consumidor no âmbito de um processo judicial.

Deste modo, resta claro que, a intenção do legislador, ao determinar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor hipossuficiente, foi o de garantir o equilíbrio da relação contratual, justamente em razão da falta de conhecimento técnico do consumidor na produção das provas.

---

<sup>61</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 133.

Se assim não fosse, isto é, se a hipossuficiência disposta na lei tivesse o condão de proteger o “pobre”, como mencionado por Rizzatto Nunes, bastaria o legislador determinar a inversão do pagamento das custas processuais despendidas pelo consumidor em detrimento do fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor ainda equipara à figura de consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. É o que prescreve o parágrafo único, do artigo 2º, cujo teor segue abaixo transcrito:

Art. 2º (...)

Parágrafo único – Equipara-se à consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Sobre o assunto, os autores Vidal Serrano Nunes Junior e Yolanda Alves Pinto Serrano<sup>62</sup> comentam, *in verbis*:

“Houve por bem a lei consumerista equiparar à figura do consumidor outra categoria de pessoas, especificamente a coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo, ainda que indetermináveis”.

Mais adiante, arrematam:

“...mister se faz compreender que o legislador quis abarcar em seu amplexo protetivo a figura do consumidor de forma indeterminada, isto é, aquele que não entra em contato direto com o fornecedor, não sendo identificado nos estreitos vínculos da relação fisicamente travada”.

Ainda, o Código de Defesa do Consumidor identifica como consumidores equiparados às vítimas de acidentes e as pessoas expostas a práticas comerciais abusivas. É o que prelecionam os artigos 17 e 29, respectivamente, cujos teores permitimo-nos transcrever abaixo:

Art. 17 – “Para os efeitos desta Seção<sup>63</sup>, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

---

<sup>62</sup> JUNIOR, Vidal Serrano Nunes e SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

<sup>63</sup> A seção referida no artigo diz respeito à responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço.

Art. 29 – “Para os fins deste Capítulo e do seguinte<sup>64</sup>, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

### 3.2.2 O fornecedor

O conceito legal de fornecedor vem expressamente disposto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, e assim estabelece, *in verbis*:

Art. 3º - “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Pelo conceito legal acima transcrito, denota-se que a intenção do legislador foi a de abarcar o maior número de pessoas que desenvolvam qualquer atividade de produção, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas.

Parte da doutrina conceitua o fornecedor por exclusão, isto é, ficam excluídas do conceito de fornecedor as demais pessoas que desenvolvam atividades tipicamente de direito privado e sem caráter de profissão ou atividade.<sup>65</sup>

Rizzatto Nunes<sup>66</sup>, por sua vez, aduz que, *in verbis*:

“Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir a todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta, etc”.

Roberto Senise Lisboa, citado na obra de Marcelo Sodré<sup>67</sup> defende que: “*a atividade profissional das pessoas física ou jurídica deve ser, em qualquer hipótese, o meio para que o consumidor proceda a aquisição do produto ou do serviço*”.

---

<sup>64</sup> Os capítulos em referência tratam, respectivamente, das práticas comerciais e da proteção contratual.

<sup>65</sup> Conceituando o fornecedor por exclusão: Marcelo Gomes Sodré; Fabíola Meira; Patrícia Caldeira e João Batista de Almeida.

<sup>66</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 86.

<sup>67</sup> SODRÉ, Marcelo Gomes. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Verbatim, 2006, p. 28.

Pelos ensinamentos acima, podemos inferir que fornecedor é toda pessoa, jurídica ou física, integrante da cadeia de consumo.

A habitualidade, ou seja, o exercício contínuo da prestação de um serviço ou fornecimento de um produto é uma característica determinante para a caracterização do fornecedor, assim como a finalidade de lucro.

Claudia Lima Marques<sup>68</sup> ensina que:

“...o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Tais características vão excluir da aplicação das normas do código todos os contratos firmados entre dois consumidores não profissionais. A exclusão parece-me correta, pois o Código, ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os fornecedores”.

Pactuando do mesmo entendimento de Claudia Lima Marques, Brunno Pandori Ginacoli e Marco Antonio Araujo Junior<sup>69</sup> defendem que, *in verbis*:

“A relação jurídica de consumo não se verifica em negócios puramente civis, a exemplo da locação. Para a condição de fornecedor não basta que o sujeito coloque no mercado produtos e serviços, mas sim que o faça por meio de uma atividade rotineira, seja ela empresarial ou não. Com isso temos que o conceito de fornecedor é mais amplo do que o conceito de empresário (art. 966 do CC/2002)”.

Conforme conceito trazido pelo legislador, a pessoa física pode ser considerada fornecedora desde que exerça uma atividade comercial, isto é, participante da cadeia de fornecimento de consumo.

Marcelo Gomes Sodré, ao comentar sobre o conceito de pessoa física na condição de fornecedora, diz que: “*No que respeita à pessoa física, tem-se em primeiro lugar, a figura do profissional liberal como prestador do serviço e que não escapou da égide da Lei 8.078/90*”.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo Regime das Relações Contratuais*. São Paulo: RT, 2011, p. 407.

<sup>69</sup> Ob. cit., p. 31.

<sup>70</sup> Ob. cit., p. 29.

Interessante é o exemplo trazido por Rizzatto Nunes<sup>71</sup>:

“...uma estudante que, para pagar os seus estudos, compra e depois revende *lingerie* entre seus colegas exerce atividade que a põe como fornecedora para o CDC. Se essa compra e venda for apenas em determinada e específica época, por exemplo, no período de festas natalinas, ainda assim ela é fornecedora, porque, apesar de eventual, trata-se de atividade comercial.

Quanto à possibilidade da pessoa pública ser considerada fornecedora, Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>72</sup> explica-nos que o poder público só é considerado fornecedor quando prestar serviços mediante a cobrança de preço público, afastando as hipóteses dos serviços custeados por tributos. Segundo o autor, para caracterizar a relação de consumo, há a necessidade de se conjugar o artigo 3º *caput* com o seu parágrafo segundo, o qual estabelece, dentre outras coisas, que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração.

Seguindo os ensinamentos do autor, podemos concluir que, quando um ente público, por meio de uma concessionária, coloca no mercado de consumo um serviço de conservação e manutenção de estradas mediante a cobrança de pedágio por exemplo, é considerado fornecedor.

Os entes despersonalizados, isto é, sem personalidade jurídica nos termos da lei também são considerados fornecedores. É o caso, por exemplo, dos vendedores ambulantes ou denominados vulgarmente de “camelôs”.

Concluindo o breve estudo sobre a pessoa do fornecedor na relação de consumo, Rizzatto Nunes, sempre com o seu modo extremamente didático de abordar conceitos, esclarece que é considerada pessoa jurídica estrangeira para os fins do CDC, aquela admitida no território nacional e que nesta condição preste serviços ou vende produtos. É o caso da companhia aérea que faz escala no país e aqui vende produtos à bordo, ou uma companhia teatral estrangeira que vem ao país para apresentações.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 101.

<sup>72</sup> *Ob. cit.*, p. 26/27.

<sup>73</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 103.

### 3.3 Os objetos na relação jurídica de consumo – Produto e Serviço

Os parágrafos 1º e 2º, do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor definem ambos os objetos na relação jurídica de consumo, quais sejam, o produto e o serviço. Vejamos:

Art. 3º (...)

§1º - “ Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

§2º - “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

#### 3.3.1 Produto

Podemos compreender “produto” como todo e qualquer bem, seja ele móvel, imóvel, material, imaterial, corpóreo ou incorpóreo, cuja apropriação tenha valor econômico.

Rizzatto Nunes<sup>74</sup> insere no conceito de bem também os considerados duráveis e os considerados não duráveis por força do artigo 26 do CDC que, ao estabelecer o prazo que o consumidor tem para reclamar pelos vícios dos produtos, o faz levando em consideração os produtos duráveis e não duráveis. O mesmo ocorre com os serviços, consoante veremos no item a seguir.

No conceito de produto o que nos chama mais atenção é o bem imaterial. O que seria, nos termos da lei, um bem imaterial? Qual foi a intenção do legislador ao inserir um bem imaterial como objeto na relação de consumo?

Por imaterial, podemos definir tudo aquilo que não tem forma material. É abstrato. No entanto, é suscetível de apropriação mediante remuneração.

Diante desta interpretação, podemos inferir que, uma atividade bancária, como por exemplo, mútuo, aplicações, cartas de fianças, títulos de capitalização, tudo isto pode ser considerado produto, e portanto, sujeito às regras consumeristas.

---

<sup>74</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 105.

A bem da verdade, a intenção do legislador foi mesmo a de abarcar todo e qualquer produto disposto no mercado de consumo pelo fornecedor, e, bem assim, garantir a proteção da lei consumerista quando restar caracterizada a relação de consumo.

Grande preocupação da doutrina<sup>75</sup> é com relação à amostra grátis.

Como vimos em linhas atrás, o produto deve ser interpretado como algo que seja passível de ser apropriado mediante remuneração.

Pois bem! Mas e o produto gratuito, aquele que é distribuído ao consumidor gratuitamente, a título de “amostra grátis”?

Da mesma forma que ocorre com os serviços que não são diretamente remunerados conforme veremos quando tratarmos dos serviços, a amostra grátis, embora não seja adquirida pelo consumidor mediante remuneração, é disponibilizada pelo fornecedor com a única intenção de obter lucro, embora indiretamente.

Assim, a amostra grátis também é considerada produto e, portanto, está sujeita às normas consumeristas, submetendo-se à todas as exigências legais da lei, como a qualidade, proteção contra defeitos e vícios, etc.

### **3.3.2 Serviço**

Segundo conceito trazido por Vidal Serrano Nunes Junior<sup>76</sup> serviço “*consiste na prestação positiva de algo economicamente relevante de uma parte a outra mediante contraprestação igualmente de ordem econômica (remuneração)*”.

O autor segue abordando a questão referente à remuneração, e, categoricamente afirma que “*sem remuneração não há falar-se em serviço*”.

A seguir, complementa dizendo que é muito comum encontrarmos os falsos serviços gratuitos. Em suas palavras a remuneração ocorre de forma recôndita.

É o que ocorre com os serviços de estacionamento de veículos aparentemente gratuitos.

---

<sup>75</sup> Rizzatto Nunes, Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano.

<sup>76</sup> Ob. cit., p. 28.

Dizemos “aparentemente” porque é óbvio que nada é cobrado diretamente do consumidor, mas embutido no preço do produto adquirido por exemplo, no shopping, em um hipermercado ou em um grande magazine que disponibiliza aos seus consumidores o estacionamento intitulado-o como uma “cortesia”.

Neste sentido é o entendimento de Brunno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araujo Junior<sup>77</sup> ao discorrer sobre o assunto, *in verbis*:

“A expressão “mediante remuneração”, constante da definição de serviço no CDC (art. 3º, §2º) deve ser analisada de forma abrangente, já que a remuneração, se não for feita de forma direta, o será de forma indireta”.

Os autores presenteiam os estudiosos sobre o assunto com exemplos muito simples, porém extremamente didáticos.

Como serviços mediante remuneração de forma indireta, os autores citam: o cafezinho consumido no restaurante pelo cliente após o pagamento da conta, o acesso gratuito à internet nos aeroportos, escolas e bibliotecas, a instalação “gratuita” do rádio automotivo após a sua aquisição pelo consumidor, etc.

Ao passo que, como serviços sem nenhuma remuneração propriamente dita, que segundo eles, são raros, porém, existentes, citam o exemplo do médico que está viajando num avião e um dos passageiros tem um mal-estar. Não havendo nenhum médico vinculado à companhia aérea a bordo, o comandante solicita os préstimos do médico também passageiro no sentido de que o mesmo preste os primeiros socorros. Neste caso, obviamente, nenhuma remuneração existiu, e, portanto, não se aplica, na hipótese, o CDC.

Durante muito tempo se discutiu e se enfrentou o posicionamento do legislador de prever, expressamente, no rol de serviços sujeitos à proteção do consumidor, os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

Até que em 2004, por força da Súmula nº 297, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual estabelece: “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, a questão parece-nos ter sido parcialmente pacificada, eis que, ainda hoje, conforme demonstraremos no decorrer de nosso estudo, alguns serviços e produtos disponibilizados por instituições financeiras, como ocorre com os

---

<sup>77</sup> Ob. cit., p. 34.

financiamentos imobiliários mediante alienação fiduciária em garantia, não são considerados relações de consumo e, portanto, não estão sob a égide do CDC, até em razão de ser esse tipo de relação contratual regulada por lei específica. Sobre o assunto dedicaremos um tópico específico.

Para encerrarmos esse tópico, convém explicitar que, na Espanha, da mesma forma que ocorre em nosso país, os contratos bancários são regulados pela Lei de Defesa do Consumidor.

Fernando Sanches Calero<sup>78</sup>, ao comentar sobre o assunto, assevera que, *in verbis*:

“...la tan bien intencionada como deficiente Ley 26/1984, de 19 de Julio, de Defensa de Los Consumidores y Usuarios, em su artículo 10, contiene manifestaciones que son aplicables sin Duda a lós contratos bancários”.

### **3.4 Alguns princípios norteadores da relação de consumo**

Ao estabelecer a Política Nacional das Relações de Consumo, o artigo 4º do CDC enumera os princípios que devem reger uma relação de consumo.

Serão aqui destacados os mais importantes para a finalidade do nosso estudo. São eles: (i) reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (CDC. art. 4º, I); (ii) Intervenção do Estado (CDC. Art. 4º, II); (iii) Harmonização de interesses, Boa-fé e equidade nas relações de consumo (CDC. art. 4º, III).

#### **3.4.1 Princípio do Reconhecimento da Vulnerabilidade do Consumidor**

A vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor já foi objeto de análise em nosso estudo quando abordamos o conceito de consumidor.

Cumpre-nos apenas salientar que, a nosso ver, o objetivo do legislador, ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor como um princípio norteador da relação

---

<sup>78</sup> CALERO, Fernando Sanchez. *Condiciones Generales ela los Contratos Bancários* – Colegios Notariales de España. Madrid, 1996, p. 309.

consumerista, foi o de garantir o equilíbrio na relação entre o consumidor e o fornecedor.

Enquanto princípio norteador da Política Nacional das Relações de Consumo, ensina-nos Marcelo Sodré que, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor “*é a base para a existência do próprio direito do consumidor. É porque se reconhece que o consumidor é vulnerável que se justifica a existência de normas para o proteger*”.<sup>79</sup>

Para o autor, a vulnerabilidade é uma constatação genérica.

### **3.4.2 Princípio da Intervenção do Estado**

O princípio da Intervenção do Estado, ou simplesmente princípio do Protecionismo<sup>80</sup>, foi recepcionado pelo legislador por força do artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, o qual atribui ao Estado a defesa do consumidor, por meio de iniciativa direta – adoção de medidas “ex officio” (CDC, art. 4º, II, “a”); incentivo à criação e desenvolvimento de associações de defesa do consumidor (CDC, art. 4º, II, “b”); presença do Estado no mercado de consumo (CDC, art. 4º, II, “c”); e ainda; por meio de ações fiscalizadoras visando a garantia dos padrões de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho dos produtos e serviços colocados no mercado consumerista (CDC, Art. 4º, “d”).

Podemos dizer que este princípio nada mais é do que um desdobramento do princípio da vulnerabilidade, cabendo ao Estado interferir nas relações de consumo, justamente em decorrência da vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor.

Conforme bem observa os juristas Brunno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araujo Junior<sup>81</sup>, verifica-se a atuação do Estado por meio da Secretaria de Direito Econômico (SDE), dos PROCONs, do Ministério Público, e das entidades civis, como o Instituto de Defesa do Consumidor - IDEC e a Associação de Defesa do Consumidor - ADECON.

---

<sup>79</sup> Ob. cit., p. 42.

<sup>80</sup> Denominação dada por Vidal Serrano Nunes e Yolanda Alves Pinto Serrano.

<sup>81</sup> Ob. cit., p. 43.

### 3.4.3 Princípio da Harmonização de Interesses

Rizzato Nunes lembra que a boa-fé é recepcionada como princípio norteador da Política Nacional de Relações de Consumo (CDC. art. 4º, III), mas também como cláusula geral disposta no art. 51, IV do mesmo diploma legal<sup>82</sup>.

Neste tópico, nos limitaremos a analisar a boa-fé como um princípio e, em momento oportuno, estudaremos a boa-fé como cláusula geral de proteção contratual nas relações consumeristas.

Enquanto princípio, a boa-fé tem o condão de viabilizar os ditames constitucionais da ordem econômica. É o que prevê o artigo 4º, inciso III, à saber:

Art. 4º - (...)

(...)

III – “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

Por força deste princípio, intenciona o legislador garantir a compatibilização entre o desenvolvimento econômico e tecnológico e a efetiva proteção do consumidor.

Para a consecução do objetivo acima, as partes devem se relacionar com base na boa-fé e na equidade.

Nas lições do professor Marcelo Sodré<sup>83</sup>, este princípio é o mais importante de todos. Dele decorrem vários outros, como a transparência nas relações de consumo<sup>84</sup>.

Claudia Lima Marques<sup>85</sup>, sobre o assunto diz que:

“Poderíamos afirmar genericamente que a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC. Mister, porém, destacar igualmente o princípio da transparência (art. 4º, *Caput*), o qual não deixa de ser um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais”.

---

<sup>82</sup> *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117.

<sup>83</sup> Ob. cit., p. 43.

<sup>84</sup> No entendimento do professor, a transparência nas relações de consumo deveria ser recepcionada pelo CDC como um princípio e não como um objetivo conforme disposto no caput do art. 4º do CDC.

<sup>85</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª. Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 203.

Por fim, a equidade ou, o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores conforme expressamente dispõe a norma, do mesmo modo que a boa-fé, é um princípio norteador da ordem consumerista, mas também, uma cláusula geral de proteção contratual disposta no artigo 51, inciso IV do CDC.

Sobre o princípio do equilíbrio contratual e a não prevalência da autonomia da vontade, Claudia Lima Marques<sup>86</sup>, com todo acerto comenta que, *in verbis*:

“O princípio da equidade, do equilíbrio contratual é cogente; a lei brasileira não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por “abuso do poderio econômico” do fornecedor, como exigia a lei francesa, - ao contrário, o CDC sanciona e afasta apenas o resultado, o desequilíbrio, não exige um ato reprovável do fornecedor; a cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem econômica, contrário às novas normas de ordem pública de proteção do CDC, a autonomia da vontade não prevalecerá”.

Segundo Rizzatto Nunes<sup>87</sup>, este princípio é a concretização de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrado no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Além dos princípios norteadores da relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor disciplina alguns mecanismos para garantir a proteção do consumidor nas mais diversas relações contratuais de consumo.

No próximo tópico, serão recepcionados, a nosso ver, os que guardam maior pertinência e relevância para este trabalho monográfico.

### **3.5 Mecanismos de Proteção Contratual na Relação de Consumo**

Devido a massificação das relações contratuais e a utilização cada vez mais frequente dos denominados contratos-tipo ou de massa, a autonomia da vontade dos contratantes, principalmente a da parte mais vulnerável da relação – o consumidor – foi extremamente mitigada, para não dizer extinta.

---

<sup>86</sup> *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo Regime das Relações Contratuais*. São Paulo: RT, 2011.

<sup>87</sup> *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119.

Claudia Lima Marques<sup>88</sup> sobre a questão em comento, lembra que:

“...em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se regra, e deixaram claro o desnível entre os contratantes – um, autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente – desmentindo a ideia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual”.

Diante do desequilíbrio caótico que se implantou nas relações contratuais em razão da própria evolução do mercado de consumo, o legislador consumerista se viu obrigado a criar mecanismos efetivos para proteger o consumidor, parte mais fraca da relação consumerista, garantindo assim o equilíbrio na relação contratual entre as partes.

Para tanto, o legislador dedicou todo um capítulo no Código de Defesa do Consumidor denominado “Da Proteção Contratual” (arts. 46 a 53)

O capítulo é composto de duas seções, sendo a primeira - Seção I, dispendo sobre normas gerais de proteção ao consumidor, como por exemplo, o direito do consumidor de conhecer previamente o conteúdo do contrato antes de firmá-lo, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, etc. (arts. 46 a 50), e a segunda – Seção II, dispendo acerca das cláusulas abusivas (arts. 51 a 53).

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor elenca um rol exemplificativo de cláusulas consideradas abusivas que, uma vez inseridas no contrato, são nulas de pleno direito, independentemente da vontade das partes. Impera a autonomia privada em detrimento da autonomia ilimitada da vontade das partes contratantes.

Rizzatto Nunes<sup>89</sup> complementa asseverando que, *in verbis*:

“Diferentemente do Código Civil, que dispõe sobre dois tipos de nulidade, a absoluta e a relativa, a Lei nº 8.078 apenas reconhece as nulidades absolutas de pleno direito, fundadas no seu art. 1º, que estabelece que as normas que regulam as relações de consumo são de ordem pública e interesse social”.

---

<sup>88</sup> *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo Regime das Relações Contratuais*. São Paulo: RT, 2011, p. 162.

<sup>89</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 553.

Marcelo Gomes Sodré diz que, as nulidades explicitadas no CDC são de pleno direito e, portanto, podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado; por provocação da parte em ação própria, em sede de defesa ou de reconvenção; não produzem efeitos jurídicos e não ficam sujeitas à preclusão.<sup>90</sup>

Ainda sobre o assunto, Bruno Giancoli e Marco Antonio Araujo Junior, lembram que, as cláusulas tidas por abusivas podem ser afastadas sem que isto comprometa o contrato, sendo certo que o contrato somente não será levado a efeito se a cláusula abusiva for essencial à substância do objeto contratual.<sup>91</sup>

Nesse sentido, é o que estabelece o §2º, do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, cujo teor permitimo-nos transcrever abaixo:

Art. 51 – (...)

(...)

§2º - “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

Conforme dito alhures, para este trabalho monográfico, algumas Cláusulas constantes do artigo 51 merecem destaque.

### **3.5.1 Proibição da cláusula de não indenizar**

Em síntese, estabelece o artigo 51, inciso I, que são nulas as cláusulas que impossibilitem, atenuem, ou exonerem a obrigação do fornecedor de indenizar o consumidor nos casos de vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços.

Desta feita, na relação de consumo, não pode o consumidor ficar a míngua de ressarcimento quando o mesmo lhe for devido. Do contrário, privilegiar-se-ia o enriquecimento do fornecedor em detrimento do consumidor.

---

<sup>90</sup> Ob. cit., p. 318.

<sup>91</sup> Ob. cit., p. 116.

### **3.5.2 Vedação da opção pelo consumidor de reembolso da quantia já paga**

Por força do art. 51, inciso II, é assegurado ao consumidor a rescisão do contrato sem que o mesmo perca toda a quantia paga.

Imaginemos uma situação em que o aluno se matricule em uma Instituição de Ensino particular e, antes do início das aulas, desiste da contratação porque conseguiu êxito no concurso vestibular em uma Instituição Pública, cujo resultado do processo somente foi divulgado posteriormente à realização de sua matrícula.

Evidentemente que, não tendo havido a prestação efetiva dos serviços contratados, tem o consumidor o direito ao reembolso da quantia paga. Havendo cláusula vedando o reembolso, naturalmente será considerada nula de pleno direito, inclusive, como vimos, de ofício pelo magistrado.

Assegura-se com a disposição legal em comento, que o consumidor suporte uma onerosidade excessiva, e, por outro lado, que o fornecedor enriqueça-se indevida e ilicitamente.

### **3.5.3 Proibição de cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade.**

O artigo 51, inciso IV, o qual já tivemos a oportunidade de comentar quando analisamos os princípios da boa-fé e a equidade consagrados no art. 4º, inciso III do CDC, dispõe que, *in verbis*:

Art. 51 – “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Evidentemente que a intenção do legislador, ao tornar nulas de pleno direito as cláusulas que atribuem ao consumidor obrigações iníquas ou abusivas, foi o de justamente, assegurar o equilíbrio contratual e a boa-fé objetiva das partes.

Nas palavras de Vidal Serrano Nunes Junior<sup>92</sup>, “...buscou o legislador evitar o *desequilíbrio contratual e a exploração pelo fornecedor da vulnerabilidade do consumidor*”.

Rizzatto Nunes defende a ideia de que o princípio da boa-fé e o da equidade dispostos como normas no artigo 51, IV são cláusulas gerais que devem nortear as demais cláusulas contratuais.<sup>93</sup>

A boa-fé recepcionada no Código de Defesa do Consumidor é a chamada boa-fé objetiva. Espera-se que as partes agem conforme os parâmetros de honestidade e lealdade, com vistas à assegurar o equilíbrio na relação de consumo.

Consoante estabelece o §1º, do art. 51, presume-se exagerada a vantagem que:

- ofender os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- restringir direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;
- se mostrar excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso;

Claro está, portanto, que o legislador, com todo acerto, criou mecanismos para assegurar que o consumidor não seja lesado em razão de sua vulnerabilidade frente ao fornecedor.

No tocante a definição de vantagem exagerada, o legislador elencou um rol exemplificativo e bastante amplo, o que significa dizer que, qualquer cláusula que restrinja direitos do consumidor ou que o onere excessivamente a ponto de colocar à prova o equilíbrio contratual, será considerada nula de pleno direito.

Além disso, é importante frisar que, em prestígio ao Princípio da Preservação dos Contratos, conforme preceitua o §2º do art. 51 acima transcrito, a presença de uma cláusula abusiva no Contrato não necessariamente torna nula toda a contratação, a não ser que sua ausência onera demasiadamente uma das partes contratantes.

---

<sup>92</sup> Ob. cit., p. 189.

<sup>93</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 522/523.

### 3.5.4 Direito de informação do consumidor na outorga de crédito ou concessão de financiamento

Diz o artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 52 – “ No fornecimento de produtos ou serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II- montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos”.

Ao comentar o dispositivo legal acima, Vidal Serrano Nunes Junior<sup>94</sup> esclarece, *in verbis*:

“O rol que insere o artigo sob comento (incisos I a V) é exemplificativo, consoante deflui da leitura do *caput* do dispositivo. Isso significa que, a série ali prescrita deve se somar às informações concernentes às demais questões contratuais; é dizer, a lei não dispensou o fornecedor de esclarecer integralmente o consumidor quanto ao conteúdo e os efeitos futuros dos contratos”.

Considerando o entendimento de Rizzatto Nunes<sup>95</sup>, de que o dever de informar não é simplesmente uma norma, mas um princípio fundamental na relação de consumo, assim como a transparência insculpida no artigo 4º do CDC, podemos concluir que o artigo 52 é um desdobramento de ambos os princípios.

---

<sup>94</sup> Ob. cit., p. 206.

<sup>95</sup> *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 123.

### 3.5.5 Proibição de cláusula de decaimento

Cláusula de decaimento, nas lições de Claudia Lima Marques, é aquela que prevê a perda total ou substancial das prestações (quantias) já pagas, em caso de inadimplemento do devedor”.<sup>96</sup>

A proibição da cláusula de decaimento está disposta no artigo 53 do CDC e, do mesmo modo das demais cláusulas já analisadas neste tópico, também é forma de garantir o equilíbrio e a boa-fé objetiva das partes na relação contratual de consumo.

Permitimo-nos transcrevê-lo abaixo:

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”.

O teor do artigo 53 é claro e não dá margens para demais interpretações. Nos contratos de compra e venda, seja de bem móvel ou imóvel, e nas Alienações Fiduciárias em Garantia, qualquer cláusula que estabelecer a perda total dos valores pagos pelo consumidor em favor do fornecedor é nula de pleno direito.

Não obstante, ao dispor expressamente a menção “perda total”, garantiu o legislador a equidade entre as partes, ou seja, da mesma forma que o consumidor não pode sofrer prejuízo com a perda de todo o valor pago, o fornecedor, por sua vez, também não pode, a despeito de retomar o imóvel, suportar sozinho os prejuízos, até porque, não foi ele quem deu causa a rescisão da avença.

Nesse sentido, se por um lado é direito do consumidor não perder tudo o que pagou, por outro, é seu dever ressarcir eventuais prejuízos que tenha causado ao fornecedor em decorrência do seu inadimplemento.

Brunno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araujo Junior defendem que, o fornecedor pode estabelecer cláusula de retenção de parte das parcelas pagas, mas nunca

---

<sup>96</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3.Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1076.

a retenção integral. Para os autores, a devolução da integralidade do valor por parte do fornecedor, acarretaria o enriquecimento ilícito por parte do fornecedor.<sup>97</sup>

Lembram os autores que, nos contratos de compromisso de compra e venda de imóvel, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido como razoável a retenção por parte do fornecedor o equivalente à 20% (vinte por cento) a 25% (vinte e cinco por cento) do total da quantia paga pelo consumidor, para cobrir as despesas administrativas usuais, como por exemplo, propaganda, depreciação imobiliária, desgaste do uso do imóvel, corretagem, etc.

Corroborando com o entendimento dos autores, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por votação unânime, assim decidiu:

“Civil – Compromisso de compra e venda de imóvel - Perda de parte das prestações pagas - Código de Defesa do Consumidor. O Código de Defesa do Consumidor autoriza a devolução de parte das parcelas pagas decorrentes de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, mas permite a retenção de um certo percentual. Recurso conhecido e parcialmente provido” (STJ, REsp 196.311/MG, Recurso Especial nº 1998/0087593-0, j. 23-04-2002, rel. Min. César Asfor Rocha).

Rizzatto Nunes faz uma crítica ao artigo 53 com a qual permitimo-nos discordar.<sup>98</sup>

Diz o autor que o legislador escreveu menos do que deveria, pois no seu entendimento, deveria ele prescrever algo semelhante ao que dispõe o artigo 413 do Código Civil Brasileiro, cujo teor permitimo-nos transcrever abaixo:

CC. Art. 413 – “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”

A nosso ver, o legislador consumerista atingiu o objetivo da lei, qual seja, o de preservar a equidade e a boa-fé objetiva que devem nortear toda e qualquer relação contratual, e evitar que as partes – fornecedor e consumidor se enriqueçam ilicitamente.

---

<sup>97</sup> Ob. cit., p. 124.

<sup>98</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 593.

Tanto assim é que, atualmente, o artigo 53 do CDC é muito utilizado como fundamento nas decisões judiciais com vistas à manutenção do equilíbrio contratual, à vedação da onerosidade excessiva em detrimento do consumidor e o enriquecimento sem causa, inclusive nas Alienações Fiduciárias em Garantia Imobiliária, objeto de nosso estudo.

Ademais, seja com fundamento no artigo 413 do Código Civil ou no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, a valoração do *quantum* considerado razoável é subjetiva, cabendo ao magistrado, tanto num, como noutro caso, levar em conta as circunstâncias da contratação, o valor até então pago pelo consumidor quando da rescisão do contrato, a natureza e a finalidade do negócio, etc.

A bem da verdade, o que deve ficar claro é que, independentemente da maneira como a norma foi escrita, deve ela alcançar os objetivos para a qual foi criada, e isto, por tudo o que foi até aqui estudado, podemos aferir que o legislador cumpriu o seu papel.

O próximo capítulo será dedicado ao estudo da Alienação Fiduciária em Garantia Imobiliária sob a ótica dos mandamentos principiológicos consagrados pelo Código de Defesa do Consumidor.

## **CAPÍTULO IV – DA SUBSUNÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – UMA RELAÇÃO DE CONSUMO**

### **4.1 A relação de consumo oriunda do Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel**

No decorrer deste trabalho tivemos a oportunidade de abordar os 03 (três) elementos existentes que, juntos, caracterizam uma relação de consumo: (i) o elemento subjetivo, que se traduz nas partes desta relação, ou seja, o consumidor, parte vulnerável na relação e destinatária final do produto ou do serviço, e o fornecedor, aquele que disponibiliza produtos e/ou serviços no mercado de consumo; (ii) o elemento objetivo, que se traduz no objeto da relação consumerista, podendo ser um produto ou um serviço; (iii) e o elemento finalístico, traduzindo a ideia de que o produto ou o serviço está sendo adquirido pelo consumidor enquanto destinatário final.

A questão acerca do Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia Imobiliária ser ou não considerada uma relação de consumo ainda é alvo de divergência entre os estudiosos do tema.

Talvez o principal argumento para justificar que a relação contratual oriunda do Contrato de Alienação Fiduciária não é de consumo está no fato de que, para alguns doutrinadores, como é o caso de Melhim Namem Chalhub<sup>99</sup> a Alienação Fiduciária em Garantia tem natureza de um contrato de mútuo, cujo objeto é o dinheiro que, segundo ele, não se enquadra entre os produtos definidos no artigo 2º do Código de Defesa do Consumido, por não se tratar de um bem consumível.

---

<sup>99</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP. *Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor*, p. 48 - Texto disponível em: [http://www.abecip.org.br/imagens/conteudo/publicacoes\\_e\\_artigos/alienacao\\_fiduciaria\\_e\\_direitos\\_do\\_consumidor.pdf](http://www.abecip.org.br/imagens/conteudo/publicacoes_e_artigos/alienacao_fiduciaria_e_direitos_do_consumidor.pdf). Acesso em: 10/09/2013.

Segundo o autor, *in verbis*:

“Efetivamente, a entrega de dinheiro sob a forma de contrato de mútuo configura a transmissão da propriedade do dinheiro do mutuante para o mutuário, mas não para que o mutuário consuma o dinheiro, no sentido de destruí-lo ou torná-lo deteriorável pelo uso continuado, ma, sim, para que o utilize e restitua ao mutuante, em igual qualidade e quantidade (Código Civil, art. 1256). Ora, a obrigação de restituir, que é da natureza do contrato de mútuo, afasta definitivamente qualquer possibilidade de sua equiparação às relações de consumo definidas no próprio CDC, por encerrarem conceitos substancialmente antagônicos: no consumo, se recebe uma coisa para destruir; no mútuo, se recebe uma coisa para restituir”.

No entanto, permitimo-nos discordar do argumento utilizado pelo autor para afastar a relação de consumo nos Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia.

Primeiro porque, ainda que o objeto do Contrato de Alienação Fiduciária seja o dinheiro ou o crédito como preferimos denominar, vimos no Capítulo III, item 3.3.1 do presente trabalho que “produto”, nos termos da lei consumerista, é todo e qualquer bem, seja ele móvel, imóvel, material, imaterial, corpóreo ou incorpóreo, cuja apropriação tenha valor econômico.

Naquela ocasião, vimos que o bem imaterial pode ser considerado todo aquele que não tem forma material, é abstrato, e concluímos que, qualquer atividade bancária colocada à disposição no mercado de consumo é considerada produto, como é o caso do mútuo.

Segundo porque, com o advento da Súmula nº 297, editada pelo Superior Tribunal de Justiça em 2004<sup>100</sup>, a questão parece-nos ter sido pacificada. Qualquer atividade financeira disponibilizada no mercado de consumo se subsume ao Código de Defesa do Consumidor, o que afasta, por completo, eventual argumento em sentido contrário.

E, ainda que assim não fosse, o próprio Código de Defesa do Consumidor que, nos termos do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias regulamentou a defesa do consumidor, direito fundamental do cidadão (CF. art. 5º,

---

<sup>100</sup> Súmula 297 – STJ - “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

XXXII) e considerada cláusula p etra, inseriu em seu artigo 53<sup>101</sup> a Aliena o Fiduciária em Garantia, estando ela sob o manto da legisla o consumerista.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior<sup>102</sup> se manifesta, *in verbis*:

“... para as compras a presta o, sejam de móveis ou imóveis, com garantia hipotecária, com cláusula de propriedade resolúvel, de aliena o fiduciária, reserva de domínio ou outro tipo de garantia, o Código não permite que se pactue a perda total das presta es pagas, no caso de retomada do bem ou resolu o do contrato pelo credor, por inadimplemento do consumidor”(g.n.)

Pactuando ainda desse entendimento, vejamos as li es de Antonio Carlos Efig, citado por Eduardo Cavalcanti Araújo dos Reis<sup>103</sup>:

“as opera es pertinentes ao Sistema Financeiro Imobiliário podem ser contratadas livremente entre as partes, não obstante, ressalta isto não queira significar que tais contrata es estejam fora da prote o contratual estatuida pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que não poderia uma legisla o infraconstitucional contrariar princípio constitucional de ordem econômica e garantia fundamental dos consumidores brasileiros”.

E continua seu raciocínio argumentando, *in verbis*:

“...Indubitavelmente, faz parte da manuten o do equilíbrio entre as partes contratantes que o consumidor tenha pleno conhecimento da extensão de suas obriga es, razão pela qual a constitui o de garantias sem a sua consciente anuência afigura-se exageradamente vantajosa ao fornecedor, o que   vedado pelo CDC”:

Cotejando os elementos presentes no Contrato de Aliena o Fiduciária em Garantia Imobiliária, não há d vidas que a rela o dele advinda   de consumo.

O devedor fiduciante assume a condi o de consumidor, porque adquiriu do mercado de consumo um crédito para o financiamento de um imóvel para sua moradia

---

<sup>101</sup> Art. 53 – “Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em presta es, bem como nas aliena es fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das presta es pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolu o do contrato e a retomada do produto alienado”.

<sup>102</sup> NERY, Nelson Jr. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6 . Ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999, p. 546 e 547.

<sup>103</sup> REIS, Eduardo Cavalcanti Araújo dos. *Código de Defesa do Consumidor & Contratos de Financiamento Imobiliário*. Curitiba: Editora Juruá, 2006, p. 129.

mediante o pagamento em prestações, dando o próprio imóvel como garantia de pagamento. Por sua vez, o credor fiduciário assume o *status* de fornecedor, porque colocou à disposição do consumidor o crédito para a aquisição do bem imóvel.

#### **4.2 Divergência acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, em especial o artigo 53, nos Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel**

Apesar do tempo transcorrido desde a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 e da Lei 9.514/97 que, dentre outras coisas, instituiu a Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel, ainda hoje há divergência na doutrina e na jurisprudência acerca da aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de financiamento imobiliário garantidos por alienação fiduciária, em especial, o artigo 53, *caput*, o qual reputa nulas de pleno direito, as cláusulas que estabeleçam a perda total das quantias pagas pelo devedor em benefício do credor no caso de resolução do contrato por inadimplemento e a retomada do produto, objeto da garantia.

Considerável parte da doutrina<sup>104</sup> se vale dos critérios da especialidade e da cronologia para sustentar a não aplicação do artigo 53 da lei consumerista nos contratos de financiamento imobiliária garantidos por alienação fiduciária.

Para essa corrente, apesar de ambas as leis se encontrarem no mesmo plano hierárquico e normativo - leis ordinárias e, portanto, não haver prevalência de uma sobre a outra, a lei 9.514/97 é uma lei especial que regula, de forma específica, a relação contratual oriunda de um contrato de garantia, sua formação, execução e os desdobramentos decorrentes de sua extinção, seja na hipótese de adimplemento integral da obrigação, o que denominamos no presente trabalho de causa natural de extinção, seja na hipótese de inadimplemento total da obrigação, causa forçosa de rompimento do contrato.

Entendem alguns estudiosos que, apesar da lei 8.078/90 também ser uma lei especial, tem esta por escopo disciplinar ou regulamentar as normas gerais visando, no caso, a defesa do consumidor. Equipara-se, portanto, a um diploma geral a exemplo do

---

<sup>104</sup> Defendendo pela não incidência do art. 53 do CDC ao sistema da Lei nº 9.514/97 : João Manuel Arruda Alvim Netto, Melhim Namem Chalhub, Arnoldo Wald e Marcelo Terra.

Código Civil, enquanto que a lei 9.514/97, em seus artigos 22 a 33, disciplina de forma completa e exauriente o instituto da Alienação Fiduciária em Garantia Imobiliária, inclusive no que tange à sua estrutura.

Outro argumento muito utilizado por essa corrente está no fato de que, a lei 9.514/97 é lei nova em relação ao Código de Defesa do Consumidor, e, nesse sentido, prevaleceria sobre a lei consumerista.

Sobre os critérios da especialidade e da cronologia utilizados por parte da doutrina para justificar o afastamento do artigo 53 do CDC nas alienações fiduciárias, Claudia Lima Marques<sup>105</sup> ensina que, *in verbis*:

“ A lei especial nova geralmente traz normas a par das já existentes (art. 2º da LICC), normas diferentes, novas, mais específicas do que as anteriores, mas compatíveis e conciliáveis com estas. Como o CDC não regula contratos específicos, mas sim elabora normas de conduta gerais e estabelece princípios, raros serão os casos de incompatibilidade. Se, porém, os casos de incompatibilidade são poucos, nestes há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios da especialidade e cronologia[...]. Assim, o CDC como lei geral de proteção aos consumidores poderia ser afastado para a aplicação de uma lei nova especial para aquele contrato ou relação contratual, como no caso da lei sobre seguro-saúde se houver incompatibilidade de preceitos”.

Pelas lições trazidas pela autora, infere-se que, só haverá o afastamento da lei consumerista quando esta for totalmente incompatível e inconciliável com a norma especial e posterior, o que não nos parece ser o caso consoante veremos durante a presente exposição.

Conforme vimos alhures, parte considerável da doutrina entende que o artigo 53 do CDC não se aplicaria aos contratos de financiamento com garantia fiduciária em razão da antinomia jurídica existente entre ambas as normas, vez o que os artigos 26 e 27 da lei 9.514/97 preveem regramento próprio e específico em caso de inadimplemento do devedor fiduciante e a satisfação do crédito em favor do credor fiduciário.

Nesse sentido, Afrânio Carlos Camargo Dantzger<sup>106</sup> defende que as leis específicas devem prevalecer sobre as gerais em caso de antinomias, pelo que seria inaplicável o art. 53, do CDC, havendo de prevalecer os ditames da Lei n. 9.514/1997.

---

<sup>105</sup> *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo Regime das Relações Contratuais*. São Paulo: RT, 2011, p. 247.

<sup>106</sup> DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*. 3. Ed. São Paulo: Método, 2010, p. 107.

José Manoel de Arruda Alvim Netto<sup>107</sup>, adepto da corrente que afasta a aplicabilidade do artigo 53 nos Contratos de Financiamento Imobiliário garantidos por alienação fiduciária faz uma análise interessante para justificar o seu posicionamento.

O autor descreve dois elementos necessários para justificar a incidência do dispositivo legal consumerista no sistema da lei 9.514/97, quais sejam, a necessidade de cláusula de perdimento das quantias já pagas, e a hipótese de resolução do contrato.

Argumenta, pois, que nos contratos de financiamento garantidos por alienação fiduciária os elementos acima inexistem. Inexiste cláusula de decaimento das quantias pagas, porque no sistema da lei 9.514/97, havendo o inadimplemento por parte do devedor fiduciante, o imóvel é levado a leilão público, sendo que, se o imóvel for arrematado pelo valor superior ao valor da dívida, a importância excedente deverá ser entregue ao devedor fiduciante, nos termos estabelecidos no §4º, do artigo 27 da lei 9.514/97. Inexiste também resolução do contrato por inadimplemento a exemplo do que ocorre num contrato de compra e venda. No contrato de Alienação Fiduciária em Garantia Imobiliária o inadimplemento do devedor necessariamente leva à consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário e a extinção automática do financiamento. Na disposição do CDC, do contrário, o inadimplemento do devedor leva à rescisão do contrato.

Pelas razões acima, José Manoel de Arruda Alvim Netto conclui que, *in verbis*:

“O que se mostra, portanto, é que havendo radical incompatibilidade entre os sistemas – o sistema todo da lei nº 9.514/97 e o do art. 53 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – é certo que esse artigo 53 não pode ser aplicado na hipótese do sistema da lei nº 9.514/97”<sup>108</sup>.

Nesse compasso, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ilmar do Nascimento Galvão<sup>109</sup> assevera que, *in verbis*:

“O contrato de alienação fiduciária em garantia, por sua própria natureza, não comporta cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefícios do credor, que em razão do inadimplemento pleitear resolução do contrato e a retomada do

---

<sup>107</sup> ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. *A Alienação Fiduciária de Bem Imóvel*. Revista de Direito Privado. São Paulo, nº 2, p. 155, abr/jun, 2000.

<sup>108</sup> Ob. cit., p. 161/162.

<sup>109</sup> GALVÃO, Ilmar do Nascimento. Sistema de financiamento imobiliário: aspectos processuais e constitucionais. In: *Seminário Aspectos Jurídicos e Econômicos do Sistema de Financiamento Imobiliário*. Praia do Forte: Escola Nacional de Magistratura, 1999, p. 116.

produto alienado. Pelo singelo motivo de que o inadimplemento opera a consolidação do domínio em favor do credor, que assim não terá que promover a retomada do bem, mas sim a sua alienação com a restituição de eventual saldo devedor”.

Também nesse sentido julgou a 28ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à saber:

“ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL - NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Sistema de acertamento previsto em lei especial, que acontece de maneira diversa daquele que ocorre nos simples contratos de compromisso de compra e venda. Não havendo purgação da mora pelo devedor fiduciante, a plena propriedade do imóvel se consolida em nome do credor fiduciário (art. 26 da Lei 9.514/97), após o que, este promoverá público leilão para a alienação do imóvel (art. 27) e, satisfeita a dívida, entregará ao devedor a importância que sobejar (§4º). Recurso desprovido”. (TJSP, Ap. 1077316008, 28ª Câm., Rel. Des.: César Lacerda, julgado em 26/08/2008).

Marcelo Terra<sup>110</sup>, analisando a questão conclui que, *in verbis*:

“O contrato não prevê a perda das quantias pagas pelo fiduciante, uma vez que a lei expressamente prevê a obrigação do fiduciário de entregar àquele o valor excedente ao débito que se obter com o produto da arrematação”.

Em sentido oposto, há doutrinadores que defendem a aplicabilidade do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor em razão da inexistência de antinomia jurídica entre o dispositivo do CDC e o sistema da lei nº 9.514/97.

Adroaldo Furtado Fabrício<sup>111</sup> entende que, apesar da lei nº 9.514/97 ser posterior ao Código de Defesa do Consumidor, ela não criou instituto jurídico novo, uma vez que a garantia fiduciária já era conhecida e admitida para a aquisição de bens imóveis mesmo antes da promulgação da referida lei.

São os seus ensinamentos, *in verbis*:

“De outra banda, importa considerar, igualmente, que a Lei 9.514 não criou, propriamente, um instituto jurídico novo. Ampliando e recombinao institutos que o ordenamento já conhecia, não se pode dizer que haja introduzido nele algum mecanismo que não se

---

<sup>110</sup> Ob. cit., p. 73/74.

<sup>111</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A alienação fiduciária de imóveis: aspectos processuais da lei nº 9.514/97*. Texto disponível em: <http://www.fabricioadvogados.com.br/Artigos/art8.htm>. Acesso em 10/09/2013.

achasse contemplado no Código de Defesa do Consumidor. A alienação fiduciária em garantia – qualquer que viesse a ser sua evolução posterior à edição daquele Código – estava nele regulada quanto aos aspectos respeitantes às relações de consumo, e assim continua. O alargamento do campo de incidência desse direito real de garantia, dado pertencente mais exatamente ao campo econômico do que ao jurídico, não afeta o que a respeito dele dispunha a legislação anterior. Em sede doutrinária, aliás, foi corretamente assinalado, antes do advento da Lei 9.514, que o instituto já consagrado e perfeitamente delimitado da garantia fiduciária comportava extensão aos imóveis, com vistas, inclusive, aos financiamentos para aquisição da moradia própria. Isso significa que a inclusão posterior dos bens imóveis no elenco dos que se podem dar em alienação fiduciária não representou inovação substancial significativa o suficiente para afetar a vigência das disposições legais que regulavam *in genere* esse direito real de garantia. De resto, prevista estava igualmente no CDC, e particularmente no seu art. 53, a relação de consumo com objeto na aquisição de bens imóveis”.

Guilherme Guimarães Feliciano<sup>112</sup>, adepto à aplicação do art. 53 do CDC nos Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia Imobiliária, entende que, sendo pessoa física o beneficiário final da operação, isto é, da aquisição do imóvel, estaria caracterizada uma relação de consumo, nos termos do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Evidentemente, trata-se de um argumento pouco didático a justificar a incidência do artigo 53 do CDC nos contratos de financiamento imobiliário garantidos por alienações fiduciárias. Conforme vimos em linhas atrás, não é só a pessoa física que pode ser investida na condição de consumidora. A pessoa jurídica, desde que seja destinatária final do bem, também é considerada consumidora, nos termos previstos no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Adepto também dessa corrente, Renan Miguel Saad<sup>113</sup> diz que, *in verbis*:

“O artigo 29 do CDC transformou em verdadeira cláusula geral do direito pátrio os artigos 30 a 54, do mesmo diploma, aplicáveis, portanto, a toda e qualquer espécie de relação contratual, aí incluindo-se aqueles que tiverem cláusulas abusivas, bem assim os contatos de financiamento”.

---

<sup>112</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia: das bases romanas à lei nº 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999, p. 462.

<sup>113</sup> SAAD, Renan Miguel. *A Alienação Fiduciária Sobre Bens Imóveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 263 a 265.

Partindo de uma análise sistematizada de ambos os institutos jurídicos – lei 8078/90 e 9.514/97, podemos inferir que não há qualquer incompatibilidade entre uma norma e outra, nem tampouco prevalência de uma sobre a outra. São diplomas legais de mesmo grau hierárquico, sendo que entre os seus dispositivos normativos não há qualquer colidência.

Consoante veremos no tópico seguinte, o próprio sistema jurídico consumerista nos dá mecanismos que funcionam como uma interface entre os diversos diplomas legais, com vistas à assegurar o equilíbrio entre as partes nas relação contratual de consumo.

#### **4.3 O Diálogo das Fontes e a compatibilização entre ambos os institutos jurídicos**

Erik Jayme, jurista alemão e professor da Universidade de Helderber citado na obra de Cláudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem<sup>114</sup> foi o idealizador do denominado “Diálogo das Fontes”.

Segundo os autores, Erik Jayme, através do Diálogo das Fontes, *in verbis*:

“Propõe uma coordenação flexível e útil das normas em conflito no sistema, a fim de se restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito no sistema jurídico (ou do “monólogo” de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa) à convivência destas normas, ao “diálogo das fontes” para alcançar a sua *ratio*, à finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas”<sup>115</sup>.

Claudia Lima Marques continua sua exposição ensinando que, o diálogo das fontes permite a aplicação simultânea, coerente e coordenada das inúmeras fontes legislativas convergentes. Explica a menção “Diálogo” porque há influências recíprocas e porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente, no caso de convenções internacionais.

---

<sup>114</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª. Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 30.

<sup>115</sup> *Idem*, p. 32.

Pelas lições acima, podemos concluir que, por meio da Teoria do Diálogo das Fontes, poderá o magistrado diante de um conflito aparente de normas, aplicar duas normas ao mesmo tempo como forma de complementar uma a outra ou ainda utilizá-las de forma subsidiária, tudo com vistas a garantir o equilíbrio na relação contratual.

Por força da Teoria do “Diálogo das Fontes” fica claro que, nenhuma norma deve ser afastada ou aplicada de forma isolada e autônoma. O sistema jurídico deve ser utilizado e interpretado de maneira unitária e contextualizada.

Flávio Tartuce<sup>116</sup>, ao analisar o instituto, comenta que, *in verbis*:

“A Teoria do Diálogo das Fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico). Realmente este será o seu papel no futuro”.

Tartuce ainda comenta que, a primeira justificativa para a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes estaria na sua funcionalidade. Segundo ele, atualmente o operador do direito se depara com uma enorme quantidade de leis que leva o intérprete a um verdadeiro desnorтеio.

Segue o autor comentando que, justifica-se também a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes porque as leis são feitas para serem aplicadas e não excluídas uma pelas outras, mormente quando possuem campos de aplicação convergentes<sup>117</sup>.

A Teoria do Diálogo das Fontes vem retratada no artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor, cujo teor permitimo-nos transcrever abaixo.

Artigo 7º - “Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais de direito, analogia, costumes e equidade”.

Por força do artigo 7º acima transcrito, se permite que, diante de um conflito de normas a serem aplicadas num caso concreto, possa o magistrado se valer de uma em complementação à outra, ou ainda utilizar uma de forma subsidiária à outra, ou utilizar-

---

<sup>116</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 66.

<sup>117</sup> *Idem*, p. 61

se de outros diplomas legais com vistas ao estabelecimento, ou ao restabelecimento do equilíbrio entre as partes contratantes.

Ao comentar o artigo 7º do CDC, Claudia Lima Marques<sup>118</sup>, com o costumeiro brilhantismo expõe que o artigo 7º é: *“uma cláusula de abertura do microssistema, que não deseja ser exaustivo”*.

E arremata:

“O mandamento constitucional de proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/1988) deve ser cumprido por todo o sistema, em diálogo de fontes, e não somente através do Código de Defesa do Consumidor, mandado elaborar pelo art. 48 do ADCT. O chamado “direito do consumidor” tem muitas fontes legislativas, tantas quantas assegurarem as leis ordinárias, os tratados, os princípios gerais e os costumes. Em resumo, sempre que uma outra lei assegure algum “direito” (não um dever!) para o consumidor, esta lei pode se somar ao CDC, ser incorporada na tutela especial, ser recebida pelo microssistema do CDC e ter a mesma preferência no trato das relações de consumo que o CDC”

A Teoria do Diálogo das Fontes, retratada no artigo 7º do CDC, indica, portanto, a aplicação simultânea do CDC com mais de uma lei geral ou especial, visando sempre o equilíbrio nas relações de consumo, tanto no que diz respeito ao consumidor como também em relação ao fornecedor, afastando a ideia errônea de alguns operadores do direito de que o diploma consumerista visa exclusivamente a proteção do consumidor, ainda que em detrimento do fornecedor.

Por todo o exposto, resta claro que, por força da Teoria do Diálogo das Fontes, cai por terra o argumento daqueles que entendem que, em razão do critério da especialidade e da cronologia, o artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor não se aplicaria às relações de consumo oriundas dos contratos de financiamento garantidos por alienação fiduciária.

Conforme exaustivamente observamos, não há qualquer incompatibilidade entre as normas a justificar a supressão de uma em face da outra. A própria lei 9.514/97 não comporta a incidência de cláusula de decaimento nos Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel em razão da sistemática própria prevista no artigo 27 para a execução da dívida, e veda o enriquecimento sem causa do credor.

---

<sup>118</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª. Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 311.

Sobre o assunto, Zilda Tavares<sup>119</sup> manifesta-se nos termos seguintes:

“Assim, o regime da Lei 9.514/97 veda, ele próprio, de maneira peculiar, a estipulação da cláusula de que trata o art. 53 do CDC, cuidando de maneira específica da preservação do equilíbrio da relação contratual, circunstância que afasta a incidência desse dispositivo do CDC à alienação fiduciária de bens imóveis”.

No próximo tópico abordaremos alguns mecanismos dispostos na Lei 9.514/97 que garantem a proteção do consumidor, sobretudo no que tange à execução do contrato no caso do inadimplemento do devedor fiduciante e a consequente rescisão forçosa do contrato.

#### **4.4 Mecanismos na Lei nº 9.514/97 que garantem a defesa e a proteção do Consumidor**

No Capítulo III, item 3.5 deste trabalho, tivemos a oportunidade de abordar alguns mecanismos de proteção contratual na relação de consumo, que impedem que o consumidor, parte vulnerável desta relação, suporte prejuízos em razão do desequilíbrio inequívoco existente nesse tipo de relação contratual.

Esses mecanismos traduzem à proibição nos contratos de consumo de cláusulas consideradas abusivas no mandamento consumerista. Citamos algumas: (i) Proibição da cláusula de não indenizar (CDC, art. 51, I); (ii) Vedação da opção pelo consumidor de reembolso da quantia já paga (CDC, art. 51, II); (iii) Proibição de cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade (CDC, art. 51, IV); (iv) Direito de informação do consumidor na outorga de crédito ou concessão de financiamento (CDC, art. 52); (v) Proibição de cláusula de decaimento (CDC, art. 53).

Todos os mecanismos supracitados que visam garantir a proteção do consumidor foram recepcionados pelo legislador quando da edição e publicação da Lei nº 9.514/97, e bem por isso, defendemos a sua constitucionalidade frente ao mercado imobiliário.

---

<sup>119</sup> TAVARES, Zilda. *Código de Defesa do Consumidor e a Alienação Fiduciária Imobiliária*. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 137.

Vejamos:

Prevê o §4º, do artigo 27 da lei nº 9.514/97 que, nos 05 (cinco) dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor fiduciário entregará a importância que sobejar ao devedor fiduciante.

No valor entregue ao devedor fiduciante, a lei prevê expressamente que, referido valor compreende o valor da indenização pelas benfeitorias que o devedor fiduciante tiver realizado no imóvel.

Nesse sentido, será garantido ao devedor fiduciante o ressarcimento, a título de indenização, pelas benfeitorias que tiver realizado no imóvel. Aliás, não poderia ser diferente, eis que, realizadas as benfeitorias, evidentemente que o imóvel será valorizado, não podendo nessa ordem, o credor fiduciário se enriquecer às custas do devedor fiduciante.

No que tange a vedação do direito do devedor fiduciante de ser reembolsado das quantias já paga, em razão de ambos perseguir o mesmo resultado prático no que diz respeito à vedação da cláusula de decaimento, qual seja, o de evitar o enriquecimento do credor fiduciário em detrimento do devedor fiduciante, trataremos, conjuntamente de ambos.

Como vimos no decorrer desse trabalho, o próprio sistema jurídico da lei nº 9.514/97 criou mecanismos que visam evitar que o devedor fiduciante perca todo o valor pago quando da rescisão do contrato, ou que continue na condição de devedor se o imóvel não for arrematado no segundo leilão.

O §4º, do artigo 27 estabelece que o credor fiduciário deverá entregar ao devedor fiduciante o saldo que sobejar após a venda do imóvel.

Por sua vez, o §5º do mesmo dispositivo estabelece que, se no segundo leilão o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida, o devedor fiduciante fica exonerado devendo o credor fiduciário, mediante termo próprio, dar-lhe a devida quitação da dívida.

Nesse sentido, não há que se falar em vedação ao reembolso de quantia paga, nem tampouco de sua perda total.

Em brilhante decisão proferida em sede de Recurso Especial, a Ministra Nancy Andrighi, assim se posicionou:

CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA MOVIDA POR CONSÓRCIO PARA OBTENÇÃO DA DIFERENÇA NÃO COBERTA PELA VENDA DE AUTOMÓVEL ALIENADO FIDUCIARIAMENTE - BEM QUE SE ENCONTRAVA NA POSSE DIRETA DO CONSUMIDOR À ÉPOCA DO INADIMPLENTO - RECONVENÇÃO - ALEGAÇÃO DE COBRANÇA INDEVIDA, POIS O ART. 53 DO CDC GARANTE AO CONSORCIADO A DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS EM CASO DE DESISTÊNCIA DO NEGÓCIO - ANÁLISE DO ALCANCE DE TAL ARTIGO EM CONSONÂNCIA COM O REGRAMENTO ESPECÍFICO DO DECRETO-LEI Nº 911/69 - PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. É por demais conhecida a jurisprudência do STJ no sentido de que o art. 53 do CDC fundamenta, em certas relações jurídicas - como as relativas a compromisso de compra e venda de imóvel e, em alguns casos, o próprio consórcio - a devolução das parcelas pagas pelo consumidor, apenas com uma retenção relativa a custos de administração e eventuais indenizações. - Ocorre que, no âmbito dos consórcios, essa discussão tem sido posta quando a desistência do consumidor se dá antes de que este passe a ter a posse do bem. Na presente hipótese, ao contrário, é fato incontroverso que o consorciado foi contemplado logo no início do plano, tendo feito uso do automóvel alienado fiduciariamente durante quase três anos. - Tal fato provoca, necessariamente, uma mudança de perspectiva na discussão. O tema da alienação fiduciária se sobrepõe, no estado em que a lide se encontra, ao tema do consórcio. Com efeito, se é admitida aquela operação de crédito no âmbito deste plano e o consumidor já usufruiu do bem, as regras predominantes em caso de posterior inadimplemento devem ser as relativas ao Decreto-lei nº 911/69. Haveria indisfarçável desequilíbrio se fosse dado ao consumidor o direito à restituição integral do quanto pago após quase três anos de uso de um bem que, particularmente, sofre forte depreciação com o tempo. Recurso especial ao qual se nega provimento. (STJ, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 17/12/2009, 3º Turma).

Ainda sobre a cláusula de decaimento prevista no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, Adroaldo Furtado Fabrício<sup>120</sup> diz que, referida cláusula não tem lugar nos contratos de alienação fiduciária. Segundo o autor, diferentemente do que ocorre com o contrato de compra e venda de imóvel a prazo com reserva de domínio, em que o inadimplemento do devedor leva à resolução do contrato e a retomada do bem, o contrato de alienação fiduciária é acessório a um contrato principal, geralmente de mútuo, sendo que, as parcelas pagas pelo devedor fiduciante constituem-se a amortização do empréstimo e não o pagamento do bem imóvel propriamente dito.

---

<sup>120</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A alienação fiduciária de imóveis: aspectos processuais da lei nº 9.514/97*. Texto disponível em: <http://www.fabricioadvogados.com.br/Artigos/art8.htm>. Acesso em 10/09/2013.

Pactuando com o entendimento acima, Marcelo Terra, *in verbis*:

“ Na alienação fiduciária não existe a retomada do bem alienado por já ser a propriedade do fiduciário desde a contratação, além de não ser requerida a resolução do contrato, mas somente a consolidação da propriedade em nome do fiduciário”.

A 16ª Câmara Cível do Tribunal do Rio de Janeiro, assim decidiu:

AÇÃO DE RESCISÃO DE ESCRITURA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA, FACE AO INADIMPLEMENTO DOS PROMITENTES COMPRADORES QUE DEIXARAM DE EFETUAR O PAGAMENTO DE PARTE DO PREÇO AJUSTADO - NÃO APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO COLENO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO SENTIDO DE QUE NAS AÇÕES DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA, NAS QUAIS O PROMITENTE VENDEDOR RECUPERA O IMÓVEL PROMETIDO À VENDA, DEVE-SE PROCEDER À DEVOLUÇÃO DE PARTE DO PREÇO AO PROMITENTE COMPRADOR, POR HAVER NA HIPÓTESE, PACTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA COM BASE NA LEI N. 9.514/1997, COM A REDAÇÃO DA LEI. 10.931/04. Não há violação aos conceitos emanados do Código de Defesa do Consumidor, em especial ao artigo 53 que veda a cláusula de decaimento, pelo procedimento de realização da garantia fiduciária previsto na Lei n. 9.514/1997. O citado diploma legal, em seu artigo 27, afasta a possibilidade de perda total das quantias pagas pelo devedor ao prever que o mutuante deverá reembolsa-se do seu crédito, mediante a venda do bem em leilão, restituindo ao devedor o que sobejar. Não havendo o pagamento da dívida por um dos meios apontados em lei, tornar-se-á o fiduciário proprietário pleno do bem, procedendo-se ao termo de extinção e quitação da dívida, liberando-se o devedor fiduciante de eventual saldo devedor. Conhecimento e desprovimento do Apelo. (g.n.) - TJRJ, Ap. Cível nº 2007.001.38311, Rel. Des. Mario Robert Mannheimer, 16ª Câm. Cível, Rio de Janeiro, 11 de setembro de 2007.

No que tange à proibição de cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e equidade, há que dizer que, muitas são as disposições contidas na lei nº 9.514/97 que asseguram o equilíbrio da relação contratual e conseqüentemente retratam a boa-fé e a função social do contrato.

Dentre elas podemos citar:

- A incidência de multa ao credor fiduciário em favor do devedor fiduciante na hipótese do primeiro não fornecer ao segundo o respectivo termo de quitação no prazo estabelecido no §1º do artigo 25 após a liquidação do financiamento;

- A obrigatoriedade do devedor fiduciante ser previamente intimado, por meio do oficial do competente Registro de Imóveis, concedendo-lhe o prazo de 15 (quinze) dias para que o mesmo possa saldar seu débito. Embora seja uma faculdade do credor fiduciário conforme demonstramos quando tratamos do assunto no Capítulo II, item 2.5 deste trabalho, tem ainda o devedor fiduciante um prazo de carência para que satisfaça o débito antes mesmo de ser expedida a competente intimação;

- Tem ainda o devedor fiduciante, após purgada a sua mora, o direito de ter convalidado o contrato de alienação fiduciária sem qualquer impedimento ou restrição dos direitos que adquiriu quando da celebração do mesmo;

- Como vimos, ao devedor fiduciante será entregue a importância que remanescer após a satisfação do crédito em favor do credor fiduciário, e, caso não haja alienação do bem imóvel após o segundo leilão, fica o credor fiduciário obrigado a dar por extinta a dívida exonerando o devedor por meio da emissão de termo de quitação, não podendo o credor fiduciário perseguir outros bens do devedor fiduciante para a satisfação integral do seu crédito, a exemplo do mútuo puro, em que o credor pode buscar no patrimônio do devedor mais de um bem à satisfação do seu crédito;

- Ainda, com a constituição da propriedade fiduciária e o consequente desdobramento da posse em nome do devedor fiduciante, que como vimos, se dá mediante o devido registro no competente Registro de Imóvel, passa o devedor fiduciante a ser possuidor direto podendo utilizar-se livremente do bem objeto da garantia, inclusive dando-o em locação à terceiros sem a anuência do credor fiduciário, com o direito de intentar ações possessórias em face de terceiros e, inclusive, em face do credor fiduciário, se for o caso.

Ademais, além de todos esses mecanismos que garantem a proteção do consumidor, não é demais lembrar que o nosso ordenamento jurídico veda o pacto comissório, instituto que tivemos a oportunidade de abordar no Capítulo II, item 2.6 deste trabalho.

Desta feita, qualquer cláusula no contrato que garanta ao credor fiduciário a propriedade plena do imóvel no caso de inadimplemento por parte do devedor fiduciante, será nula de pleno direito.

## CONCLUSÃO

Ao longo deste singelo trabalho, analisamos a origem da fidúcia no direito romano, no direito germânico e no direito americano, e concluímos que a Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel, apesar de ser um instituto próprio do direito brasileiro, guarda bastante semelhança com a fidúcia no direito germânico e mais ainda no direito americano moderno, chamada de “*chattel mortgage*”, sobretudo em razão da condição resolutiva em decorrência do pagamento da dívida.

Concluímos também que, a hipoteca, direito real de garantia até então bastante utilizada pelos agentes financeiros para garantir os créditos de valores elevados, não mais se mostrava adequada a cumprir a finalidade pela qual foi criada, sobretudo em razão da morosidade existente no procedimento judicial de execução. O mercado imobiliário clamava por instrumentos mais ágeis e eficazes a impulsionar as transações imobiliárias e, nesse sentido a hipoteca cedeu lugar à Alienação Fiduciária em Garantia Imobiliária, instituída pela lei 9.514/97, por apresentar-se, no atual mercado imobiliário, muito mais célere e eficaz em relação à hipoteca.

Chegamos à conclusão que, a Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel é um direito real de garantia que recai sobre coisa própria, eis que, diferentemente da hipoteca, na alienação fiduciária em garantia imobiliária o devedor fiduciante transmite a propriedade ao credor fiduciário, de forma transitória e condicional, chamada de “propriedade resolúvel”.

Vimos também no decorrer desta exposição que, o Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel é um contrato *típico* porque previsto em lei; *bilateral*, pois cria obrigações e direitos para ambas as partes; *oneroso*, porque cada parte contratante suporta um sacrifício de ordem patrimonial com o intuito de obter vantagem correspondente, de forma que o ônus e o proveito guardem relativa equivalência; *comutativo*, pois essa equivalência pode ser verificada de imediato; *formal*, porque exige a observância de certas formalidades, como forma escrita, cláusulas obrigatórias (art. 24, Lei nº 9.514/97), registro no Cartório de Registro de

Imóveis, podendo ser por instrumento público ou particular, e, por fim; *acessório*, pois depende, para sua existência, de uma obrigação principal que pretende garantir.

Além dessas características, vimos que o Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia Imobiliária é um negócio jurídico que somente se constitui em um direito real de garantia se levado a registro perante o competente Cartório de Registro de Imóveis.

Verificamos que a cláusula resolutiva é proibida nos Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia Imobiliária. Nesse sentido, havendo inadimplemento por parte do devedor fiduciante, o credor fiduciário não pode tornar-se automaticamente proprietário do bem. Deverá vendê-lo através de leilão público.

No decorrer deste trabalho, vimos que a defesa do consumidor foi recepcionada na Constituição Federal definida como um direito fundamental do cidadão, e como um dos princípios que devem reger a atividade econômica, não podendo ser abolida do texto constitucional por meio de emenda constitucional por se tratar de cláusula pétreia.

Vimos também que, por força do disposto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em 11 de março de 1991, entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor estabelecendo normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e de interesse social.

Após estudarmos com propriedade cada um dos elementos constitutivos de uma relação de consumo, quais sejam, o elemento subjetivo – as partes (consumidor e fornecedor), o elemento objetivo – os objetos (produto e serviços), e o elemento finalístico – traduzindo a ideia de que o produto ou o serviço está sendo adquirido pelo consumidor enquanto destinatário final, concluímos que a relação contratual advinda do Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Imóvel é de consumo, e como tal, sujeita aos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

O devedor fiduciante assume a condição de consumidor, porque adquiriu do mercado de consumo um crédito para o financiamento de um imóvel para sua moradia mediante o pagamento em prestações, dando o próprio imóvel como garantia de

pagamento. Por sua vez, o credor fiduciário assume o *status* de fornecedor, porque colocou à disposição do consumidor o crédito para a aquisição do bem imóvel.

Pudemos concluir também, que não há qualquer antinomia jurídica a justificar a prevalência da lei nº 9.514/97 em detrimento do Código de Defesa do Consumidor consoante defendido por alguns doutrinadores. Apesar da lei nº 9.514/97 ter sido promulgada após a lei nº 8.078/90, e da primeira regular de forma específica a Alienação Fiduciária em Garantia Imobiliária, e a segunda regular normas gerais de proteção e defesa do consumidor, não há qualquer incompatibilidade entre ambos os diplomas legais a justificar o afastamento de uma em favor da outra.

Isto porque, conforme estudamos no Capítulo IV, item 4.3 desta obra, por meio da Teoria do Diálogo das Fontes, retratada no artigo 7º do CDC, se permite a aplicação simultânea, coerente e coordenada das inúmeras fontes legislativas convergentes. Por meio dela, aprendemos que, diante de um conflito aparente de normas, poderá o magistrado aplicar duas normas ao mesmo tempo como forma de complementar uma à outra ou ainda recepcioná-las de forma subsidiária, tudo com vistas à garantia do equilíbrio contratual entre as partes, razão pela qual, cai por terra o argumento daqueles que entendem que, em razão do critério da especialidade e da cronologia, o artigo 53 do CDC não se aplicaria às relações de consumo oriundas dos contratos de financiamento garantidos por alienação fiduciária.

Portanto, resta claro que, por força da Teoria do Diálogo das Fontes, nenhuma norma deve ser afastada ou aplicada de forma isolada e autônoma. O sistema jurídico deve ser operado e interpretado de maneira unitária e contextualizada.

Quanto à divergência na doutrina e na jurisprudência acerca da aplicabilidade ou não do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos de Financiamento garantidos por alienação fiduciária, o qual reputa nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das quantias pagas pelo devedor em benefício do credor no caso de resolução do contrato por inadimplemento e a retomada do produto, objeto da garantia, entendemos ter sido sanada após o exaustivo estudo acerca do sistema jurídico de execução previsto na lei nº 9.514/97 e a sua subsunção aos princípios e mecanismos de proteção ao consumidor dispostos na lei consumerista.

Como vimos no decorrer desse trabalho, o próprio sistema jurídico da lei nº 9.514/97 criou mecanismos que visam evitar que o devedor fiduciante perca todo o valor pago quando da rescisão do contrato, ou que continue na condição de devedor se o imóvel não for arrematado no segundo leilão.

O §4º, do artigo 27 estabelece que o credor fiduciário deverá entregar ao devedor fiduciante o saldo que sobejar após a venda do imóvel.

Por sua vez, o §5º do mesmo dispositivo estabelece que, se no segundo leilão o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida, o devedor fiduciante fica exonerado devendo o credor fiduciário, mediante termo próprio, dar-lhe a devida quitação da dívida, não podendo o credor fiduciário perseguir outros bens do devedor fiduciante para a satisfação integral do seu crédito.

Definitivamente não há qualquer incompatibilidade entre os mecanismos de execução da garantia fiduciária previstos no artigo 27 da lei 9.514/97 e o artigo 53 do CDC. Muito pelo contrário, ambos os diplomas legais visam o mesmo objetivo, assegurar o equilíbrio contratual entre as partes e, conseqüentemente evitar o enriquecimento sem causa.

Diante de tudo que foi abordado neste trabalho, foram essas as conclusões a que chegamos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, José Carlos Moreira. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ALVES, José Carlos Moreira. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

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

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. *A Alienação Fiduciária de Bem Imóvel*. Revista de Direito Privado. São Paulo, nº 2, abr/jun., 2000.

BUZAID, Alfredo. *Ensaio sobre a Alienação Fiduciária em Garantia*. Ano 58, vol. 401, mar. São Paulo: RT, 1969.

CALERO, Fernando Sanchez. *Condiciones Generales de los Contratos Bancarios – Colegios Notariales de España*. Madrid, 1996, p. 309.

CANUTO, Elza Maria Alves. *Alienação Fiduciária de Bem Móvel – Responsabilidade do Avalista*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade Imobiliária: Função Social e Outros Aspectos*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*. 3. Ed. São Paulo: Método, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*. Ano 24, n. 51. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: RT, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. V. 5. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia: das bases romanas à lei nº 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999.

GALVÃO, Ilmar do Nascimento. Sistema de financiamento imobiliário: aspectos processuais e constitucionais. In: *Seminário Aspectos Jurídicos e Econômicos do Sistema de Financiamento Imobiliário*. Praia do Forte: Escola Nacional de Magistratura, 1999.

GIANCOLI, Bruno Pandori & JUNIOR, Marco Antonio Araujo. *Coleção Elementos do Direito V. 16. Difusos e Coletivos – Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2009.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 1975.

JUNIOR, Vidal Serrano Nunes & SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da Alienação Fiduciária em Garantia de Coisa Imóvel*. 2ª Ed. Curitiba: Editora Juruá, 2003.

LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo, RT, 1962.

LONGO, Carlo. *Corso di Diritto Romano – La Fidúcia*. Milão: Dott A. Giuffrè, 1946.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V. & MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo Regime das Relações Contratuais*. São Paulo: RT, 2011.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- MARTORELL, Mariano Navarro. *La propiedad Fiduciária*. Barcelona: Bosch, 1950.
- MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MORATO, Antonio Carlos & NERI, Paulo de Tarso. *20 anos do Código de Defesa do Consumidor – Estudos em Homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno*. São Paulo: Atlas, 2010.
- NERY, Nelson Jr. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª. Ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999, p. 546 e 547.
- NERY, Nelson Jr. & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2009.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: São Paulo, Saraiva, 2005.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- REIS, Eduardo Cavalcanti Araújo dos. *Código de Defesa do Consumidor & Contratos de Financiamento Imobiliário*. Curitiba: Editora Juruá, 2006.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Vol. 5*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Título Original: *Il Contratto*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.
- ROQUE, Sebastião José. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 1ª Ed. São Paulo: Icone Editora, 2010.

SAAD, Renan Miguel. *A Alienação Fiduciária Sobre Bens Imóveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Verbatim, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TAVARES, Zilda. *Código de Defesa do Consumidor e a Alienação Fiduciária Imobiliária*. São Paulo: Editora Método, 2005.

TERRA, Marcelo. *Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia (Lei nº 9.514/97, primeiras linhas)*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Editor Sérgio Antonio Fabris, 1998.

VAZ, Ubirayr Ferreira. *Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel – Reflexos da Lei 9.514/97 no Registro de Imóveis*. Editor Sérgio Antonio Fabris. Porto Alegre, 1998.

WALD, Arnaldo. *Direito das Obrigações – Teoria Geral das Obrigações e Contratos Cíveis e Comerciais*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. O negócio jurídico fiduciário com função de garantia e sua repercussão na economia. Márcio Vital Valença. Texto disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7067/O-negocio-juridico-fiduciario-com-funcao-de-garantia-e-sua-repercussao-na-economia>. Acesso em 25/05/2013.

\_\_\_\_\_. Alienação Fiduciária em Garantia e o Direito do Consumidor. Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP. Disponível: [http://www.abecip.org.br/imagens/conteudo/publicacoes\\_e\\_artigos/alienacao\\_fiduciaria\\_e\\_direitos\\_do\\_consumidor.pdf](http://www.abecip.org.br/imagens/conteudo/publicacoes_e_artigos/alienacao_fiduciaria_e_direitos_do_consumidor.pdf). Acesso em: 10/09/2013.

\_\_\_\_\_. A alienação fiduciária de imóveis: aspectos processuais da lei nº 9.514/97. Adroaldo Furtado Fabrício. Texto disponível em: <http://www.fabricioadvogados.com.br/Artigos/art8.htm>. Acesso em 10/09/2013.