

# **Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor**

ABECIP  
Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança

# Índice

|                                   |        |
|-----------------------------------|--------|
| Prefácio<br><i>Anésio Abdalla</i> | pág. 3 |
|-----------------------------------|--------|

---

|                                      |        |
|--------------------------------------|--------|
| Parecer<br><i>J. M. Arruda Alvim</i> | pág. 4 |
|--------------------------------------|--------|

---

|                               |         |
|-------------------------------|---------|
| Parecer<br><i>Caio Tácito</i> | pág. 37 |
|-------------------------------|---------|

---

|                                        |         |
|----------------------------------------|---------|
| Parecer<br><i>Melhim Namem Chalhub</i> | pág. 42 |
|----------------------------------------|---------|

---

## Prefácio

*Anésio Abdalla*

Presidente da Abecip

Fruto de um longo trabalho conjunto do setor privado e do governo, o arcabouço jurídico da Lei 9514, de 20 de novembro de 1997, chamada Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário (Lei do SFI), reúne o melhor da experiência brasileira e internacional na área de financiamento imobiliário. Traz, em seu bojo, instrumentos legais revolucionários, que darão uma contribuição inestimável para a consolidação do mercado de imóveis no Brasil, permitindo que esse setor possa enfim participar com todo o seu potencial no desenvolvimento do País.

Uma de suas inovações, talvez a mais importante, é a introdução da alienação fiduciária de imóveis no sistema jurídico brasileiro. Instrumento que gerou um excepcional crescimento do setor automobilístico nacional nas últimas décadas, ao permitir um aumento efetivo das operações de financiamento ao consumidor, vai com certeza adicionar racionalidade, agilidade e clareza nas relações entre financiadores e financiados do setor imobiliário, ao mesmo tempo em que desobstrui a Justiça e torna mais efetiva as garantias para os investidores, trazendo novos recursos para esse mercado.

Contudo, como toda inovação, o instituto da alienação fiduciária pode suscitar dúvidas e controvérsias que, de alguma forma, dificultariam a sua assimilação nas relações contratuais. .

Nesse aspecto, um ponto polêmico é o que diz respeito ao disposto no Código de Proteção ao Consumidor (Lei 8078, de 11 de novembro de 1990), que em seu artigo 53 veda a inclusão, nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, de cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, na hipótese de execução da dívida.

Algumas interpretações desse texto, se levadas a efeito, poderiam inviabilizar totalmente as operações de financiamento imobiliário, pois, em caso de inadimplência do devedor, o credor teria de arcar com um prejuízo insuportável.

Com o objetivo de contribuir para o esclarecimento dessa discussão, a Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (Abecip) coloca à disposição do público esta publicação em que reúne pareceres de três ilustres juristas, de amplos conhecimentos e experiência, quais sejam os professores Arruda Alvim, Caio Tácito e Melhim Namem Chalhub, onde eles analisam a questão e comprovam que o referido artigo não é aplicável ao sistema da Lei do SFI.

Desse modo, antecipando questionamentos e dirimindo polêmicas, a Abecip dá prosseguimento à sua missão de contribuir para o crescimento e a consolidação do mercado imobiliário nacional, papel que vem cumprindo há mais de 30 anos.

## **Parecer**

**José Manoel de Arruda Alvim Netto**

*Professor do Curso de Mestrado e Doutorado da  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
Regente da Cadeira de Direito Civil-Direitos Reais (1977 – 1998)*

## Sumário

|                                                                                                                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Objeto</b>                                                                                                                                                                         | 6  |
| <b>Consulta</b>                                                                                                                                                                       | 6  |
| <b>Nossa opinião</b><br>Alienação fiduciária de bem imóvel – O contexto da inserção do instituto em nosso Direito e em nossa conjuntura econômica – Suas características fundamentais | 8  |
| <b>Sucesso e fracasso do SFH</b> – Os fatores que provocaram o rombo no FCVS                                                                                                          | 10 |
| <b>Características fundamentais do sistema da Lei nº 9.514/97</b>                                                                                                                     | 12 |
| <b>Análise geral do sistema de direito positivo da</b><br>alienação fiduciária de imóveis – Sistema da Lei nº 9.514/97 – Da não aplicabilidade do Art. 53, CDC                        | 13 |
| <b>Análise mais específica da lei nº 9.514/97</b> – Seu sistema é refratário ao que se dispõe no código de proteção e defesa do consumidor                                            | 18 |
| <b>O código de proteção e defesa do consumidor é Lei</b> geral de proteção ao consumidor, ao passo que a Lei nº 9.514/97 é, inequivocadamente, lei especial                           | 20 |
| <b>Da legalidade/constitucional das normas que disciplinam a execução extrajudicial para retomada dos imóveis</b><br>Favores do Governo e fim do SFH                                  | 21 |
| <b>Constitucionalidade do sistema de realização extrajudicial de direitos</b>                                                                                                         | 23 |
| <b>O sistema do Decreto-lei nº 70/66</b><br>Da jurisprudência a respeito da legalidade da execução extrajudicial                                                                      | 24 |
| <b>Pontos centrais e respectivas conclusões</b>                                                                                                                                       | 33 |
| <b>Quesitos</b>                                                                                                                                                                       | 35 |

## Objeto

O presente Parecer é **antecedido** pelo texto da Consulta, formulada pelo Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury, assessor da Abecip e é **sucedido** pelos quesitos formulados por esse mesmo ilustre colega. Objetiva saber se o art. 53 do CDC pode ser aplicado no âmbito da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 (item 15, da Consulta, infra).

## Consulta

"A Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP) formula consulta pertinente a análise da aplicação do art. 53 da Lei nº 8.078, de 11 de novembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, nos financiamentos imobiliários por alienação fiduciária de imóveis, instituída pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

2. Inicialmente, cumpre destacar que a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, publicada no D. O. U. do dia seguinte, dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providência.

3. A alienação fiduciária da coisa imóvel está totalmente regulada no Capítulo II da mencionada Lei, em 12 artigos (arts. 22 a 33).

4. Note-se que a Lei nº 9.514/97, adota a concepção básica do art. 66 da Lei nº 4.728/65, na redação dada pelo Decreto-lei nº 911/69, com alguns aperfeiçoamentos e adaptações requeridos pela natureza peculiar da propriedade imobiliária, sobretudo quanto aos aspectos registrários.

5. De fato, o Decreto-lei nº 911/69 estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária de coisa móvel. A estrutura básica desse diploma legal foi utilizada para a normatização da alienação fiduciária de imóvel.

6. A alienação fiduciária da coisa imóvel, na forma do art. 22 da Lei nº 9.514/97, 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".

7. Observadas as disposições quanto ao inadimplemento do devedor, verifica-se que o credor fiduciário só poderá intimar o devedor inadimplente para purgação da mora, depois de ultrapassada a carência definida em contrato.

8. A intimação será realizada pelo Oficial do Registro de Imóveis onde estiver registrado o contrato de alienação fiduciária, sendo conferido o prazo de 15 dias para a purgação da mora. Não ocorrendo o pagamento pelo devedor, será averbada na matrícula do imóvel a consolidação da plena propriedade em nome do credor.

9. No momento da consolidação da propriedade em nome do credor o contrato de financiamento será extinto. Porém, a Lei estabelece mecanismos de segurança para que não haja enriquecimento ilícito de uma das partes, devedor ou credor.

10. Este mecanismo de segurança se reveste na realização de leilão público, extrajudicial, a ser promovido em até 30 dias após a consolidação da propriedade. No primeiro leilão (podem ser dois) será aceito lance igualou superior ao valor do imóvel, estabelecido pelas partes no contrato de financiamento que lhe deu causa.

11. Não havendo lance, será realizado outro leilão dentro de 15 dias, onde a oferta deverá ser, no mínimo, igualou superior ao valor da dívida, dos encargos contratuais e demais despesas para a realização do leilão. Se o lance oferecido foi inferior, o devedor terá sua dívida extinta, não podendo dele ser cobradas quaisquer outras importâncias, ficando o credor, nesta hipótese, com o prejuízo.

12. Este mecanismo envolve um verdadeiro "ajuste" de contas entre credor e devedor: deixando o devedor de efetuar suas obrigações/pagamentos, o imóvel, mesmo sendo propriedade plena do credor será levado a leilão, onde sendo o lance superior à dívida e acrescidos, a diferença caberá ao devedor, sendo o valor do imóvel inferior à dívida e demais encargos, o prejuízo será do credor. Esta é a principal diferença entre a alienação fiduciária de coisa móvel e imóvel. Naquele, o bem também é levado a leilão, sendo que se o lance oferecido for inferior ao valor da dívida, o credor poderá perseguir outros bens do devedor para satisfação integral de seu crédito.

13. Por outro lado, alei de proteção do consumidor, Lei nº 8.078/90, em seu art. 53, assim estabelece:

"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." (grifamos)

14. Muito embora a Lei nº 8.078 tenha sido promulgada sete anos antes da Lei nº 9.514, há quem sustente que o dispositivo acima citado é aplicável à alienação fiduciária de imóveis, pois na forma do art. 29 da Lei nº 9.514, a alienação fiduciária de imóvel é em garantia, expressão utilizada no art. 53 da mencionada lei de proteção ao consumidor .

15. A consulta tem por exame exatamente este ponto: a aplicação do art. 53 da Lei nº 8.078 nas alienações fiduciárias de imóveis.

16. A questão reside em interpretações, no entanto, distorcidas ao nosso ver, da aplicação do dispositivo supra citado. Há quem sustente, nessa linha, que no caso de um imóvel alienado fiduciariamente, deixando o devedor de cumprir com o contrato de financiamento, o credor, após ter a propriedade consolidada em seu nome, levará o referido imóvel a leilão, devendo entregar ao devedor a diferença entre o valor do lance e da dívida, se for o caso, e o quantum correspondente às prestações pagas durante o curso do contrato.

17. A prevalecer esta tese, todavia, o credor terá que arcar com um prejuízo insuportável, pois além de não receber aquilo que entregou ao devedor (financiamento ), será obrigado a "devolver" o que o devedor amortizou da dívida". [\*]

Carlos Eduardo Duarte Fleury

---

[\*] Esta consulta veio acompanhada de quesitos que estão respondidos no final do Parecer.

# Nossa opinião

## Alienação fiduciária de bem imóvel

### *O contexto da inserção do instituto em nosso Direito e em nossa conjuntura econômica - Suas características fundamentais*

O papel que a alienação fiduciária sobre bem imóvel deve desempenhar, seja relativamente a bens móveis,<sup>1</sup> seja a imóveis, não é um papel ou não é uma função estritamente voltada a solucionar interesses estritamente adstritos ao direito privado. Neste ponto central difere, profundamente, das garantias reais, que em realidade tem se confinado, quase que exclusivamente, a atingir fins circunscritos ao direito privado.

Não significa isto dizer que a alienação fiduciária consubstancie uma disciplina que a coloque fora do direito privado, senão que, haver-se-á de ter presente que, ao lado de disciplinar relações de direito privado, almeja-se com o instituto determinados fins de caráter social, absolutamente fundamentais para a economia moderna, dentro de um Estado que se impõe objetivos de cunho social, como é o caso, acentuadamente, do Estado brasileiro. Constituiu-se a alienação fiduciária de bens imóveis em poderosíssima alavanca para o desenvolvimento de nossa sociedade, através de alterações profundas a serem provocadas em nossa economia, viabilizando que se incremente a produção de imóveis, entre nós, e, paralelamente, aumentando enormemente o número de empregos, com vistas a absorver mão de obra, e, nessa extensa medida, criando riquezas reais. É este sistema, por tudo isto, instrumento que poderá minimizar, acentuadamente, sério problema social. A percepção desta função que, nesse sentido, transcende o direito privado, tal como classicamente tem sido ele concebido, não escapou à observação de nossos mais insígnis juristas, como é o caso do Prof. e Min. Moreira Alves, em relação a essa função da alienação fiduciária de bens móveis.<sup>2</sup> Outro eminente autor - Melhim Namen Chalhoub -, em obra recentíssima, citando Moreira Alves, e, já se referindo à alienação fiduciária de bens imóveis, afirma que: "De fato, as garantias existentes nos sistemas jurídicos de origem romana, e são elas a hipoteca, a penhor e a anticrese, não mais satisfazem a uma sociedade industrializada, nem mesmo nas relações creditícias entre pessoas físicas, pois apresentam graves desvantagens pelo custo e morosidade em executá-las".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> A alienação fiduciária sobre os bens **móveis** deveu-se alargamento positivamente considerável do mercado brasileiro, tendo em vista a possibilidade de fruição por imenso número de pessoas, de bens e utilidades, precedentemente confinados a classes sociais de maiores posses [ver nota 2, abaixo].

<sup>2</sup> Cf. José Carlos Moreira Alves, Da Alienação Fiduciária em Garantia, Rio, 1979, Forense, p. 3 [na 3ª ed. Rio, Forense, 1987, p. 3], onde diz, depois de ter presente que as garantias reais -em especial a hipoteca - surgiram e 'operaram' em sociedades rurais, e, tendo-se em vista a sociedade industrial contemporânea, demandou esta outras formas de garantias, ainda que com raízes históricas. Procurou-se sempre e procura-se, hoje, compatibilizar a posse da coisa, em mãos do, ainda que garantido o credor. Atualmente, diz Moreira Alves: "Esse problema avulta no mundo contemporâneo, em que predomina, não mais uma sociedade rural, mas, sim, industrial. Para o crescente desenvolvimento da indústria, mister se faz o crédito não só para os industriais mas também para os consumidores. Com efeito, sem crédito não há incremento de produção, nem tampouco a expansão do escoamento do que se produz". E, prosseguindo, lê-se nessa obra, ainda: "Ora, para facilitar a obtenção do crédito, é indispensável garantir, da maneira mais eficiente possível, o credor, sem, em contrapartida, onerar o devedor a ponto de que fique por causa da garantia, impedido de pagar o que deve, ou de se utilizar, de imediato, do que adquiriu a crédito. Para atingir esse objetivo, o direito moderno, atentando para o manifesto desapeço do crédito pessoal em nossos dias, em virtude do ritmo febril da circulação de bens aliado ao crescimento constante e progressivo da população, tem modela, principalmente, através da construção doutrinária, garantias reais que decorrem da conjugação da transferência da propriedade com o não desapossamento da coisa que era do devedor e que serve para garantir o pagamento do débito".

<sup>3</sup> Cf. Melhim Namen Chalhoub, Negócio Fiduciário (Alienação Fiduciária, Cessão Fiduciária, Securitização, Decreto-lei nº 911, de 1969, Lei nº 8.668, de 1993,

Um sistema financeiro necessita segurança, com vistas a que o volume de numerário que exista no sistema aumente e, por isso mesmo, aumente a produção de imóveis decorrente da aplicação desse sistema, que, no curso do seu desenvolvimento, resultará, inclusive - como ocorreu em diversos países - em sensível barateamento do custo das habitações, correlato aumento de moradias e manifesto ganho social.

Pode-se afirmar, portanto, que, ao lado de disciplinar relações de direito privado, a alienação fiduciária sobre bens imóveis está inserida numa moldura mais ampla e está animada a objetivos que parcialmente se confundem com objetivos sociais do próprio Estado,<sup>4</sup> tendo em vista atividade resultante de caráter socialmente benéfico, na área que é abrangida pela disciplina desta Lei nº 9.514/97. Diz-se com grande autoridade que, para o sucesso do sistema habitacional, que veio a ser criado pela Lei nº 9.514/97 "é claramente necessário alocar-lhe novos recursos", e, quanto à origem destes "Uma fonte que se insinua naturalmente com globalização dos mercados são os empréstimos externos". Este mesmo autor afirma, ainda, que o sucesso de um sistema de financiamento imobiliário não depende apenas de um bom projeto, como o que já parece ter amadurecido [referia-se ao então projeto de lei que veio tornar-se a Lei nº 9.514/97]. Depende também de condições macroeconomias que convém explicitar", e, dentre essas, a básica ou primordial- que se logrou conseguir no Brasil, atualmente -é a da estabilidade dos preços, ou seja, ausência de inflação ou ausência de taxas elevadas de inflação.<sup>5</sup>

Estas ponderações representativas dos entendimentos congruentes de juristas e economistas, deve ter a sua significação, no entendimento da nova lei.

O sistema instituído por esta nova lei colimou, de forma absolutamente inequívoca, por textos que não deixam margem a interpretações e a entendimentos que viriam fraturar o sistema, tudo com, vistas a consagrar os objetivos a que acabamos de nos referir. Não é juridicamente possível inserir-se no sistema da Lei 9.514/97 outra lei, que a esse sistema se contraponha ou mesmo que o anule, como é o caso.

---

Lei nº 9.514, de 1997), ed. Renovar, s/d, p. 195.

<sup>4</sup> A Constituição Federal (arts. 21, XX e 187, VIII) preocupa-se com o problema, ao referir-se à 'habitação'; no seu art. 7º, IV e art. 47, ADCT, igualmente, ao referir-se à 'moradia'; no seu art. 23, inc. IX, alude à necessidade de "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico".

<sup>5</sup> Ver Mário Henrique Simonsen, *Perspectivas do Sistema Financeiro Imobiliário*, na obra SFI - Um Novo Modelo Habitacional, São Paulo, 1996, publicação da ABECIP, pp. 31-32.

## Sucesso e fracasso do SFH

Podemos apontar determinados fatos, marcantes, que motivaram o sepultamento do Sistema Financeiro de Habitação. São os seguintes, abaixo rapidamente referidos, além de outros, de menor calibre.

### Os fatores que provocaram o rombo no FCVS

o quadro abaixo,<sup>6</sup> pode-se dizer, auto-explicativo. Verificam-se, indicados os anos de ocorrência, sucessivas degradações nos ingressos, em favor de mutuários, o que veio irremediavelmente a provocar a inviabilidade do S. F. H. Para quantificar a expressão que teve, real e efetivamente o S. F. H., em 1970 "chegou a financiar cerca de 400.000 unidades residenciais por ano" e, aproximadamente em 1995 passou a financiar cerca de 20.000.<sup>7</sup> Constata-se ter ocorrido fenomenal pujança no S. F. H., com decadência sucessiva, o que, a seu turno, demonstra que o 'gerenciamento' de um sistema da envergadura de um plano habitacional pode destruí-lo.

| Ano                    | Fator                                                                                                            |
|------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>1977</b>            | Subdimensionamento do CES                                                                                        |
| <b>1973/1982</b>       | SM Habitacional no lugar do SM. Resultado: sub-reajustamento das prestações                                      |
| <b>1983/1984</b>       | Sub-reajustamento das prestações, corrigidas pó 80% do SM                                                        |
| <b>1985</b>            | Sub-reajustamento. Índice de 112% em vez de 246% aplicado aos saldos devedores                                   |
| <b>1986 (Cruzado)</b>  | Conversão da prestação pela média de 12 meses e congelamento                                                     |
| <b>1987 (Bresser)</b>  | Congelamento temporário da prestação e nova olítica salarial                                                     |
| <b>1989 (Verão)</b>    | Congelamento das prestações em fev/mai 89 sem aplicação das URPs de dez/88 e jan/89                              |
| <b>1990 (Collor 1)</b> | IPC de 84% aplicado aos saldos devedores mas não às prestações                                                   |
| <b>1991 (Collor 2)</b> | Falta de política salarial até set/91 STF suspende Lei nº 8.177. Antecipações não são incorporadas às prestações |

O rombo deixado pelo SFH, que, mercê de políticas e comportamentos que o desequilibraram, é imenso.<sup>8</sup> Isto significa que esse rombo ou débito caiu sobre os ombros de toda a sociedade.

<sup>6</sup> Este quadro encontra-se publicado na obra SFI - Um novo modelo habitacional, edição da ABECIP, referente ao VIII Encontro da Abecip, Brasília, novembro de 1995, p. 25, e diz respeito ao trabalho de abertura da obra, intitulado SFH - Apogeu e Declínio de um Vigoroso Modelo Habitacional, o que está documentado por diversos 'quadros' e 'tabelas', tendo como fontes a Conjuntura Econômica da Fundação Getúlio Vargas, o BACEN e a ABECIP, de que o indicado à p. 25, mostra-se como síntese.

<sup>7</sup> Cf. Mário Henrique Simonsen, Como poderá ser o Mercado de hipotecas no Brasil, p. 190, SFI - Um Novo Modelo Habitacional, São Paulo, 1996, publicação da ABECIP, citada.

<sup>8</sup> O rombo deixado pelo FVCS ("Fundo de Compensação e Variações Salariais") é estimado em 50 bilhões de reais (v. Revista do SFI, ano 1, nº 1, set./nov. - 1996, trabalho de Suely Campos, do Caderno de Economia de 'O Estado de São Paulo', intitulado Mercado se prepara para o SFI, p. 3 Este mesmo número é confirmado por Luís Felipe O' Avila, Os desafios da modernidade, na mesma revista, p. 19.

Ao reverso do que veio a ocorrer com SFH, que, de sistema bem sucedido, veio a ser combatido por políticas sucessivamente errôneas, o SFI objetiva carrear continuamente recursos imensos para o mercado imobiliário, sendo, por isso, absolutamente imprescindível, entre outras garantias, a alienação fiduciária sobre imóveis, ao lado de outras modalidades de garantias, pois criará este sistema um 'papel' que circulará no mercado secundário, 'papel' esse que terá de ter verdadeiro lastro, para poder infundir credibilidade e atrair capitais, cuja expectativa é a de que sejam altamente expressivos. O sistema da Lei nº 9.514 decalcado, substancialmente, em modelo norte-americano, deverá florescer, alargando as fronteiras do atual mercado imobiliário. Nos Estados Unidos dos anos de 1980 a 1992, o mercado imobiliário aumentou quase dez vezes.<sup>9</sup>

São objetivos que, ao lado da disciplina de direito privado, almejam fins econômicos, de caráter marcadamente social, quais sejam, o de aumentar as moradias no país.

---

<sup>9</sup> V. Revista do SFI, ano 1, nº 1, set./nov. -1996, trabalho do economista Robert Van Order, A experiência dos EUA pode ajudar o Brasil, p. 10 e ss.

## Características fundamentais do sistema da Lei nº 9.514/97

As características que se podem dizer fundamentais do sistema de financiamento imobiliário, tal como disciplinado pela Lei nº 9.514/97 são as seguintes.

O que se instituiu foi uma modalidade de alienação -alienação fiduciária de bem imóvel, com função de garantia - que tenha maior eficácia do que as garantias reais, tais como, classicamente conhecidas. Ainda que pela Lei nº 9.514 a contratação possa ser feita por qualquer pessoa física ou jurídica, diz-se que "é de se presumir que tal modalidade de negócio só venha a ser utilizada em larga escala pelas instituições financeiras, incorporadoras e construtoras",<sup>10</sup> O que deverão se constituir, precisamente, nos elementos propulsores do mercado, com vistas à construção de número expressivo de habitações. O que se objetiva é, precisamente, uma função multiplicadora da economia, com o resultado final de imenso número de habitações, no que está implicada, uma enorme geração de empregos, o que significa e o que contribuirá decisivamente para a saúde econômica e social, particularmente do tecido social brasileiro.

O perfil dessa forma de negociação implica: **a)** o credor (=fiduciário) investido na condição de proprietário, tem um direito real sobre coisa própria, pois que, é proprietário para o fim de garantir-se do pagamento do débito; **b)** o bem imóvel, objeto de alienação fiduciária em garantia fica inserido num 'patrimônio de afetação', o que significa que não é atingido por insolvência, quer do credor, quer do devedor, não vindo a integrar a massa falida de um ou outro;<sup>11</sup> **c)** a condição de propriedade do fiduciário, ou credor, é temporária "até que o devedor-fiduciante pague a dívida, e somente até aí"; **d)** isto acontecendo, com o pagamento, desaparece a causa ou a razão que justificava a propriedade ou domínio do fiduciário, passando o bem, 'automaticamente' para o devedor, que deixa de o ser e passa a proprietário pleno do bem; **e)** está implicado no sistema da lei que os créditos imobiliários poderão circular no mercado e, por isso mesmo "o crédito deverá estar constituído rigorosamente de acordo com as condições usuais desse mercado, notadamente com as garantias nele utilizadas".<sup>12</sup>

Estes elementos constitutivos do sistema demonstram que haverá de operar articuladamente, e, na hipótese de desfalque de um desses elementos, v. g., fratura ou enfraquecimento da alienação fiduciária, ipso facto, isto não apenas repercutirá na posição do credor ou fiduciário, mas, pela escala que, hipoteticamente, isto pudesse acontecer, o sistema estaria fadado ao malogro.

<sup>10</sup> Cf. Melhim Namen Chalhub, *Negócio Fiduciário (Alienação Fiduciária, Cessão Fiduciária, Securitização, Decreto-lei nº 911, de 1969, Lei nº 8.668, de 1993, Lei nº 9.514, de 1997)*, cit., p.197 e 203.

<sup>11</sup> Cf. Melhim Namen Chalhub, *Negócio Fiduciário (Alienação Fiduciária, Cessão Fiduciária, Securitização, Decreto-lei nº 911, de 1969, Lei nº 8.668, de 1993, Lei nº 9.514, de 1997)*, cit., p. 198.

<sup>12</sup> Cf. Melhim Namen Chalhub, *Negócio Fiduciário (Alienação Fiduciária, Cessão Fiduciária, Securitização, Decreto-lei nº 911, de 1969, Lei nº 8.668, de 1993, Lei nº 9.514, de 1997)*, cit., p. 203.

## **Análise geral do sistema de direito positivo da alienação fiduciária de Imóveis**

*Sistema da Lei 9.514/97*

### **Da não aplicabilidade do Arte 53, CDC**

Na alienação fiduciária de imóveis, toda a forma de restituição e acerto entre credor-fiduciário e devedor-fiduciante é regulamentada pelo art. 27 da Lei na 9.514/97, exaurindo-se aí essa disciplina, dispondo-se que, no caso de inadimplemento do devedor, após a sua intimação para purgação da mora, será consolidada a propriedade em nome do fiduciário, que promoverá leilão público, no prazo de 30 dias, para a venda do imóvel.

Em sendo obtido lance igualou maior do que o do valor do imóvel consigna- do no contrato, válido será o primeiro leilão. Do contrário, um novo leilão será realizado, sendo que será aceito lance igualou superior ao da dívida objeto da operação de alienação fiduciária.

O dinheiro arrecadado com o leilão será empregado para pagamento da dívida (original mais encargos e taxas), sendo devolvido o restante ao devedor. Se o dinheiro do leilão não for suficiente para pagamento da dívida, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o devedor da obrigação.

Se se vier a entender que o devedor tem direito à devolução das quantias pagas, na forma do art. 53, CDC, chegar-se-á ao absurdo de admitir-se que o devedor terá o direito de utilizar-se do bem, sem nada pagar. Isso porque, o fiduciário emprestou quantia suficiente para a compra do imóvel. Na verdade, portanto, as parcelas pagas pelo devedor nada mais são do que amortização de sua dívida, com os encargos decorrentes do negócio.

Sublinhe-se, ainda, estar presente, no caso, a regra do art.1.256, do Código Civil: "O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. **O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade**". O princípio que se encontra inserido nesse art. 1.256 do Código Civil, que é o da igualdade de tratamento que o legislador dispensa a todos os mutuários, sugere a seguinte observação e o desdobramento do princípio: 1º) todos os mutuários são obrigados a devolver, ao credor , o objeto do mútuo; 2º) mas, o devedor (=fiduciante) não o seria, em nome e por causa do art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ora desdobrando-se isto, teremos a seguinte situação: a) o fiduciante (=devedor) utiliza-se do bem, durante certo tempo; b) nada paga, especificamente, por essa fruição; c) ulteriormente, não mais reúne condições de continuar adimplindo o que contratou; **d) se obtiver devolução do que pagou, à luz do disposto no art. 53 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é certo estar configurado manifesto enriquecimento sem causa, e o que, pior do que tudo, isso decorreria do sistema jurídico.**

A situação, portanto, é absolutamente diversa da que ocorre no compromisso de compra e venda de imóvel a prestações, em que as parcelas pagas ao credor são provenientes do patrimônio do próprio devedor, daí o art. 53, CDC prever a sua devolução na caso de inadimplemento, com a perda do

sinal, para composição das perdas e danos. Ademais, o vendedor do imóvel lucrará com a própria venda do imóvel, ao contrário do que ocorre na alienação fiduciária de imóvel, em que o negócio principal é o empréstimo.

Na alienação fiduciária, o Credor não irá lucrar com a venda do imóvel, mas sim, com os encargos e taxas do financiamento feito.

Fica claro, portanto, que as parcelas pagas pelo fiduciante são mera amortização daquilo que recebeu previamente do Credor para a aquisição do imóvel, mais encargos e taxas contratuais inerentes a qualquer contrato de empréstimo.

Admitir-se a devolução das parcelas pagas, seria o mesmo que se admitir que, num contrato de empréstimo bancário comum, fosse o Credor obrigado a devolver, na hipótese de inadimplemento do devedor, as quantias recebidas a título de amortização da dívida. Ora, o dinheiro é do próprio Credor que o adiantou ao devedor, não havendo, assim, como se admitir seja o Credor obrigado a devolver, aquilo que recebeu em pagamento. De outro lado, os encargos e taxas contratuais são a remuneração do Credor, que, da mesma forma, haverão de ser pagos, tal como se dá no empréstimo comum, em que, não obstante o inadimplemento do devedor, não perde o Credor o direito de execução de toda a dívida.

Na hipótese da alienação fiduciária de imóvel, o devedor tem ainda uma grande vantagem, qual seja, na hipótese da venda do imóvel em leilão público não ser suficiente para pagamento da dívida, considerar-se-á a mesma extinta.

Há de se ter presente, que a alienação fiduciária de imóvel da Lei nº 9.514/97 pode estar envolvido um 'empréstimo' ou mútuo, contudo, com uma garantia real, qual seja, o imóvel comprado com o dinheiro objeto do empréstimo. Não se diferencia, portanto, a alienação fiduciária, no que diz respeito à dívida, dos contratos de empréstimos bancários comuns.

O Credor, p. ex., recebe em alienação fiduciária um imóvel do devedor-fiduciante no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). O devedor, por sua vez, compromete-se a devolver esta quantia, acrescida de encargos e juros contratuais, a título de remuneração do Credor. Não sendo paga toda a dívida, o imóvel é levado a leilão, com o produto de sua venda utilizado para a amortização de toda a dívida, sendo que, na hipótese de haver saldo credor, será o mesmo devolvido ao devedor.

Na espécie, certo é que, até o valor do imóvel, os valores pagos pelo devedor serão devolvidos, com a venda do imóvel. O que será pago e não devolvido, é a quantia referente à remuneração do Credor.

Ademais, o art. 5º da Lei nº 9.514/97 dispõe serem condições ou elementos essenciais para as operações de financiamento imobiliário em geral, no âmbito do SFI: **(I)** reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste; **(II)** remuneração do capital emprestado às taxas convencionadas no contrato; **(III)** capitalização de juros.

Sendo, pois, a Lei nº 9.514/97 posterior ao Código do Consumidor, e, ademais, sendo lei específica e em que se disciplina exaurientemente todo o assunto referente à alienação fiduciária sobre imóveis, fazendo-o em face de negócio jurídico não compatível com a devolução a que se refere o art. 53, do CDC, deverá prevalecer inteiramente o sistema da Lei nº 9.514/97 em face da lei que pretende ser genérica e que é anterior (CDC), e, que, ademais, é contrária à própria natureza do contrato de alienação fiduciária, como visto acima.

Faça-se uma comparação com o atual sistema da Lei nº 9.514/97 com o do Decreto-lei nº 911/69.

O Segundo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a quem compete a matéria referente à alienação fiduciária, vem divergindo quanto à aplicação do Código do Consumidor ao Decreto-lei nº 911/69, mas predominantemente não o aplicando ao sistema do Decreto-lei nº 911/69. Há diversos julgados em ambos os sentidos. Predomina o entendimento da inaplicabilidade do Código do Consumidor em relação ao Decreto-lei nº 911/69, ainda que este último diploma seja anterior ao Código do Consumidor. O panorama em relação ao Decreto-lei nº 911 é, basicamente, o seguinte, convindo rápida incursão sobre o que a respeito existe. Antes disso, todavia, deve-se sublinhar: 1º) o Decreto-lei nº 911/69 é anterior ao CDC; 2º) a Lei nº 9.514/97 é posterior, argumento este definitivo - além de outros mais fundamentos, desenvolvidos neste Parecer - para afastar a possibilidade de aplicação do art. 53, do CDC.

Como se acentuou, *mutatis mutandis*, a disciplina da alienação fiduciária de bens móveis envolve algumas questões análogas àquelas que surgirão em relação à alienação fiduciária de bens imóveis.

Daí é relevante terem-se presentes os referenciais existentes a respeito do instituto em relação aos móveis, com o que, à luz da similaridade, será possível antever alguns desses problemas e, como tem eles sido solucionados.

Na disciplina do Decreto-lei nº 911/69, que deu nova redação ao art. 66, da Lei nº 4.728/65, há alguns assuntos que poderão ser trazidas para o âmbito do que regula a Lei nº 9.514/97. Uma dessas questões diz respeito à possibilidade de aplicação do art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em relação aos contratos de alienação fiduciária sobre bens móveis.

Desde logo, é necessário ter presente que, apesar da similaridade da questão, as diferenças são profundas. Por isso convém, rapidamente, ter presentes essas diferenças, antes da análise da jurisprudência do Segundo Tribunal de Alçada de São Paulo.

O Decreto-lei nº 911 foi sucedido pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e esta posterioridade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, constitui-se -ainda que unicamente sob este aspecto cronológico - em elemento que habilita, ao menos, a cogitar-se da aplicação do art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao Decreto-lei nº 911. Já, diferentemente, como foi dito, se passa com a Lei nº 9.514/97, esta, posterior ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Só esta circunstância, de per si, afasta a possibilidade de aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como já se procurou consignar.

O entendimento jurisprudencial, particularmente do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, ao qual está afeta a competência para decidir sobre alienação fiduciária de bens móveis, é altamente expressivo, em descartar a possibilidade de aplicação do art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no caso. O fundamento central é o de que, em face do Decreto-lei nº 911/69 inexistente relação de consumo, quando tratar-se de garantia de débito, sendo esta operação regida por disciplina estranha ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Outros fundamentos ainda existem, nessas decisões, quais sejam: 1º) normalmente não existe cláusula de perdimento das quantias pagas no sistema do Decreto-lei nº 911, e, no sistema da Lei nº 9.514/97 esta cláusula não existirá; 2º) não se trata, no sistema do Decreto-lei nº 911 -como não se tratará no sistema da Lei nº 9.514/97- de uma compra e venda, com retomada do bem, senão que, num e noutro sistema, o que é

objetivado é o pagamento do débito, e, outros mais, arrolados e identifica- dos na jurisprudência colhida junto ao Segundo Tribunal de Alçada de São Paulo<sup>13</sup>, destacados na nota vários outros fundamentos.

Em essência, na alienação fiduciária sobre bens móveis há mútuo com garantias.

Contudo, se dúvidas poderiam ocorrer quanto à aplicação do CDC ao contratos firmados com base no Decreto-lei nº 911/69, certo é que não se justifica a sua aplicação aos contratos firmados com fulcro na Lei nº 9.514/97, justamente por ser lei específica e posterior ao CDC, além, é claro, de ser o art. 53, do CDC, absolutamente incompatível com a própria natureza da alienação fiduciária.

Os doutrinadores que até o presente momento estudaram o tema deste Parecer- aplicação ou não, do art. 53 do CDC ao sistema SFI, disciplinado pela Lei nº 9.514/97- manifestaram-se pela negativa.

É o que ensina Malhim Namen Chalhoub, em seu trabalho intitulado "Alienação Fiduciária de bens imóveis -adequação da cláusula penal aos princípios do Código de Defesa do Consumidor".<sup>14</sup> Diz este autor o seguinte:

"Dessa elementar noção resulta que, na inexecução do contrato, o quantum que eventualmente houver de ser restituído ao mutuário, nos termos do art. 53 do CDC, limitar-se-á ao que sobejar, depois de reposto no patrimônio do mutuante aquilo que dele tiver sido retirado quando da contratação do mútuo.

Tais são o conteúdo e a natureza do contrato de mútuo, que não sofreram qualquer alteração pelo CDC, pois, com se sabe, esse Código não formulou ou reformulou nenhum tipo de contrato em especial, mas apenas impôs novos patamares gerais de equilíbrio e de boa-fé a todas as relações de consumo, como bem registra a Professora Cláudia Lima Marques.<sup>15</sup>

Assim, considerando que é da essência do contrato de mútuo a reposição, no patrimônio do mutuante, da quantia mutuada, resulta claro que se o produto da venda do bem dado em garantia não for suficiente para tal reposição, continua o devedor responsável pelo saldo remanescente, daí porque não se aplica, nessa hipótese, o art. 53, pois sua aplicação há de se fazer, sempre, em harmonia com a natureza de cada contrato e em conformidade com o ordenamento.

No mútuo com garantia fiduciária incidem, obviamente, as mesmas regras, daí porque se os procedimentos executórios resultarem na eventual reintegração do credor na posse do bem, ou na busca e apreensão, isso não

13

Neste preciso sentido, ver, acórdãos proferidas em hipóteses de busca e apreensão: **a)** Agravo de Instrumento nº 509.288-5-Itú, 1ª Câmara, j. em 22.9.97, rel. Juiz Justino Magno Araújo, v. u., onde "ferem-se, no mesmo sentido, as apelações nos 479.253, j. em 10.3.97, rel. Juiz Vianna Cotrim e apel. 480.062-6, rel. Juiz Souza Aranha, j. em 28.4.97; **b)** apel. 479.253-00/6, j. em 10.3.97, 2ª Câmara, rel. Juiz Vianna Cotrim [já mencionado], v. u., onde se consigna que "Interpretação diversa - da do acórdão - conduziria ao absurdo do devedor utilizar-se à saciedade do bem adquirido com o numerário do crédito e, no final, com o simples inadimplemento, ter restituído esse valor". sublinhando ainda que: "**Ademais, o argumento deduzido na resposta e acolhido na r. sentença não tinha a menor pertinência na espécie pelo simples fato de que o contrato não contém nenhuma cláusula prevendo a perdas das importâncias pagas pelo devedor**"; **c)** AI 513.766, 3ª Câmara, j. em 10.2.98, rel. Juiz Milton Sanseverino, v. u., negando, no caso, se tratasse a hipótese de alienação fiduciária de "genuína relação de consumo protegida pela lei especial"; **d)** apel. 487.666-00/8, 3ª Câmara, j. em 2.9.97, rel. Juiz Ribeiro Pinto, v. u., afastada por impertinente a incidência do art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, à luz de fundamentos idênticos; **e)** apel. 485.831-00/4, 5ª Câmara, j. em 6.8.97, rel. Juiz Dyrceu Cintra, v. u., onde se remarca a peculiaridade e o regime próprio de execução, no sistema do Decreto-lei nº 911/69, a que agrega o argumento da apel. 479.253-00/6, i. e., a não previsão contratual de perda de prestações, e, ainda, fundamentando-se em que "Reaver as prestações pagas é que não pode, porque, no caso, não se trata, também, de pura retomada do bem pelo vendedor, como visto, mas de medida processual conferida à financiadora da operação para que receba o seu crédito"; **f)** AI 479.063-00/0, 12ª Câmara, rel. Campos Petroni, j. em 8.5.97; **g)** AI 485.897-00/3, 11ª Câmara, rel. Mendes Campos, j. em 7.4.97, referido precedente, em destaque, qual seja, o AI 534.175-2/00, 8ª Câmara, rel. Franklin Nogueira; **h)** AI 535.335-00/9, 8ª Câmara, rel. Renzo Leonardi, j. em 5.2.98, onde se observa mesmo que é o próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor que estabelece anão abusividade da cláusula, quando observada a ordem jurídica, que é justamente, o que se passa com o respeito às regras diferentes das do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, quais sejam, as do decreto-lei 911/69; **i)** AI 479.247-00/6, 9ª Câmara, rel. Juiz Claret de Almeida, v. u., que aponta as características diferentes do decreto-lei 911 e, por isso mesmo, a inviabilidade de aplicação do art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, louvando-se em Tupinambá Miguel de Castro do Nascimento v. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 3ª ed., editora AIDE, p. 70), no mesmo sentido, ao interpretar o aludido art. 53; **j)** apel. 485.500-00/0, 10ª Câmara, rel. Juiz Souza Moreira, j. em 17.9.97, v. u., fundando-se em que no decreto-lei 911/69 inexistia texto que admita devolução de prestações, senão que, no art. 2º, a solução é outra, citadas as apelações 479.247 e 479.253, no mesmo sentido; **k)** apel. 480.869-00/5, 11ª Câmara, rel. Juiz José Maierbi, j. em 11.8.97, v. u., no mesmo e idêntico sentido.

14

Este trabalho será publicado na Revista de Direito Imobiliário nº 45, de dezembro de 1998.

15 Ob. cit., p. 238 (refere-se à obra "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", São Paulo, 3ª edição, da Editora Revista dos Tribunais).

implica, ipso facto, a extinção do contrato, pois essa reincorporação do bem ao patrimônio do credor pode não significar a recomposição patrimonial do mutuante. Vale repetir que nesse contrato -mútuo - a recomposição patrimonial do credor não se dá mediante entrega do bem, mas mediante pagamento em dinheiro, pois é dinheiro o objeto do contrato e a recomposição só se materializa com a restituição do quantum, em dinheiro, que saiu do patrimônio do mutuante e ingressou no do mutuário, nos precisos termos do art. 1.256 do Código Civil. Ora, se o produto do leilão não for suficiente para saldar a dívida, significa, obviamente, que ainda não se repôs no patrimônio do mutuante a totalidade daquilo que dele foi retirado e, assim, se, eventualmente, se efetivar a restituição de parte das prestações pagas, estaria o mutuário se locupletando à custa do mutuante, que, além de não ter obtido a legítima recomposição patrimonial, ainda terá que retirar mais dinheiro do seu patrimônio para restituir ao mutuário parte das prestações que este pagara...

Efetivamente, o bem objeto da alienação fiduciária é garantia do mútuo, não objeto do mútuo; serve o bem para dar mais eficácia ao recebimento do crédito, mas não substitui o objeto do contrato, que, repita-se, é dinheiro.

Não se pode deduzir que, em razão da aplicação do art. 53 do CDC, o apossamento do bem pelo mutuante, mesmo que o valor do bem seja inferior ao do crédito, implique a (a) exoneração da obrigação do mutuário de repor no patrimônio do mutuante a totalidade daquilo que recebeu e, ainda, (b) a obrigação do mutuante de entregar-lhe parte das prestações que pagara.

Por isso, a regra do art. 53 do CDC não pode ser aplicada de maneira; invariável em todos os casos concretos de alienação fiduciária, mas somente ; naqueles casos em que o valor do bem alienado fiduciariamente supere o valor da dívida e encargos, e é nesses casos que o CDC quer assegurar a equidade e o equilíbrio das relações contratuais, evitando que o mutuante venda o bem por valor superior ao do seu crédito e se aproprie do excesso. Mas, no caso específico da alienação fiduciária de bens imóveis, a vedação da apropriação desse excedente já está regulada na legislação especial, como se verá adiante. As questões até aqui suscitadas deixam claro que o art. 53 do CDC deverá integrar-se à disciplina contratual contida no ordenamento, salvo no que tange àquelas relações contratuais de que o CDC trate, especificamente, devendo ser aplicado sempre em sintonia com a natureza do contrato em questão. No caso de conflito, hão de prevalecer as normas do Código Civil que dispõem sobre o conteúdo e a natureza do contrato de mútuo e as normas da Lei nº 9.514/97, que disciplina especificamente o mútuo com garantia fiduciária imobiliária".<sup>16</sup>

É o que, da mesma forma, afirma-se categoricamente em obra do Dr. Marcelo Terra, a respeito deste novo sistema.<sup>17</sup>

Ainda, é essa a conclusão a que outro comentador do Código de Defesa do Consumidor chegou, o Dr. Tupinambá Miguel de Castro do Nascimento.<sup>18</sup>

<sup>16</sup>

Item 10, do trabalho "Alienação Fiduciária de bens imóveis - adequação da cláusula penal aos princípios do Código de Defesa do Consumidor".

<sup>17</sup>

Cf. Marcelo Terra, "Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia", Porto Alegre, 1999, edição de Safe, p. 74, dizendo que "Ainda que, como argumentação, se queira analisar a incidência da regra do citado art. 53 [do Código do Consumidor], concluo que, alienado a terceiros o imóvel em leilão extrajudicial, poderá ou não haver quantia sobejável e restituível ao devedor (fiduciante); na hipótese negativa, absolutamente não incide a regra do art. 53, do Código de Defesa do Consumidor, eis que o credor (fiduciário) não fica com o imóvel, tudo se passando como se o próprio devedor (fiduciante) houvesse alienado, com prejuízo a terceiro seu direito real de expectativa, sub-rogando-se o adquirente nos direitos e obrigações do contrato cedido, como se dá no leilão extrajudicial na lei de condomínio e incorporações".

<sup>18</sup>

Cf. Tupinambá Miguel de Castro do Nascimento, Comentários no Código de Defesa do Consumidor, 3ª ed., editora AIDE, p. 70.

## **Análise mais específica da lei nº 9.514/97 - Seu sistema é absolutamente refratário ao que se dispõe no código de proteção e defesa do consumidor**

Há de se ter presente que a Lei nº 9.514/97 e a Lei nº 8.078/90 situam-se na mesma hierarquia, ou seja, ambas são leis do mesmo e idêntico nível normativo, não se podendo, por isso mesmo, cogitar de que a Lei nº 8.078/90 pudesse, a qualquer título, prevalecer sobre mandamentos da Lei nº 9.514/97, por estar aquela em patamar diferenciado em relação ao da Lei nº 9.514/97.

A Lei nº 9.514/97 deve ser visualizada no contexto do sistema jurídico, e, bem assim, também a Lei nº 8.078/90.

Admitindo-se, para fins de argumentação, que o art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor seria representativo da intenção do legislador no sentido de que toda e qualquer alienação fiduciária em garantia precedentemente instituída viesse a estar por esse texto disciplinada, é certo que não poderia atingir leis ulteriores a ele, e, com ele visceralmente incompatíveis.

Ora, o que se demonstrou é que o sistema da Lei nº 9.514/97 é incompatível com o mandamento do art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Ademais disto, ainda supondo-se - mesmo erroneamente - estivesse na intenção do legislador, por causa do art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, disciplinar todas as hipóteses e atingir todos os casos de alienação fiduciária em garantia, é certo que lei posterior, do mesmo legislador, contrariamente a essa suposta intenção, leva a que, em face do mandamento dessa lei posterior (Lei nº 9.514/97), com esse texto do art. 53, incompatível, não possa esta última lei precedente ser aplicada.<sup>19</sup>

Pelo sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, verificam-se os seguintes elementos para a incidência do aludido art. 53. Dispõe esse art. 53 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

" 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.

Sublinhem-se os seguintes elementos nesse art. 53, para que possam o texto ser aplicado:

<sup>19</sup>

A Profª Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, ed. Da Revista dos Tribunais, 1999, 3ª. ed., afirma com razão que, tendo em vista a hipótese de cogitar-se da aplicação do CDC, necessário é indagar da compatibilidade das leis precedentes; com o CDC, o qual "afastará a aplicação das normas previstas nas leis especiais anteriores que forem incompatíveis com o novo espírito tutelar e de equidade ao CDC" (p. 169). Mas, sendo a lei de que se cogita - no caso a Lei nº 9.514/97 - posterior ao CDC, necessário será indagar da sua compatibilidade com o sistema do CDC, que, no caso desta Lei nº 9.514/97, inexistia da forma mais visceral.

- a) é necessária a existência de cláusula de perdimento do que houver sido pago;
- b) essa cláusula é que, em face do art. 53, é nula;
- c) na hipótese do art. 53 está suposta a resolução do contrato;

Ora, pelo sistema da Lei nº 9.514/97, de forma inteiramente diferente, e, absolutamente incompatível com os elementos constantes desse art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, temos que:

- I)** inexistente cláusula de perdimento do que houver sido pago, senão que, depois do primeiro leilão, cujo patamar de preço deverá ser igual ao superior ao valor do débito, é possível que haja retorno para o fiduciante (=devedor), do que sobejar; ou seja, se nesse leilão público for alcançada quantia superior ao valor da dívida, o excedente retorna ao devedor (=fiduciante);
- II)** ao lado de inexistir essa cláusula, o tema é diferentemente regulado em relação ao que dispõe o art. 53 CDC, ou seja, é a matéria disciplinada em lei (art. 27, §4º, Lei nº 9.514/97);
- III)** na disciplina da Lei nº 9.514/97 não há resolução de contrato, senão que, o inadimplemento do fiduciante (=devedor), conduz (a) à consolidação da propriedade em mãos do credor; e (b) à extinção do financiamento;
- IV)** o art. 53 do CDC pressupõe rescisão, ao passo que a Lei nº 9.514/97, a consolidação da propriedade, em mãos do credor, pressupõe a extinção do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel.

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 art. 53 não pode ser aplicado na hipótese do sistema da Lei nº 9.514/97.

## **O código de proteção e defesa do consumidor é lei geral de proteção ao consumidor, ao passo que a Lei nº 9.514/97 é, inequivocamente, lei especial**

É fora de dúvida ser o Código de Proteção e Defesa do Consumidor a lei geral de proteção ao consumidor.<sup>20</sup> E, paralelamente, a Lei nº 9.514/97 é lei especial.

Importa considerar o que dispõe o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a respeito:

**"Art. 2º.** Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º ...

**§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".**

O comando emergente desse art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil significa, precisamente, que a lei geral disciplina o tema de uma forma geral, deixando necessariamente espaço para a incidência da lei especial. Este art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil não favorece a vigência paralela do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.514/97, para a hipótese em tela, pela razão de que as disposições da Lei nº 9.514/97 são abundantemente incompatíveis com a aplicação do art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Sobrevivem, contudo, ambos os diplomas (CDC [art. 53]) e a Lei 9.514/97, exatamente porque esta é lei especial, ocupando o seu espaço normativo, onde não há, por isso mesmo, espaço para o CDC.

Aborde-se, por fim, um último aspecto, que diz respeito à possibilidade de pretender-se discutir a constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, do, Sistema de Financiamento Imobiliário, no que diz respeito à forma de realização do direito do Credor.

---

<sup>20</sup> Cf. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 169.

## Da legalidade/constitucionalidade das normas que disciplinam a execução extrajudicial para retomada dos imóveis

### Favores do Governo e fim do SFH

É necessário terem-se presentes determinadas condições sob as quais, a partir de um dado momento, veio a funcionar claudicantemente o Sistema Financeiro de Habitação ('S.F.H.'), levando-o à degenerescência em que se encontra, e, em decorrência disso, onerando o Governo, e, portanto, em Última e final análise toda a sociedade brasileira, especialmente os que nunca foram e os que nunca puderam ser mutuários.

Como se constata do quadro [ver página 10, deste Parecer], verifica-se que iterativamente o Governo e mesmo decisões judiciais, optaram **por favorecer aqueles que num dado momento eram mutuários**, e essa sucessividade de favores aos então mutuários, acabou por destruir o sistema e onerar brutalmente o FVCS. Com isto impediu-se que o SFH continuasse a desenvolver e ter cada vez mais mutuários, como, no seu limiar aconteceu, da forma mais exuberante. Essa conduta olvidou continuamente dois aspectos fundamentais das razões sociais de ser SFH, nele inserindo vícios gravíssimos, quais sejam: **1º)** tratou-se de procedimento ostensivamente anti-democrático, porque facilitou, apenas, a vida dos então mutuários, mas onerou o sistema, não permitindo o seu desenvolvimento e a continuidade de oferta, que deveria ser em escala crescente (como ocorreu em vários períodos de vida do S.F.H.), de imóveis a outros mutuários; **2º)** e, ainda, o outro lado desse procedimento grosseira- mente não democrático, acabou onerando toda a sociedade, em favor daqueles mutuários que em determinados momentos lograram cumprir suas obrigações, indevidamente diminuídas. Isto porque, como ninguém ignora, o FVCS onera o governo e a sociedade brasileira, como um todo.

Não se pode olvidar, por isso mesmo, que se existe um "interesse social" dos inadimplentes em não perderem as suas moradias, pelas quais não puderam pagar, também existe um *interesse público e social* muito maior, em ofertar sempre mais moradias a mais moradores, permitindo que se alargue.

O acesso à casa própria e, portanto, implementando, verdadeiramente, uma política habitacional autêntica e verdadeiramente igualitária, e nessa medida, e, só assim, socialmente útil, jurídica e justa. Isto era verdadeiro no SFH, como o é e será, no SFI. Estes sistemas, vistos em macro escala, não podem, de forma alguma, resultar perniciosamente discriminatórios, como ocorreu com o SFH.

Para melhor definir este quadro à luz do seu elemento teleológico fundamental, **que tem de ser o alargamento dos beneficiários** - que é comum a ambos os sistemas, SFH e SFI- desde que exista/existisse certa parcela de mutuários inadimplentes (SFH) e onde possam existir devedores-fiduciários inadimplentes (SFI) e a necessidade de recursos para expansão, mas, principalmente, para a manutenção do sistema, **as regras jurídicas e as**

**de contratação tinham e terão de ser respeitadas.** Por isto é que, se o próprio Governo, no passado, por vezes incontáveis adotou medidas de subsídios indiscriminados aos que era então mutuários, inclusive, repetidamente com congelamento de prestações, tudo com vistas a reequacionar as dívidas daqueles mutuários com dificuldades financeiras, **mas fazendo crescer o saldo devedor**, e, se isto conduziu à morte do SFH, conduziria também ao fracasso do SFI, se vier a ocorrer a inobservância do direito e o desrespeito aos contratos, no contexto e na dinâmica deste último sistema. **Este elemento que vitaliza o sistema não pode ser descartado na sua aplicação, ao lado da evidência das regras do sistema da Lei nº 9.514/97, que não admite venha este SFI vir a ser fraturado.**

Não se pode assim negar que tudo se fez e se faz pelos mutuários inadimplentes; contudo, existe um limite nestas ações governamentais, que é a própria manutenção do sistema e seu franqueamento a outros membros da sociedade, também e igualmente credores de habitações, o que ficará golpeado de morte se não se observarem as regras do sistema.

Fácil perceber, portanto, que os contratos, *existentes neste sistema da Lei nº 9.514/97, não resguardam somente o interesse dos credores, mas sobretudo o interesse público de sobrevivência e aprimoramento do Sistema de Financiamento Imobiliário - o que não ocorreu com Sistema Financeiro de Habitação, como se viu -com a conseqüente possibilidade de maior e melhor oferecimento de moradias para todas aquelas pessoas que ainda não possuem o seu "teto".*

Por isto cumpre ter presente que a forma de execução, para poder operar o sistema, não se submete ao sistema do Código de Processo Civil, sabidamente demorado e que inviabilizaria a continuação do sistema implantado pela Lei nº 9.514/97. Pode-se dizer que, atualmente, em virtude de leis precedentes, encontra-se praticamente pacificada legitimidade da 'chamada execução extrajudicial' que é também a do sistema da Lei nº 9.514/97.

## Constitucionalidade do sistema de realização extrajudicial de direitos

É necessário pelas razões apontadas, ser inerente a tais sistemas a absoluta imprescindibilidade de que os meios postos à disposição do credor sejam céleres, tendo funcionado esse sistema no S. F. H., através do Decreto-lei nº 70/66 e no S. F. I. mercê da alienação fiduciária de bens imóveis. Sem a possibilidade de execução célere e, o quanto possível pronta, os sistemas param e, por isso mesmo, deixam de atender à finalidade social, que os informa.

Isto não significa, e com isso aborda-se, agora, a questão da constitucionalidade da referida execução extrajudicial, que esteja afastado o controle judicial ou, como se poderia pensar, erroneamente, a *ampla defesa* e o *devido processo legal*. Estes vetores são exercidos não somente a *posteriori*, mas, também, no próprio curso do procedimento da execução, para impedir e reprimir, pelos meios processuais próprios, que eventual ilegalidade seja perpetrada, *como, ainda, podem ser objeto de medidas prévias*.

Neste sentido - em relação ao S. F. H. - é de se perceber que o art. 31 do Decreto-lei nº 70/66, **com a redação que lhe deu a Lei 8.004/90 (posterior à Constituição Federal de 1988)** prescreve que, **para ser dado início à execução extra judicial. mister que seja dada inequívoca ciência - por notificação enviada mediante Cartório de Títulos e Documentos - ao mutuário em débito.**

## O Sistema do Decreto-lei nº 70/66

Os argumentos que se levantaram, tanto antes da vigência da Constituição precedente, quanto da atual, que resultaram vencidos, em relação ao confronto do Decreto-lei nº 70/66 com os textos dessas Constituições, valem ser lembrados, para serem repelidos, pois, analogamente, poder-se-ia pretender vislumbrar na alienação fiduciária de bem imóvel, o mesmo vício, de inconstitucionalidade, que não existe.

Ora, como expõe, com clareza, Sergio La China em seu *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*,<sup>21</sup> o contraditório - cuja pretensa ausência é tão equivocadamente encarecida por alguns, que na execução extrajudicial vislumbram inconstitucionalidade - reveste-se da conjunção do binômio: informação (ciência) + resistência. No caso do Decreto-lei nº 70, por força da atual redação daquele dispositivo (art. 31, na relação da Lei nº 8.004/90), não há como deixar de admitir que a execução extrajudicial somente pode ter início APÓS ser dada ao devedor informação (*ciência*). Dada esta notícia, todos os meios de reação, de resistência, extrajudiciais ou judiciais restam à disposição do mutuário. Inclusive, com a possibilidade de o devedor, objetivando a recuperação do bem, purgar a mora até a expedição da carta de arrematação (cf. art. 34, do DL nº 70/66).

Sublinhe-se que, nos dias correntes, à luz da nova redação dada ao art. 273, do Código de Processo Civil, com a possibilidade de antecipação, parcial ou mesmo total de tutela, não se pode negar que, mesmo praticamente, abriu-se caminho máximo e pronto/instantâneo, de acesso ao Judiciário, tudo dependendo da iniciativa do interessado. Anote-se, ademais, que a antecipação de tutela, do art. 273, foi criada como instituto geral, aplicável a todas as hipóteses. E, acrescente-se, ainda, que o art. 461, *mutatis mutandis*, para os casos de obrigação de fazer ou **não fazer**, disciplinou o assunto com os mesmos objetivos. Desta forma, pois, se houvesse algum resquício de fundamento, no sentido de que a alienação extrajudicial 'arranharia' o princípio do contraditório, esse se esvaneceu total e inteiramente. Esses textos, por excelência, colimam prevenir o dano, acima de tudo.

Ademais, é de ser salientado que a redação primitiva do art. 31, § 2º, do DL nº 70/66 previa, para fins de intimação do devedor, dentre outros meios, a mera expedição de carta com aviso de recebimento seria tida como suficiente (aliás, interessante o destaque, esta a regra inclusive para o sistema processual civil após a edição da Lei nº 8.710/93). **A sua redação atual, certamente para ter-se como certa e inequívoca esta prévia informação prescreve que a notificação somente será feita por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos (=fé pública). Como terem-se, equacionados aqueles dispositivos desta forma, reputar-se inconstitucional este procedimento traça- do pela lei?**

Este rito especial e sumário para a execução extrajudicial dos imóveis dos mutuários inadimplentes, como resposta à necessidade de cobrança rápida dos créditos integrantes do Sistema Financeiro de Habitação, não é inovação

<sup>21</sup> Citado por Nelson Nery Jr., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1 a ed., 1992, p. 123, nota 12.

do direito brasileiro (lei francesa de 1.938, regulamentadora das sociedades de construção e co-propriedade de imóveis divididos por apartamentos, já previa a venda forçada dos direitos sociais do sócio faltoso, por um processo simplificado) e, muito menos, do próprio SFH, porque desde 1.903 já existia no direito pátrio (legislação dos Armazéns Gerais) dispositivo similar. Ademais, a execução extrajudicial também é prevista nos arts. 774, inc. III, do Código Civil, 279 do Código Comercial, 14 do Decreto-lei nº 58/37 e 120, § 2º, da Lei de Falências, sendo a mais comum, a da alienação fiduciária.

O objetivo do legislador em situações como esta [S. F. H. e Decreto-lei nº 70/66] nada mais é do que um efetivo equilíbrio entre a atuação do Estado (agindo, nesta hipótese, em busca de uma precisa finalidade, qual seja, a obtenção de recursos crescentes para moradia) e a atuação (a liberdade) do indivíduo (aqui, o mutuário) que deve, para usufruir dos planos habitacionais do Estado, cumprir as obrigações nos termos como convencionadas. Somente com a obtenção deste efetivo *equilíbrio* e ao contrário do quanto pudesse ser afirmado, é que a FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE (= QUALIDADE DA ATUAÇÃO DO ESTADO SOCIAL, DE BEM-ESTAR) SERA PLENAMENTE ATINGIDA.

É preciso que se reafirme: o legislador só pensou em permitir medidas judiciais rápidas dada a sua notável e imprescindível importância para a manutenção da política habitacional, tanto assim que é matéria de competência concorrente a promoção de programas de moradia (art. 23, inc. IX, da Constituição Federal). Pensou antes da Constituição Federal de 1988 e voltou a pensar depois da sua promulgação, sendo de se ressaltar que na mesma legislatura (vale dizer: os mesmos legisladores da Constituição aprovaram lei que confirma a execução extrajudicial como procedimento válido), foi promulgada a Lei nº 8.004/90, que, em seu art. 19, deu nova redação ao art. 31 do Decreto-lei nº 70/66.

O professor Orlando Gomes, em sua obra elenca os argumentos invocados em favor da constitucionalidade da execução extrajudicial em questão, *in literis*:

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

*"1º) não se impede, nem se proíbe, o acesso à via judicial;*

*"2º) se há lesão de direito no caso, quem a sofre é o credor por efeito do inadimplemento do devedor; e, é a ele credor, que a lei faculta a escolha da via extrajudicial;*

*"3º) ao devedor não é defeso buscar a via judicial em qualquer fase da execução extrajudicial [ou. acrescente-se. antes dela], não estando excluída, por conseguinte, a cognição pelo Poder Judiciário;*

*"4º) há exemplos na legislação nacional de execução ou cobrança por via extra judicial (no penhor, na alienação fiduciária em garantia, na falência) sem que jamais se houvesse argüido a inconstitucionalidade das disposições que as autorizam;*

*"5º) a própria lei (Decreto-lei nº 70/66), prevê o controle jurisdicional (art. 37), ainda que a posteriori, exigindo carta de arrematação na venda por leiloeiro que, transcrita no Registro de Imóveis,*

*possibilita ao adquirente imitir-se, através de concessão liminar, na posse do bem;*

*"6º) por último, responsabiliza o agente fiduciário que, mediante comprovada má-fé, alienar imóvel pela via extrajudicial".<sup>22</sup>*

Do mesmo entender, pela constitucionalidade das execuções extrajudiciais, pronunciaram-se, antes da Constituição Federal de 1988, quando se levantavam as mesmíssimas objeções que poderão vir a ser reventiladas, os professores Caio Mário da Silva Pereira<sup>23</sup> e Ministro José Carlos Moreira Alves<sup>24</sup>.

O Ministro **Waldemar Zveiter**, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em palestra publicada nos Anais do Seminário "Aspectos Jurídicos e Econômicos do Crédito Imobiliário", realizado em Angra dos Reis, **em Setembro de 1994**, portanto, **posteriormente à promulgação da Constituição Federal. defendeu a constitucionalidade da execução extrajudicial**, nos termos seguintes:

*"Não há qualquer violação a preceitos constitucionais, data venia.*

*A uma porque a Lei, ao contrário, como se verá, não exclui do Judiciário qualquer lesão de direito.*

*A outra por preservar a garantia do devido processo legal. eis que a execução extrajudicial é faculdade que decorre como visto da lei que a instituiu.*

*(... )*

*Não existe, como se vê, qualquer lesão ao direito do devedor.*

*Não há, assim, segundo penso, como se admitir a inconstitucionalidade da execução extrajudicial. E são vários os argumentos que autorizam tal assertiva.*

*1º) Ao devedor hipotecário está assegurado o direito de propor as ações cabíveis consignatória prestação de contas ou qualquer outra sempre que entender lesado o seu direito individual.*

*2º) Só não haveria controle jurisdicional se o próprio texto de lei assim dispusesse.*

*3º) O Decreto-lei nº 70/66 possibilita a purgação do débito. a qualquer momento. até a assinatura do auto de arrematação. Sem prejuízo do recurso ao Poder Judiciário.*

*4º) O Decreto-lei nº 70/66, art. 40, impõe a rigorosa sanção ao agente fiduciário que não agir legalmente.*

*5º) O devedor antes do início da execução, conforme o disposto no art. 31, quando tiver fundada razão para, pôr em dúvida 'a imparcialidade ou idoneidade do agente financeiro eleito no contrato, poderá pedir ao juízo competente a sua destituição (art. 41, § 10) "<sup>25</sup>.*

Diante de tudo quanto acima foi exposto, tem-se que o Decreto-lei nº 70/66 NÃO afastou (e nem pretendeu afastar) do controle do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, nada tendo sido sonegado da apreciação

<sup>22</sup> Direitos Reais, Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 380.

<sup>23</sup> Direitos Reais, Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 380.

<sup>24</sup> Da Alienação fiduciária em Garantia, São Paulo, Saraiva, 1973, p. 207.

<sup>25</sup> Op. cit., pp. 49/50, sem destaques no original.

judicial, de modo que, pela implicação que daí decorre, também não priva o mutuário do bem sem atenção ao *prévio* devido processo legal, porque é da própria lei a afastabilidade do agente fiduciário que não se mostre imparcial (art. 41, § 1º), mas, é da própria lei que o devedor será cientificado de todo o procedimento de execução de seu débito, garantindo-lhe, portanto, uma execução leal (*é preciso que se esclareça: o que sempre se pretendeu é o adimplemento que gera recursos para novas moradias e não o desapossamento sem causa de qualquer mutuário. Não se querem criar mais problemas habitacionais e sim resolvê-los*).

Por outro lado, havendo lesão ou ameaça a direito, terá o mutuário as ações judiciais cabíveis para atacar o ato ou fato lesivo ou ameaçador, quando, então, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, serão plenamente garantidos.

Convém ter presente a compreensão dos Tribunais em relação à colocação exata do quanto se afirma neste Parecer.

## Da jurisprudência a respeito da legalidade da execução extrajudicial

Ao lado do que já nos referimos, confirmam-se, ainda, as seguintes decisões, todas posteriores à promulgação da Carta da República de 1988, que reconhecem a legitimidade da sistemática de que aqui se cogita, que podem ser tomadas como paradigmas, *mutatis mutandis*, a respeito da legitimidade constitucional da Lei nº 9.514/97:

### **"AÇÃO ANULATÓRIA DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE IMÓVEL FINANCIADO PELO S.F.H. DECRETO-LEI 70/66. IRREGULARIDADES NÃO COMPROVADAS.**

I- Não comprovadas as alegadas irregularidades no processo de alienação judicial do imóvel, não há motivos para a sua anulação.

II- RECONHECIDA A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO-LEI 70/66.

III- Consumada a alienação do imóvel, em procedimento regular, toma-se impertinente a discussão sobre o critério de reajuste das prestações da casa própria.

IV- Recurso improvido.<sup>26</sup>

"PROCESSO CIVIL - SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - SUSPENSÃO DE LIMINAR.

**1. Em juízo de legalidade tem a jurisprudência, proclamado, em entendimento, já pacificado ser constitucional a execução extrajudicial do DL nº 70/66.**

**2. Em suspensão de segurança, cujo juízo está restrito aos motivos que possam ensejar grave lesão à ordem ou às finanças públicas, a liminar que, em ação coletiva, suspende todas as execuções**

<sup>26</sup> STJ - REsp nº 46.050-6, Reg. 94.0008625-3, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia. Vieira, julgado em 27/04/94 e publ. no DJU de 30/05/94 (os grifos são da transcrição).

*que a CEF e outros agentes financeiros do SFH promovem extrajudicial- mente merece ser coibida.*

*3. Suspensão de liminar que se defere, com arrimo no § 1º, do art. 12., da Lei nº 7.347/85<sup>27</sup> (destaques nossos).*

Destaca-se, ainda, deste julgado os seguintes votos majoritários. O então Juiz Dr. Aldir Passarinho Junior, atualmente ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu, in verbis:

*"....não vejo como se possa sustar toda a execução extrajudicial de um decreto-lei que está em vigor há trinta anos, cuja validade já foi amplamente debatida e acatada pelos Tribunais do País. "*

Nesta mesma linha de pensar, o eminente Juiz Osmar Tognolo proferiu o seu voto no seguinte teor, in verbis:

**"....entendo que o interesse público reclama é a manutenção do decreto, porque, na verdade, a lesão que se está causando ao Sistema Financeiro com os mutuários inadimplentes é muito grande. Dizer que eles não têm defesa. têm.** Basta que entrem individualmente com as ações, expliquem seu caso e suas prestações poderão ser acertadas. Agora, a manutenção do impedimento da execução significa que o agente financeiro não poderá nem cobrar, porque o mutuário não terá nenhuma obrigação de pagar, já que não haverá execução." (destacou-se).

E, de forma arrebatadora, se extrai do voto do eminente Juiz Olindo Menezes, in verbis:

**"...**

**Não procede a afirmativa de que os mutuários executados extra- judicialmente não têm defesa. O§ 1º do art. 31 permite que o devedor purgue a mora. Se não estiver devendo, nada impede que, nessa oportunidade, leve o fato à atenção do credor.**

**Fala-se que o decreto-lei não permite o contraditório, mas a afirmativa não tem substância, soando mais como retórica. Nada impede que o mutuário vá ajuízo, com ação cautelar, para a observância do PES, seguida da ação ordinária, como tem acontecido em milhares de casos.**

**O que não se admite é que ele deixe de pagar as prestações do seu financiamento, permaneça omissa na tomada de providências, e ainda assim pretenda impedir a execução extrajudicial do contrato. Em todos os casos postos em execução os mutuários estão nessa situação, visto como, estivessem em juízo, discutindo a questão, o agente financeiro jamais executaria.**

**Fala-se em inconstitucionalidade. em ausência de contraditório. em lei autoritária. mas ninguém diz que não deve. O argumento de cunho social, pelo grande número de executados, não é suficiente para afastar o cumprimento da lei, mesmo porque a decisão que impedisse a execução não os desobrigaria do pagamento do financiamento pelo seu valor de custo.**

<sup>27</sup> TRF da 1ª Região Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 95.01.08962-2/MT, Plenário, 13 (treze) votos a 4 (quatro), publicado no Diário da Justiça do dia 27 de junho de 1996.

*O dinheiro é uma mercadoria cara. Os valores emprestados aos mutuários provêm de caderneta de poupança e devem ser remunerados em sintonia com a inflação. Se, na outra ponta da operação, o agente financeiro não recebe na mesma proporção, o tomador vai ter que, cedo ou tarde, pagar a diferença. Dessa forma, o argumento de cunho social não justifica a suspensão das execuções. "* (grifos nossos).

E, por derradeiro, no Julgamento do Recurso Extraordinário na 223.075- DF, O eminente Ministro Relator Dr. ILMAR GALVÃO, decidiu, apoiado em vários precedentes, que, in verbis:

" ...O acórdão recorrido restou assim ementado (fl. 97):

**"CONSTITUCIONALIDADE. DECRETO-LEI Nº 70/66 E LEI Nº 5.741/71. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. SFH.**

**1. A execução extrajudicial constitui uma forma de autotutela da pretensão executiva do credor Exequente, repudiada pelo Estado de Direito. Infringe o princípio da inafastabilidade da apreciação judiciária (CF/88, art. 5º, inc. XXXV). Fere o monopólio de jurisdição e o princípio do juízo natural (inc. XXXVII e LIII, do art. 5º, CF/88). Priva o cidadão/executado de seus bens, sem o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV). Viola o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CF/88). Não assegura ao litigante devedor os meios e os recursos necessários à defesa de seus bens (art. 5º, inc. LV, CF/88).**

**2. A execução extrajudicial prevista no Decreto-lei nº 70/66 e na Lei nº 5.741/71 não foi recebida pela Carta Magna brasileira de 1988.**

**3. MS concedido."**

O ilustrado parecer da douta Procuradoria-Geral da República mostrou já haver este STF, em várias oportunidades, decidido recursos extraordinários interpostos contra decisões proferidas em ações vinculadas a execuções de débitos de mutuários do SFH, processadas extrajudicialmente, na forma prevista no referido DL nº 70/66, sendo certo já haver decorrido mais de trinta anos da edição do referido diploma legal, sem que houvesse sido submetida a esta Corte uma única alegação de ser ele inconstitucional.

No antigo Tribunal Federal de Recursos, onde foram julgadas dezenas de milhares de ações de execução da mesma natureza da que ora se examina, por igual, nunca se pôs em dúvida a constitucionalidade da execução extrajudicial revista no referido texto normativo.

No julgamento da AC nº 148.231-SC, de que fui relator perante aquela Corte, restou assentado, por unanimidade, o seguinte:

**"EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. INCONSTITUCIONALIDADE. LEILÃO.**

**Predomina neste Tribunal o entendimento de que não há incompatibilidade entre a execução do diploma legal em referência e a Constituição Federal. "**

(...)

..., a matéria foi longamente estudada em várias decisões do antigo TFR, destacando-se o julgamento do MS nº 77.152, Min. Décio Miranda (Rev. Forense, 254/247), em cujo voto afirmou o eminente julgador, posteriormente abrilhantou esta Corte, verbis: "O Decreto-lei nº 70, de 21.11.66, no art. 29, autoriza o credor hipotecário no regime do Sistema Financeiro da Habitação, a optar pela execução do crédito na forma do Código de Processo Civil, ou na forma dos arts. 31 a 38 do mesmo Decreto-lei.

E os arts. 31 a 38 instituem nova modalidade de execução. O credor hipotecário comunica a agente judiciário o débito vencido e não pago. Estes, após convocar o devedor a purgar o débito, promove leilão público do imóvel hipotecado, e, efetuado este, expede carta de arrematação, que servirá como título para transcrição no Registro de Imóveis.

**Nesse regime a intervenção judicial só se dá para o fim de obter o arrematante imissão de posse do imóvel, que lhe será liminarmente concedida pelo juiz. A defesa do executado, salvo se consistir em prova de pagamento ou consignação anterior ao leilão, será debatida após a imissão de posse.**

Alega-se que o procedimento não se harmoniza com o disposto no art. 153, § 4º, da Constituição, segundo o qual não poderá a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual,

Não houve, porém, supressão do controle judicial.

**Estabeleceu-se, apenas, uma deslocação do momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir.**

No sistema tradicional, ao Poder Judiciário se cometia em sua inteireza o processo de execução, porque dentro dele se exauria a defesa do devedor,

No novo procedimento, a defesa do devedor sucede ao último ato da execução, a entrega do bem executado ao arrematante,

No procedimento judicial, o receio de lesão ao direito do devedor tinha prevalência sobre o temor de lesão ao direito do credor, Adiaava-se a satisfação do crédito, presumivelmente líquido e certo, em atenção aos motivos de defesa do executado, quaisquer que fossem,

No novo procedimento, inverteu-se a ordem, deu-se prevalência à satisfação do crédito, conferindo-se à defesa do executado não mais condição impeditiva da execução, mas força rescindente, pois, se prosperarem as alegações do executado no processo judicial de imissão de posse, desconstituirá a sentença não só a arrematação como a execução, que a antecedeu,

Antes, a precedência, no tempo processual, dos motivos do devedor; hoje, a dos motivos do credor, em atenção ao interesse social da liquidez do Sistema Financeiro da Habitação.

**Essa mudança, em termos de política legislativa, pôde ser feita, na espécie, sem inflicção de dano irreparável às garantias de defesa do devedor. Tem este aberta a via da reparação, não em face de um credor qualquer, mas em relação a credores credenciados pela integração num sistema financeiro a que a legislação confere específica segurança.**

Se, no novo procedimento, vier a sofrer detrimento o direito individual concernente à propriedade, a reparação pode ser procurada no Poder Judiciário, seja pelo efeito rescindente da sentença na ação de imissão de posse, seja por ação direta contra o credor ou o agente fiduciário.

**Assim, a eventual lesão ao direito individual não fixa excluída de apreciação judicial.**

Igualmente desamparadas de razões dignas de apreço as alegações de ofensa aos §§ 1º e 22º, do art. 153, da Constituição: a execução extra judicial não vulnera o princípio da igualdade perante a lei (todos, que obtiveram empréstimo do sistema, estão a ela sujeitos), nem fere o direito de propriedade (a excussão não se faz sem causa, e esta reside na necessidade de satisfazer-se o crédito, em que também se investe direito de propriedade, assegurado pela norma constitucional).

Por outro lado, também não prospera a alegação, feita em casos análogos, de que a execução extrajudicial vulnera o princípio da autonomia e independência dos Poderes (art. 6º da Constituição).

**O novo procedimento não retira do Poder Judiciário para o agente fiduciário parcela alguma do poder jurisdicional.**

**O agente fiduciário executa somente uma/unção administrativa, não necessariamente judicial.**

A possibilidade dessa atuação administrativa resulta de uma nova especificação legal do contrato hipotecário, que assumiu, nesse particular, feição anteriormente aceita no contrato de penhor, a previsão contratual da excussão por meio de venda amigável (Código Civil, art. 774, III).

Essa modalidade já se transformara em condição regulamentar na excussão de penhor pela Caixa Econômica (quem a ela leva jóias e objetos não tem outra alternativa). O mesmo passou a sucederem em relação à hipoteca contratado com agente do Sistema Financeiro da Habitação (quem adere a sistema aceita a hipoteca com essa virtualidade).

O litígio eventualmente surgido entre credor e devedor fica, num como noutro caso, separado do procedimento meramente administrativo da excussão. "

Como facilmente se percebe, trata-se de decisão que esboroou, um por um, todos os fundamentos do acórdão recorrido.

Restou demonstrado, efetivamente, de modo irretorquível, que o DL nº 70/66, além de prever uma fase de controle judicial, antes da perda da posse do imóvel pelo devedor art. 36, § 2º não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento de venda do imóvel seja, de logo, reprimida pelos meios processuais próprios.

(...)

Nessas condições, é fora de dúvida que não cabe falar, como fez o acórdão recorrido, em ofensa às normas dos incisos XXXV, XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição, nem, tampouco, em inobservância dos princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa.

A venda efetuada pelo agente fiduciário, na forma prevista em lei, e no contrato, como um meio imprescindível à manutenção do

*indispensável fluxo circulatório dos recursos destinados à execução do programa da casa própria, justamente porque provenientes, na quase totalidade, como se sabe, do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), é, portanto, um ato que não refoge ao controle judicial, estando, por isso, longe de configurar uma ruptura no monopólio do Poder Judiciário.*

*Nem é, aliás, por outro motivo que prestigiosa corrente doutrinária, com vistas ao desafogo do Poder Judiciário, preconiza que a execução forçada relativa à dívida ativa do Estado seja processada na esfera administrativa, posto reunir ela, na verdade, na maior parte, uma série de atos de natureza simplesmente administrativa. Reservar-se-ia ao Poder Judiciário tão-somente a apreciação e julgamento de impugnações, deduzidas em forma de embargos, com o que estaria preservado o princípio do monopólio do Poder Judiciário.*

***O acórdão recorrido, por haver-se afastado da orientação exposta, é de ser reformado, com retorno dos autos ao Tribunal a quo, para que aprecie o pedido deduzido no mandado de segurança.***

*Para o fim acima explicitado, meu voto conhece do recurso e lhe dá provimento.*<sup>28</sup>

O STF, ainda, decidindo sobre a alienação fiduciária de bens **móveis** decidiu o seguinte:

"O Decreto-lei nº 911/69 não ofende os princípios constitucionais da igualdade, da ampla defesa e do contraditório, ao estabelecer ao proprietário fiduciário a faculdade de requerer a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente (art. 3º, 'caput') e ao restringir a matéria de defesa alegável em contestação (art. 3º, § 2º) (RE 141.320-RS, rel. Min. Octavio Fallotti, j. em 22.10.96, apud Informativo do STF, de 28.10.1996, pág. 1).

<sup>28</sup> Acórdão tomado por votação unânime, em julgado realizado em agosto de 1998, destaques nossos.

## Pontos centrais e respectivas conclusões

As distinções fundamentais entre a Lei nº 9.514/97 e o CDC, os pontos centrais e as principais conclusões deste Parecer são, sinteticamente, os seguintes:

**1ª)** A Lei nº 9.514/97 disciplina exaurientemente o tema da alienação fiduciária em garantia de imóvel (arts. 22 a 33); se a Lei nº 9.514/97 disciplina exaurientemente o tema, não é possível cogitar-se da aplicação de outra lei - o art. 53 do CDC - com vistas a interferir, influir, no sistema da Lei nº 9.514/97 alterando radicalmente o sistema do direito positivo da Lei nº 9.514/97, esta última é lei especial, e, o CDC, é lei geral, ocupando, cada diploma, o seu espaço normativo, sendo que esses espaços são diferentes;

**2ª)** Existente a alienação fiduciária de bem imóvel, havendo mora não purgada pelo devedor, extingue-se o financiamento subjacente, com a consolidação da propriedade em mãos do credor; a hipótese cogitada pelo art. 53 do CDC é a de rescisão do contrato de compra e venda ou compromisso de compra e venda, a prestações;

**3ª)** A Lei nº 9.514/97 contém seu próprio sistema no que diz respeito a 'acerto de contas' entre fiduciante e fiduciário; o sistema do art. 53 CDC é diferente e se aplicado colidiria com o sistema do 'ajuste' ou do 'acerto de contas' diferentemente disciplinado na Lei 9.514/97;

**4ª)** O contrato de alienação fiduciária de bem imóvel não se confunde, com compra e venda, e, nem com compromisso de compra e venda (pagável a prestações); no sistema da Lei nº 9.514/97 o que existe, na maioria das hipóteses, subjacentemente à alienação fiduciária de bem imóvel é um contrato de mútuo, e, como tal, é disciplinado nos seus elementos constitutivos pelo Código Civil (art. 1.296), e, a aplicação do art. 53 do CDC, levaria a que o mutuário (=devedor=fiduciante) estaria dispensado de devolver o numerário do mútuo, diferentemente de todos os outros mutuários;

**5ª)** O Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90) é lei anterior à Lei nº 9.514/97, ambas da mesma hierarquia normativa, e, por isso, não é possível nele vislumbrar-se a possibilidade de estar disciplinado tema ulterior a ele, diferentemente regulado por outra lei; a possibilidade de aplicação do art. 53, do CDC ao sistema da Lei nº 9.514/97 - no ponto em que se discute - é repelida pela Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º e § 20, desse mesmo art. 2º;

**6ª)** Só é cogitável aplicar-se o art. 53 do Código do Consumidor se houver num contrato, como elemento constante na sua utilização, no plano prático, cláusula de perdimento das quantias pagas; esta cláusula não existe no sistema da Lei nº 9.514/97;

7ª) No contrato de compra e venda a prestações, o devedor recebe uma coisa, pela qual vai pagando; havendo rescisão haverá de devolver a coisa, e é por isso que, deve receber de volta o que por ela pagou; no sistema da Lei nº 9.514/97 o numerário destina-se à aquisição da coisa, é originariamente do Credor e, por isso deve devolvê-lo, pois que foi recebido com a obrigação de devolução; se o credor, a seu turno, houvesse de devolver 'esse mesmo numerário', que recebera em pagamento, estaria sempre perdendo; e, estaria 'sempre perdendo' porque o produto da alienação do bem imóvel destina-se ao pagamento do "resto do débito ", ou seja, destina-se à reposição do patrimônio do credor. nada mais;

## Quesitos<sup>29</sup>

Assim colocado esse conjunto de questões, tal como consta da consulta, indaga-se:

***1. O art. 53 da Lei nº 8.078/90 é aplicável aos contratos de alienação fiduciária de imóvel?***

Pelas diversas razões apontadas no Parecer, o art. 53, da Lei nº 8.078/90, é inaplicável ao sistema da Lei nº 9.514/97.

***2. Não havendo no contrato de alienação fiduciária cláusula que estabeleça a perda total das prestações pagas em benefício do credor, havendo inadimplência do devedor, mesmo assim o credor é obrigado a devolver as prestações recebidas?***

A inexistência de cláusula de perdimento do que houver sido pago, no sistema da Lei nº 9.514/97 - por diversas razões - inviabiliza que aquele que inadimpliu obtenha de volta, o que pagou, ou, aproximadamente, o que pagou. A razão de ser do comando do art. 53, da Lei nº 8.078/90 é a de que, recuperando o credor o bem, reintegrando-o como "ativo" em seu patrimônio não se justifica ficasse ele, também, com o numerário que houvesse sido pago, dado que o devedor inadimplente o perderia. Pelo sistema da Lei nº 9.514/97, em realidade, o que se passa é que esta lei (a) adota um sistema diferente e (b) prevê o seu próprio sistema de reequilíbrio das partes. Ou seja, (α) o fiduciário (= o credor) não ficará com a propriedade do bem, senão que a sua condição de proprietário normalmente<sup>30</sup> o legitima, desde logo, apenas, para proceder à alienação em leilão público, por valor mínimo igual ou superior ao da dívida; (β) a condição de fiduciário levará a que se possam realizar dois leilões públicos, sendo que, no primeiro dos leilões "nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor (=fiduciário) entregará ao devedor a importância que sobejar,..."[Lei nº 9.514/97, art. 27, § 4º], mandamento este claramente incompatível com o disposto no art. 53, da Lei nº 8.078/90; se, esse leilão não se revelar frutífero, haver-se-á de realizar um segundo leilão, cujo referencial de valor é o valor da dívida [Lei nº 9.514/97, art. 27, § 5º], podendo a coisa, todavia, ser alienada por valor inferior ao que consta do aludido art. 27, § 2º, mas, neste caso, dispõe o art. 27, § 5º que "considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º", devendo, então, o credor fornecer quitação da dívida, no prazo de cinco dias, a contar do segundo leilão.

***3. O leilão extrajudicial previsto na Lei nº 9.514/97 é um ajuste de contas para que se verifique o quanto o devedor inadimplente receberá, se for o caso, com a realização do referido leilão?***

Efetivamente, os leilões extrajudiciais configuram a forma eleita pelo legislador como a normalmente apta a que deles resulte o "ajuste de contas" entre credor e devedor, de tal forma que, bilateralmente, não haja dano para nenhuma das partes, i. e., para que não haja, de lado da lado,

<sup>29</sup> Estes quesitos, em itálico, acompanham a **Consulta**, com a qual começa o Parecer.

<sup>30</sup> Somente depois do segundo leilão público, fracassado, é que o credor tornar-se-á legitimado a ficar com a coisa v. Marcelo Terra, *Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia*, cit., p. 47.

enriquecimento sem causa. O próprio patamar de que as alienações, em leilões públicos, sejam feitas tendo em vista valor "igualou superior [ao] da dívida" garante a correção e o possível proveito máximo, a decorrer das alienações, sublinhando-se, ainda, que é no contrato firmado que se estabelece "o valor do principal da dívida" [Lei nº 9.514/97, art. 24, II]. Tenha-se presente que benfeitorias que possam ter sido feitas, no imóvel, também se compreendem tendo em vista o valor que sobejar da venda pública e que deverá ser entregue ao devedor.

**4. Não havendo licitante no seguinte leilão, ou se o lance ofertado for inferior à dívida e encargos, poderá o devedor requerer devolução de prestações pagas?**

*Não tem o devedor o direito às prestações que haja pago, senão que, direito terá ao valor àquilo que no leilão público possa sobejar, tendo em vista o valor pelo qual tenha sido feita a alienação e o valor da dívida e acessórios, se este for menor do que aquele.*

**5. Na compra e venda com alienação fiduciária, o imóvel alienado é adquirido pelo devedor de terceiro, estranho ao credor. Nestas hipóteses, poderá ele também ser instado a devolver a parte que recebeu diretamente do devedor, caso este último se torne inadimplente? Se positiva a resposta, em que condições?**

Por diversas razões a resposta é negativa. Se à relação entre devedor e credor, esse terceiro é estranho, e, se entre o estranho e o devedor existiu um negócio consumado, tanto que o devedor se tornou proprietário do bem, é evidente que as relações entre devedor e credor nada tem a ver com aquilo que foi negociado por esse terceiro.

**6. Na forma da Lei nº 9.514/97 é possível sustentar que o imóvel alienado fiduciariamente é o único bem do devedor que de fato garante a dívida, seja o valor do imóvel superior ou inferior ao valor da dívida?**

Como o sistema da lei envolve, depois do segundo leilão, um acerto de contas entre credor e devedor, este ocorre mediante a quitação daquele a este, e, portanto, não se coloca, praticamente, a cogitação constante do que- sito. Neste sentido, porque se verificará essa quitação, pode-se dizer que é, em realidade, neste sistema, o único bem afetado à garantia.

**7. Um bem imóvel sendo levado a leilão, nos termos da lei nº 9.514/97, em que hipóteses o devedor terá direito a restituição de valores?**

Pelo sistema da Lei 9.514/97 o "ajuste" ou "acerto de contas", entre devedor e credor, encontra-se completamente disciplinado na lei. Ou sobeja do primeiro ou segundo leilões, numerário que será entregue ao devedor, depois de integralmente solvido o seu débito para com o credor; ou, então, se o segundo leilão for negativo (além de o ter sido o primeiro), a lei estabelece quitação 'recíproca'.

É este o nosso Parecer, s. m. j.

São Paulo, 18 de fevereiro de 1999

## **Parecer**

**Caio Tácito**

*Advogado*

*Professor Emérito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*

## I

A consulta tem como ponto essencial o exame da compatibilidade do art. 27 da Lei no 9514, de 20 de novembro de 1997 com o disposto no art. 53 do Código de Proteção ao Consumidor (Lei no 8078, de 11 de novembro de 1990).

Em estudo de excelente feitura, MELHIM NAMEN CHALHUB concluiu pela validade do primeiro dos preceitos citados em confronto com a segunda disposição.

## II

A norma do art. 53 do Código de Proteção ao Consumidor prevê a nulidade de pleno direito de cláusula nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, que estabeleça a perda total nas prestações pagas na hipótese em que, inadimplente o devedor, venha o credor a exercer o direito de retomada do produto alienado e a resolução do contrato.

A vedação de que sejam retidas as prestações pagas pelo devedor ao mesmo tempo em que se restaura o pleno domínio do vendedor sobre o bem ou produto, tem o sentido de ilidir o enriquecimento indevido do credor.

É uniforme, neste sentido, a observação dos comentadores do Código de que é modelo o entendimento de ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR: "Em tais casos a perda total das prestações pagas representaria grande desequilíbrio na alocação dos riscos em matéria contratual. Para o Fornecedor, a retomada do produto significa o correspondente necessário do uso do bem pelo consumidor. A perda das prestações pagas seria, assim um indiscutível meio de abuso, capaz de ensejar, o enriquecimento ilícito do fornecedor". (Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. Editora Saraiva 1991 p. 203; do mesmo autor - Proteção do consumidor no contrato de compra e venda, Editora Revista dos Tribunais 1993 p.267).

De qualquer modo, a restituição das prestações pagas não deverá ser total na medida em que será válido abater as perdas e danos sofridas pelo credor, inclusive o decorrente lucro cessante (Sonia Maria Vieira de Mello - O vínculo do consumidor na era da globalização: A descoberta da cidadania. Editora Renovar- 1998- p. 108/109).

No mesmo sentido, a ponderação de TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO, Desembargador do Tribunal da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

"A simples devolução das Prestações deixa o credor vendedor em prejuízo pelo desgaste da coisa e pelo que deixou de fluir. A não ser que se pense em dar uma solução ofensiva ao princípio do não - locupletamento sem causa, a quantia a ser devolvida deve ser deduzida dos prejuízos que o credor teve e dos resultantes benefícios que o devedor obteve antes da retomada. Com esta interpretação, há equidade" (Comentários ao Código do Consumidor - Aide Editora 33 edição -1991 p.70/71 ).

## III

Com o advento da Lei nº 9514, de 20 de novembro de 1997, o Sistema de Financiamento Imobiliário adquire nova formulação, dedicando-se capítulo especial à alienação fiduciária de coisa imóvel.

A inadimplência total ou parcial da dívida, constitui em mora o fiduciante e consolida a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

A este se impõe porém, o dever de alienação do imóvel mediante leilão público. Se, no primeiro leilão, o maior lance for inferior ao valor do imóvel, far-se-á novo leilão tomando-se como paradigma o valor da dívida acrescido de despesas vinculadas.

A finalidade do leilão é a de cobrir o débito residual do fiduciante, ao qual deverá ser entregue o que sobejar ao crédito geral do fiduciário.

E se o valor do segundo leilão não for suficiente para a quitação plena do saldo da dívida, dar-se-á esta por extinta, em detrimento do credor.

Dai resulta por óbvia consequência, que o esquema da nova lei especial posterior ao Código de Proteção ao Consumidor, é incompatível com a restituição das prestações pagas pelo devedor.

Primeiramente, porque o fiduciário, pela obrigação de leiloar o imóvel, dele não conserva a propriedade.

Em segundo lugar, porque ao devedor fica assegurada a percepção do que excedeu ao valor da dívida e, mais ainda, o benefício do perdão da parte remanescente que não for coberta pelo lance vencedor.

O fiduciário não somente deixa de acumular a propriedade do imóvel com a realização do preço pela via do leilão.

Mais ainda, a ele é imputado o risco de não se alcançar, no leilão, a integralidade do valor da dívida, na medida em que esta fica extinta, em favor do fiduciante, se o resultado for insuficiente à liquidação da dívida residual.

Não há como cogitar-se, no caso, de enriquecimento ilícito ou indevido desde que não mais coincidem (como previsto no preceito do Código) a acumulação entre os dois valores: a manutenção da propriedade e a retenção das parcelas pagas.

## IV

A compatibilidade entre as duas normas postas em confronto, atende, ainda, a outro princípio elementar de eficácia entre leis sucessivas.

A lei posterior, como regra legal prevalece sobre a norma anterior no tempo. Ademais, também é elementar o princípio de que a lei especial é compatível com a lei geral, no sentido de que se caracteriza como regra específica que excepciona, em seus termos, a incidência do anterior comando que tem como diretriz uma situação

## V

Por ambos estes fundamentos entendemos que o art. 27 e seus parágrafos da Lei nº 9514, de 1997 é válido e não conflita com a regra do art. 53 do Código de Proteção ao Consumidor.

Como preceito posterior no tempo, a primeira disposição regula situação jurídica especial, distinta em seus fundamentos e seus efeitos, da vedação prevista no segundo dos indicados preceitos.

Não há no primeiro deles, o pressuposto da acumulação de vantagens, que caracteriza o enriquecimento ilícito que serve de lastro a última norma legal citada.

## VI

Com apoio nas considerações acima formuladas, passamos a responder aos quesitos constantes da consulta.

PRIMEIRO - O art. 53 da Lei nº 8.078/90 é aplicável aos contratos de alienação fiduciária de imóvel?

RESPOSTA: A regra de devolução de prestações pagas no curso de alienação fiduciária não é aplicável aos contratos regidos pela Lei nº 9.514/97, tanto por se tratar de lei especial como pela substância peculiar à relação jurídica constituída em tal modalidade de contrato, como acentuado no corpo do parecer.

Inexistindo a retenção do domínio do imóvel, por parte do credor fiduciário, ao qual se impõe a obrigação de levar o bem a leilão público, não se constitui a hipótese de enriquecimento indevido que é a matriz da fórmula adotada no art. 53 da Lei nº 8.078/90.

Ademais o procedimento acolhido no art. 27 da Lei nº 9.514/97 favorece duplamente o devedor: atribui-lhe o recebimento do excedente ao valor da dívida e, de outra parte, perdoa o saldo devedor se o lance do leilão for insuficiente para supri-lo.

Ausente o pressuposto que inspira o art. 53 do Código de Proteção ao Consumidor não cabe sua incidência sobre a distinta situação cogitada na consulta.

SEGUNDO: Não havendo no contrato de alienação fiduciária cláusula que estabeleça a perda total das prestações pagas em benefício do credor, havendo inadimplência do devedor, mesmo assim o credor é obrigado a devolver as prestações recebidas?

RESPOSTA: Mesmo se for omissa o contrato quanto à não devolução das prestações pagas, a própria substância da relação jurídica específica afasta tal efeito.

Admitir este benefício em favor do fiduciante levaria ao seu favorecimento indevido posto que, como demonstrado, a lei especial já lhe outorga vantagens especiais.

TERCEIRO: O leilão extrajudicial previsto na Lei nº 9.517 /97 é um ajuste de contas para que se verifique o quanto o devedor inadimplente receberá, se for o caso, com a realização do referido leilão?

RESPOSTA: A obrigatoriedade do leilão extrajudicial tem como finalidade precípua a liquidação da dívida remanescente, como garantia do credor.

Todavia, o fiduciante é favorecido com o direito a haver aparte do preço que exceder ao saldo da dívida.

É como se ao devedor coubesse vender o bem alienado fiduciariamente para saldar a dívida restante, embolsando o sobre preço.

QUARTO: Não havendo licitante no segundo leilão, ou se o lance ofertado for inferior à dívida e encargos, poderá o devedor requerer devolução de prestações pagas?

RESPOSTA: A hipótese prevista no quesito não inova a situação do devedor a não ser para beneficiá-lo com a liberação de responsabilidade pelo saldo da dívida não quitado pelo resultado do leilão. O ônus, no caso, recai sobre o credor.

QUINTO: Na compra e venda com alienação fiduciária, o imóvel alienado é adquirido pelo devedor de terceiro, estranho ao credor. Nestas hipóteses, poderá também este ser instado a devolver aparte que recebeu diretamente do devedor, caso este último se torne inadimplente? Se positiva a resposta, em que condições?

RESPOSTA: A circunstância de que o imóvel objeto da alienação fiduciária seja de propriedade do credor ou de terceiro, é indiferente para o procedimento estabelecido no art. 27 da Lei nº 9.514/97.

Em qualquer caso, o bem objeto da alienação fiduciária fica obrigatoriamente sujeito a leilão público a importar em de domínio.

O terceiro, anterior titular do domínio, terá sido ressarcido do valor do bem no contrato de compra e venda custeado com o crédito originalmente auferido pelo fiduciante,

É oportuno lembrar, ademais, que a inoperância do leilão para cobrir o resíduo da dívida reverterá em benefício do fiduciante e em detrimento do credor, diante da extinção da obrigação remanescente do devedor.

SEXTO: Na forma da Lei nº 9.514/97 é possível sustentar que o imóvel alienado fiduciariamente é o único bem do devedor que de fato garante a dívida, seja o valor do imóvel superior ou inferior ao valor da dívida?

RESPOSTA: A garantia legal do credor fiduciário incide sobre o imóvel do contrato, do qual tem a posse indireta inicial, consolidando-se a propriedade, em caso de mora do fiduciante, com a consequente obrigação de promover público leilão para a alienação do bem (arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97).

Não assiste ao credor outra garantia incidente sobre o patrimônio do devedor, mormente pela previsão legal de que a insuficiência do leilão para a quitação do saldo da obrigação de pagar importa, *de lege*, em anistia do fiduciante.

Este é nosso parecer sobre a matéria da consulta.

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 1999

## **Parecer**

**Melhim Namem Chalhub**

*Advogado e professor*  
*Autor do livro **Negócio Fiduciário***

# Sumário

|                                                                                                                                                                                                 |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>I - Considerações iniciais</b>                                                                                                                                                               | <b>43</b> |
| 1. A Lei nº 9.514/97                                                                                                                                                                            |           |
| 2. Ratio legis                                                                                                                                                                                  |           |
| 3. A nova garantia real: alienação fiduciária de bens imóveis                                                                                                                                   |           |
| 4. A alienação fiduciária em face do Código de Defesa do Consumidor                                                                                                                             |           |
| <b>II - Os procedimentos de realização da garantia fiduciária à luz dos princípios enunciados pelo art. 53 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor. CDC)</b> | <b>46</b> |
| 5. Os princípios fundamentais de defesa do consumidor                                                                                                                                           |           |
| 6. A prevalência das leis especiais novas sobre o CDC                                                                                                                                           |           |
| 7. O enunciado do art. 53 do CDC e os procedimentos de excussão do art. 27 e seus parágrafos da Lei nº 9.514/97                                                                                 |           |
| 8. O tratamento legal da garantia fiduciária e das demais garantias reais à luz do princípio da isonomia                                                                                        |           |
| 9. Principais situações contempladas pelo art. 53 do CDC (promessa de venda, "consórcio" e mútuo com alienação fiduciária)                                                                      |           |
| 10. O conteúdo e a estrutura do contrato de mútuo (Código Civil, arts. 1.256 e seguintes)                                                                                                       |           |
| 11. O art. 22 da Lei nº 9.514/97 e os princípios do equilíbrio contratual                                                                                                                       |           |
| 12. O conteúdo resolúvel da propriedade fiduciária (Código Civil, arts. 647 e 648 e Lei nº 9.514/97, arts. 22 e seguintes)                                                                      |           |
| <b>III. Síntese</b>                                                                                                                                                                             | <b>63</b> |
| <b>IV. Conclusão</b>                                                                                                                                                                            | <b>65</b> |

# I

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

**1. A Lei nº 9.514, de 20.11.97** - A Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, institui a alienação fiduciária de bens imóveis e dá outras providências.

O propósito da lei do SFI é estimular as forças do livre mercado e, nesse sentido, introduz novos mecanismos de negócios no setor imobiliário, sem, contudo, apresentar grandes inovações, à exceção das novas garantias fiduciárias que institui; afora isso, apenas articula, em proveito de um novo mercado, algumas modalidades contratuais já tipificadas no direito positivo, visando ao desenvolvimento de um novo campo de investimentos - o mercado secundário de créditos imobiliários - como fonte de recursos para o setor da produção imobiliária.

As modalidades contratuais a serem utilizadas com mais frequência nesse novo sistema são a compra e venda imobiliária, o mútuo, a cessão de crédito e os contratos acessórios de garantia fiduciária, notadamente a alienação fiduciária de bens imóveis e a cessão fiduciária de direitos creditórios.

Um dos mais importantes aspectos dessa legislação é a nova orientação econômico-social que se dá ao financiamento imobiliário, pela qual são criados dois segmentos distintos para o atendimento das demandas do setor, vale dizer, um segmento de natureza social, pertinente especificamente à política habitacional<sup>31</sup>, e um segmento de mercado, este mais abrangente, relativo à atividade empresarial do setor imobiliário em geral, envolvendo a construção e a comercialização de imóveis destinados ao comércio, à indústria e às atividades profissionais em geral, atendendo também a demanda habitacional da população que dispõe de condições financeiras para pagar os custos do mercado financeiro. Este último - o Sistema de Financiamento Imobiliário - caracteriza-se pela desregulamentação, sustentando seu funcionamento sobre as estruturas dos mercados financeiro e de capitais já existentes, além de novos mecanismos e instrumentos de captação de recursos compatíveis com a economia moderna, em especial as novas companhias de securitização de créditos e os novos títulos de crédito denominados Certificados de Recebíveis Imobiliários - CRI.

**2. - Aratio legis** - Como se sabe, jamais se desenvolveu no Brasil um mercado de créditos imobiliários capaz de atrair as aplicações dos investidores, e isto se deve, fundamentalmente, à excessiva interferência do Estado e à perda de liquidez dos créditos, em razão da delonga dos procedimentos de cobrança judicial. Visando afastar esses obstáculos, principais responsáveis pela fuga dos recursos do setor imobiliário, a Lei nº 9.514/97 cuidou de criar condições que viabilizem a retomada dos investimentos, ao articular mecanismos operacionais inspirados nos mais modernos mercados, em especial o norte-americano, introduzindo profundas modificações no sistema de

<sup>31</sup> Na linha desses princípios, tramitam no Congresso Nacional duas Propostas de Emenda Constitucional, pelas quais a questão da habitação social é alçada ao nível Constitucional (PECs 44/95 e 395/96), nelas estando previsto o estabelecimento de uma política de subsídios, com a aplicação de parte da receita de impostos. Há, também, em tramitação, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei Complementar nº 227/98, que dispõe sobre a criação do Sistema de Aquisição da Habitação Social - SAHS, que prevê a criação de Fundos Habitacionais para atendimento das demandas por moradia.

garantias, a partir da constatação de que as garantias existentes nos sistemas jurídicos de origem romana e são elas a hipoteca, o penhor e a anticrese não mais satisfazem a uma sociedade industrializada, nem mesmo nas relações creditícias entre pessoas físicas, pois apresentam graves desvantagens pelo custo e morosidade em executá-las...<sup>32</sup>

A Lei nº 9.514/97 estendeu a aplicação da alienação fiduciária aos bens imóveis para suprir essa lacuna, como instrumento que poderá propiciar rápida recomposição de situações de inadimplemento, em prazos compatíveis com os compromissos perante os investidores. Na medida em que se mostre eficaz, essa garantia poderá contribuir para a regularidade dos fluxos financeiros necessários ao atendimento da demanda por novos financiamentos, a partir do desenvolvimento de um mercado secundário capaz de funcionar como permanente fonte geradora de recursos para o financiamento imobiliário.

**3. - A nova garantia real: alienação fiduciária de bens imóveis** - A formulação dessa nova garantia imobiliária tem como precedente a alienação fiduciária de bens móveis, criada pela Lei nº 4.728, de 1965, alterada pelo Decreto-lei nº 911, de 1969, que efetivamente viabilizou a aquisição de bens de consumo duráveis pelas pessoas que não dispunham de numerário para pagamento à vista e, em consequência, imprimiu extraordinário impulso ao comércio e à indústria. Nesse contexto, a situação dos consórcios é por si só ilustrativa - recorde-se que a grande dificuldade para o desenvolvimento do sistema de auto-financiamento dos consórcios era a inadequação das garantias então disponíveis, cuja excussão se mostrava absolutamente incompatível com a presteza necessária na recuperação do fluxo de retorno. Com a alienação fiduciária, os consórcios passaram a contar com importante instrumento de recomposição de seu caixa, viabilizando a regularidade da entrega dos bens aos consorciados.

A configuração da alienação fiduciária de bens imóveis segue, em linhas gerais, a concepção da propriedade fiduciária contida no Projeto do Código Civil, em tramitação no Congresso Nacional, e, em alguns aspectos, adota a idéia do contrato de fidúcia que integra o Anteprojeto de Código de Obrigações, de 1965, valendo-se, igualmente, da experiência extraída de algumas normas esparsas do direito positivo brasileiro e hispano-americano, notadamente as Leis nº 4.728, de 1965, e nº 8.668, de 1993.

**4. - A nova garantia fiduciária em face do Código de Defesa do Consumidor** - A tipificação dessa nova garantia suscita reflexão sobre sua sintonia com os conceitos jurídicos emanados do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no que tange às consequências dos procedimentos de realização da garantia fiduciária, tendo em vista que o art. 53 desse Código refere-se explicitamente às alienações fiduciárias em garantia, considerando 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 ou a retomada do produto alienado.

Nos tópicos a seguir procuramos refletir sobre a aplicação desse princípio do CDC aos contratos de mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária de bens imóveis, alinhando algumas notas a respeito do eventual

<sup>32</sup> José Carlos Moreira Alves, *Alienação fiduciária em garantia*, Forense, Rio. 1979, 2a ed., p. 3.

conflito das normas em questão, cotejando, em linhas gerais, o tratamento legal da alienação fiduciária e das demais garantias da mesma natureza, bem como os contratos contemplados no aludido art. 53, destacando os principais aspectos da estrutura e do conteúdo do contrato de mútuo, perquirindo a adequação do tratamento especial da Lei nº 9.514/97 ao princípio do equilíbrio das relações contratuais e registrando alguns aspectos do conteúdo resolúvel da propriedade fiduciária.

## II

## OS PROCEDIMENTOS DE REALIZAÇÃO DA GARANTIA FIDUCIARIA A LUZ DOS PRINCÍPIOS ENUNCIADOS PELO, ART. 53 DA LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990 (CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC)

**5- Os princípios fundamentais da defesa do consumidor (Lei nº 8.078/90, arts. 4º e 5º)** -O CDC é expressão de uma importante fase de transformação econômica e social e contém princípios que incidem, de maneira direta ou indireta, sobre toda a teoria contratual, como bem observa o Professor Arnoldo Wald:

"O direito do consumidor se caracteriza como um direito especial destinado a corrigir os chamados 'efeitos perversos' da sociedade de consumo, restabelecendo uma igualdade jurídica que deve compensar a desigualdade econômica e mantendo, assim, o equilíbrio entre as prestações de ambas as partes, que deve existir nos contratos comutativos, com base nos princípios da boa-fé e da lealdade entre os contratantes."<sup>33</sup>

Inspirado no art. 5º, XXXII, e no art. 170, V, da Constituição, o CDC enuncia os princípios fundamentais da defesa do consumidor, entre os quais vale destacar o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, sempre com base na boa-fé e no equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores. Nesse sentido, dispõe o CDC sobre a proteção contratual, visando coibir a prática de abusos contra o consumidor e contemplando novos mecanismos de proteção para hipóteses que a sistemática então vigente não tinha resposta adequada. Com o CDC, o direito positivo brasileiro passou a limitar a liberdade contratual, ao definir e vedar certas condutas ou cláusulas contratuais consideradas abusivas, considerando-as nulas de pleno direito, bem como passou a admitir a modificação ou revisão de cláusula contratual, mitigando o princípio da força obrigatória do contrato.

O CDC, efetivamente, dotou o contrato de rígidos mecanismos de compensação de eventuais desequilíbrios, em situações de desvantagem do consumidor em face do fornecedor, dada a densidade de que se reveste a relação de consumo na sociedade atual. A presença desses mecanismos, entretanto, não implica o rompimento do CDC com os princípios, conceitos e institutos do direito tradicional, significando, apenas, que o novo ordenamento veio conferir prioridade especial à defesa do consumidor, à luz da equidade e da boa-fé, como observa João Batista de Almeida,

*"..fazendo com que o contrato passasse a ser dirigido no seu conteúdo, através de lei que impõe ou proíbe certas condutas. O dirigismo contratual resultou na limitação da liberdade contratual com o fim precípuo de*

<sup>33</sup> *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, p. 522

*restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes e obviar proteção .ao consumidor.*<sup>34</sup>

O CDC, obviamente, incide sobre as relações de consumo, definindo consumidor *como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final* (art. 2º).

A lei define ainda o que seja produto e serviço; **produto** é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial e **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 trabalhistas** (§§ 1º e 2º do art.3º).

A relação de consumo, assim, diz respeito à aquisição de bens para uso ou consumo do destinatário final ou sua família, não se configurando tal relação em hipóteses como a da pessoa jurídica que adquire bens em razão de sua atividade econômica, como, por exemplo, para revender, e não para consumir como seu destinatário final.

Dada essa configuração, entendemos que o dinheiro, enquanto objeto de contrato de mútuo e em outras situações análogas, não se inclui entre os produtos definidos no art. 2º do CDC, pois esses não são bens consumíveis. 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*<sup>35</sup>, mas, sim, para que o **utilize e restitua ao mutuante, em igual qualidade e quantidade** (Código Civil, art. 1.256). 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. É de se admitir, todavia, que o CDC quer incluir nas relações de consumo a prestação de determinados serviços bancários, como, por exemplo, o débito de pagamentos de contas de luz etc, que, evidentemente, configuram relação jurídica bem diversa daquela decorrente do contrato de mútuo e que, portanto, poderiam estar submetidas ao CDC.

Não obstante a controvérsia que possa envolver a possibilidade de o dinheiro ser objeto de relação de consumo, a apreciação da eventual incidência do CDC na formação e na execução do contrato de alienação fiduciária justifica-se pelo fato específico de que esse contrato - alienação fiduciária - está referido de maneira explícita no art. 53 do CDC. É exclusivamente esse o enfoque da presente reflexão.

**6. – A prevalência das leis especiais novas sobre o CDC** - De plano, importa confrontar e qualificar as normas legais em questão, definindo aquela que se aplica ao caso.

Com efeito, a alienação fiduciária de bens imóveis (assim como a de bens móveis) tem disciplina própria, que regula de maneira específica e exaustiva as consequências da mora e a excussão do bem objeto da garantia, tudo com vistas à observância dos mesmos princípios de equidade e de

<sup>34</sup> Proteção Jurídica do Consumidor, Saraiva, 1993, 1a ed., p. 104.

<sup>35</sup> De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Forense, Rio, 1969, vol. I, p. 417.

equilíbrio das relações contratuais também perseguidos pelo CDC e, assim sendo, não de prevalecer as leis especiais, em caso de conflito de normas.

No caso da alienação fiduciária de bens imóveis, a prevalência se dá não só em razão do critério da especialidade da lei, como, também, pelo critério da cronologia, pois a lei que disciplina a alienação fiduciária de bens imóveis é posterior ao CDC.

De fato, os §§ 4º e 5º do art. 66 da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 911/69, prevêm que, no caso de inadimplemento do mutuário, o mutuante venderá o bem objeto da garantia fiduciária, entregando ao mutuário o saldo que porventura houver, mas na hipótese de o valor obtido ser insuficiente para cobrir o valor da dívida, continuará o mutuário pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado.

Quanto à alienação fiduciária de bens imóveis, a Lei nº 9.514/97 prevê que o mutuante deverá reembolsar-se do seu crédito mediante venda do imóvel, em leilão, devolvendo ao devedor o que sobejar; é a regra do art. 27, que afasta a possibilidade de perda total das quantias pagas pelo devedor e está, portanto, coerente com o princípio do art. 53. Contém ainda essa lei uma norma peculiar: é que, na hipótese de, no segundo leilão, não haver lance que cubra o valor da dívida e acessórios, a lei considera o mutuário exonerado da dívida, vedando ao credor a cobrança de eventual saldo devedor (trata-se de um mecanismo de compensação, do qual nos ocuparemos adiante).

Pois bem. Sabendo-se que, em caso de antinomias, preponderam as leis especiais sobre as gerais, e sendo certo que as leis que regulam a alienação fiduciária são leis especiais em relação ao CDC, aquelas é que prevalecerão, devendo o art. 53 submeter-se à especialização daquelas normas.

É exatamente nesse sentido a lição da eminente Professora Cláudia Lima Marques, que, ao examinar as antinomias em face do CDC, observa que *se ambas as leis permanecem no sistema haveria prevalência da lei especial. (...) A jurisprudência tende a conceder prevalência às normas especiais, sempre que não em conflito com a Constituição*<sup>36</sup>, e salientando a inquestionável prevalência da lei especial, quando posterior, *verbis*:

*"A lei especial nova geralmente traz normas a par das já existentes, 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 dos 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".*<sup>37</sup>

É exatamente o caso: a Lei nº 9.514/97 é norma especial nova em relação ao CDC e, portanto, prevalece sobre o referido Código.

Mas, ainda que assim não fosse, a Lei nº 9.514/97 regula a mesma matéria de maneira coerente com os princípios que inspiraram a regra do art.

<sup>36</sup> Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3a. ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 241.

<sup>37</sup> Ob. cit., p. 247.

53 do CDC, resguardando os direitos do mutuário em estrita conformidade com a natureza e o conteúdo do contrato de mútuo, como se verá adiante.

**7. - O enunciado do art. 53 do CDC e os procedimentos de realização da garantia contidos no art. 22 da Lei nº 9.514/97** - Apar das considerações pertinentes à prevalência da lei especial nova da alienação fiduciária de bens imóveis sobre o CDC, importa notar que aquela lei especial contém disciplina própria sobre a cláusula penal, circunstância que, igualmente, afasta a incidência do princípio contido no art. 53 do CDC.

O cotejo entre ambas as normas pertinentes à cláusula penal é elucidativo.

Com efeito, ao regular as consequências do inadimplemento do devedor, nos contratos de venda a prazo, o art. 53 da Lei nº 8.078, de 1990, impõe limitações à estipulação das cláusulas penais, nos seguintes termos:

*"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 ou a retomada do produto alienado. "*

A seu turno, a Lei nº 9.514, de 1997, ao dispor igualmente sobre as consequências da mora e do inadimplemento do devedor, nos contratos de mútuo com garantia fiduciária, impõe ao credor o dever de vender o imóvel e entregar ao devedor a quantia que exceder o valor de seu crédito, tratando exaustivamente dos procedimentos correspondentes, nos seguintes termos:

*"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,.*

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

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

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

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

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

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

O art. 53 do Código do Consumidor, como se vê, enuncia um princípio geral, inspirado na noção de equidade e de equilíbrio das relações contratuais, e tem em vista coibir o enriquecimento sem causa. O princípio é coerente com a disposição do art. 924 do Código Civil, que autoriza o juiz a reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento, ajustando-a, em cada caso, ao efetivo prejuízo sofrido pelo credor em razão da inexecução contratual por parte do devedor. O que distingue ambos os dispositivos é a natureza da norma, pois o CDC encerra uma norma imperativa ("*...consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas...*"), enquanto que a norma do art. 924 do Código Civil submete a cláusula ao poder discricionário do juiz ("*...poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena...*").

Nesse aspecto, o CDC não introduz qualquer inovação no direito positivo brasileiro, guardando coerência com os princípios já consagrados nas disposições dos arts. 918, 920, 924, 1.056, 1.059, 1.092, 1.536 do Código Civil e no Decreto-lei nº 22.626, de 1933, e, assim, ao vedar a perda total das quantias pagas pelo devedor, o art. 53 quer, efetivamente, que a pena não exceda o limite das perdas e danos a que a mora ou o inadimplemento tiver dado causa.

Importa notar que o conteúdo do art. 53 está articulado aos princípios contidos na cláusula geral do art. 51, que coíbe as chamadas "cláusulas abusivas", circunstância que leva o intérprete a, diante do caso concreto, identificar e quantificar o prejuízo caso a caso.<sup>38</sup>

Como se vê, o art. 53 não afasta a incidência da cláusula penal e, portanto, não exonera o devedor do dever de reparar as perdas e danos resultantes da mora ou do inadimplemento. Apenas veda a exacerbação da pena, sem, entretanto, fixar seus limites.

Já o art. 27 da Lei nº 9.514/97 traça concretamente as limitações a que está sujeito o credor, *ao pleitear a resolução do contrato ou a retomada do produto alienado.*

De fato, ao disciplinar as consequências da mora e do inadimplemento do devedor, a lei da alienação fiduciária de bens imóveis o faz de forma coerente com a hipótese, pois, tratando-se de contrato de mútuo, ao apurar-se o resultado do leilão, na realização da garantia, o credor só pode reter o *quantum* do seu crédito, mais as despesas, sendo-lhe vedado ficar com o que sobejar. É o que dispõe o § 4º do art. 27, que impõe ao credor o dever de, no prazo de cinco dias, contado da venda do imóvel em leilão, entregar ao devedor o excesso que se verificar.

Efetivamente, a legislação especial da alienação fiduciária impede, por todos os modos, a estipulação de cláusula que preveja a perda, pelo mutuário, das prestações por este pagas, pois institui para esse contrato um regime

<sup>38</sup> "Nos contratos imobiliários é abusiva a cláusula que fixa percentual de retenção dos valores pagos na hipótese de rescisão, devendo o eventual prejuízo ser apurado caso a caso." (conclusão n. 11 do II Congresso Nacional do Direito do Consumidor).

jurídico próprio que, a par de coibir passo a passo, em todo o curso da formação e da execução do contrato, qualquer eventual abuso do financiador, contém norma imperativa determinando (1º) que o credor promova a venda do imóvel, em leilão, por preço avaliado pelas partes, no prazo máximo de 30 dias após a consolidação da propriedade, e (2º) que o credor entregue ao devedor, nos 5 dias que se seguirem ao leilão, o valor que exceder o quantum da dívida e encargos.

Considerando, assim, o conteúdo e a finalidade das normas em questão, cotejando-se as disposições do art. 27 da Lei 9.514/97 com as do art. 53 do CDC, pode-se concluir pela inaplicabilidade deste último à alienação fiduciária de imóveis, porque o regime especial dessa garantia já contempla a tutela do devedor, e o faz de maneira específica, com rigorosa adequação à estrutura dessa garantia, enquanto que o art. 53 do CDC apenas enuncia um princípio geral, não plenamente adequado à hipótese tratada na Lei nº 9.514/97.

Assim, o regime da Lei nº 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.

**8. - O tratamento legal conferido à garantia fiduciária e o conferido às demais garantias da mesma natureza à luz do princípio da isonomia** - A par dos aspectos relativos à prevalência da lei especial nova e à adequação da Lei nº 9.514/97 aos princípios enunciados no art. 53 do CDC, não se pode deixar de considerar a aplicação do princípio da isonomia à hipótese, devendo-se também apreciar a questão em cotejo com as demais situações contempladas no citado dispositivo do CDC e considerando, também, o conteúdo e a estrutura do contrato de mútuo, ao qual está vinculada a garantia fiduciária, e levando também em conta o caráter resolúvel da propriedade fiduciária.

A atual Constituição deu realce especial ao princípio da igualdade, fazendo a ele subordinar e condicionar todo o restante do direito, sendo, na clarividente visão de Celso Ribeiro Bastos, *o mais amplo dos princípios constitucionais, não se vendo recanto onde ela não seja impositiva*.<sup>39</sup>

Importa, pois, confrontar a situação contemplada pelo art. 53 do CDC com outras situações da mesma natureza, ainda que perfunctoriamente, de modo a que, na aplicação desse dispositivo, se tenha sempre presente a exigência constitucional da isonomia.

Como se sabe, a isonomia não traduz pura e simples igualdade de direitos, mas diz respeito à outorga de iguais oportunidades a todos, importando, portanto, considerar adequadamente as situações e as circunstâncias em que se encontrem as partes perante a norma jurídica.

No caso em tela, o negócio jurídico considerado é contrato de mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária. O art. 17 da lei nº 9.514/97 atribui à propriedade fiduciária o caráter de direito real, incluindo-a no elenco das demais garantias reais imobiliárias do direito positivo, quais sejam, a hipoteca, a caução de direitos aquisitivos sobre imóveis e a anticrese, como se vê:

<sup>39</sup> Comentários à Constituição do Brasil, Editora Saraiva, 1989, São Paulo, sem indicação do nº da edição, p. 13.

*"Art. 17, As operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por:*

*I - hipoteca;*

*II - (omissis)*

*III - (omissis)*

*IV - alienação fiduciária de coisa imóvel.<sup>40</sup>*

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

Assim, sob a perspectiva do direito real de garantia, o contrato de alienação fiduciária põe o devedor-fiduciante em situação idêntica à do devedor-hipotecário ou à do devedor-caucionante ou, ainda, à do devedor-anticrético.

Em todas essas hipóteses, o devedor segrega do seu patrimônio determinados bens em benefício do credor, para garantir determinada dívida, de modo que, em caso de inadimplemento, esse bem será utilizado para cobrir a dívida e encargos.

Dada essa estruturação, importa se examine a questão tanto sob o ângulo do devedor como sob a perspectiva do credor.

Com efeito, na excussão de bem para cobertura de algum crédito, com ou sem garantia, se o produto da venda não bastar para satisfação da totalidade do crédito, seus encargos, despesas e honorários, continua o devedor responsável pelo saldo remanescente, prosseguindo-se a execução até que se alcance a satisfação total daquelas verbas. É o que sucede nas execuções de créditos com garantia real imobiliária, em geral.

Igual procedimento se dá na cobrança de créditos com garantia real mobiliária, inclusive com a garantia da propriedade fiduciária decorrente do Decreto-lei nº 911, de 1969, pelo qual o devedor-fiduciante continua responsável pelo saldo da dívida, caso o valor do bem fiduciado não seja suficiente para sua plena satisfação.<sup>41</sup>

A Lei nº 9.514/97, entretanto, excepciona essa regra geral, e o faz em benefício do devedor.

É que essa lei conferiu ao devedor-fiduciante a prerrogativa de ver-se exonerado da obrigação de pagamento do saldo remanescente, caso o produto da venda do bem fiduciado não seja suficiente para satisfação da totalidade do crédito mais encargos e despesas.

De fato, prevê a Lei nº 9.514/97 que, depois de consolidada a propriedade no fiduciário, serão realizados dois leilões para venda do imóvel; no primeiro leilão, o imóvel será oferecido por um preço acima do valor da dívida e encargos, preço esse estabelecido por avaliação das próprias partes,<sup>42</sup> estando o credor obrigado a entregar ao devedor o saldo que exceder o valor da dívida e encargos; não se alcançando no primeiro leilão o valor da avaliação feita pelas partes, promove-se o segundo leilão, no qual será o imóvel oferecido pelo valor da dívida, encargos e despesas.

De acordo com o § 5º do art. 27, se, no segundo leilão, não houver lance que cubra nem mesmo o valor da dívida e encargos, ficará o devedor liberado do pagamento de eventual saldo remanescente.

<sup>40</sup> A designação é imprópria, pois alienação fiduciária é o nome do contrato, e não da garantia. A garantia é a propriedade fiduciária

<sup>41</sup> § 6º do art. 66 da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 911/69.

<sup>42</sup> O art. 24 da Lei nº 9.514/97 enuncia os requisitos obrigatórios do contrato de alienação fiduciária, determinando que as partes façam expressamente a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão.

Ora, em regra, nos processos de execução, o devedor continua respondendo pela dívida remanescente caso o produto da alienação dos bens excutidos não seja suficiente para a integral satisfação do crédito, prosseguindo o processo de execução com a penhora de outros bens do devedor.<sup>43</sup> É o que sucede, também, nas execuções de crédito garantido por alienação fiduciária de bens móveis, nos termos do § 5º do art. 66 da Lei n 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto-lei n° 911/69.

Entretanto, no caso da alienação fiduciária de bens imóveis, a Lei n° 9.514/97 liberou o devedor da responsabilidade de pagamento do saldo da dívida, afastando a possibilidade de constrição de outros bens do patrimônio do devedor-fiduciante. Esse tratamento diferenciado se justifica como compensação pela maior eficácia da realização da garantia na alienação fiduciária de bens imóveis, notadamente pela celeridade do processo. Por essa forma, considerando as peculiaridades dessa nova garantia, a Lei n° 9.514/97 cuidou de mitigar os efeitos da mora, tutelando o devedor-fiduciante exatamente em busca da realização do princípio segundo o qual *a regra da igualdade não consiste senão em quinhao desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem*.<sup>44</sup>

Esse mecanismo compensatório, aliás, inspira-se em precedente do direito positivo brasileiro em situação análoga, qual seja, a execução judicial de crédito hipotecário vinculado ao sistema financeiro da habitação, segundo a Lei n° 5.741, de 1971; trata-se de processo de execução também sumário, no qual o imóvel é levado a leilão numa única praça e oferecido pelo valor do saldo devedor, sendo adjudicado ao credor caso não haja licitantes ou não haja lance que cubra o saldo devedor.

A diversidade de tratamento, entretanto, tem limite, não podendo exacerbar-se ao ponto de afrontar os institutos e os conceitos jurídicos envolvidos, que, no caso, dizem respeito à natureza e à estrutura do contrato de mútuo; antes, deve a ele amoldar-se.

De fato, e ainda apreciando a questão sob o ângulo do devedor, se se desconsiderar a regra do art. 1.256 do Código Civil, admitindo que, em consequência da realização da garantia, o devedor-fiduciante obtenha a restituição de parte das prestações pagas sem que reponha a quantia mutuada, então estaria a lei estabelecendo tratamentos desiguais entre iguais, isto é, os mutuários, considerados na sua generalidade, privilegiando os mutuários inadimplentes em face dos mutuários adimplentes, na medida em que conferiria aos inadimplentes o privilégio de descumprir a obrigação de restituir inserta no art. 1.256 do Código Civil, sem dela dispensar os adimplentes.

Ora, a eventual possibilidade de o mutuário inadimplente obter a devolução das prestações que tiver pago, antes de completada a reposição do valor do mútuo, implicaria exonerá-lo (o mutuário inadimplente) do cumprimento da regra do art. 1.256, exoneração essa não prevista para o mutuário adimplente.

Tal desigualdade, entre iguais, constituiria flagrante violação do princípio da isonomia. Assim, nos contratos de mútuo, só é possível aplicar o princípio do art. 53 do CDC, depois de se ter completado a reposição de que

<sup>43</sup> Código de Processo Civil: Art. 667 -Não se procede à segunda penhora, salvo se:  
I - (omissis);  
II - executados os bens, o produto da alienação não bastar para o pagamento do credor.

<sup>44</sup> Rui Barbosa. *Oração aos Moços*.

trata o art. 1.256 do Código Civil, pois, do contrário, estaria sendo criada uma injustificada discriminação em prejuízo dos mutuários adimplentes.

De outra parte, vista a questão, agora, sob o ponto de vista do credor, será isonômica a regra que considere o credor-fiduciário equiparado ao credor-hipotecário e aos demais titulares de créditos com garantia real, sopesadas, naturalmente, as peculiaridades que tornam mais eficaz a garantia fiduciária.

Assim, se, por exemplo, ao credor-hipotecário se assegura o elementar direito de receber a totalidade de seu crédito, igual direito deve ser assegurado ao credor com garantia real fiduciária, admitido, naturalmente, seja esse direito temperado em razão da maior celeridade no processamento desse recebimento, circunstância que justifica a regra pela qual é vedado ao credor-fiduciário buscar outros bens do devedor-fiduciante caso não se alcance, no segundo leilão, o valor da dívida e encargos. Com efeito, o fato de a garantia fiduciária implicar a transmissão, ao credor, da propriedade do bem objeto da garantia, em caráter resolúvel, fez com que o legislador restringisse a atuação do credor sobre o patrimônio do devedor, e, assim, na medida em que, de uma parte, autoriza a constituição de um patrimônio de afetação com o bem objeto da garantia, conferindo ao credor a prerrogativa de exercer sobre ele um domínio resolúvel, de outra parte fixa um limite na satisfação do seu direito creditório, vinculando-o ao próprio bem que está sob seu domínio resolúvel, mesmo que, na excussão, o valor desse bem, no mercado (leilão) seja inferior ao valor pecuniário do direito creditório.<sup>45</sup> Assim, em razão das prerrogativas inerentes à garantia fiduciária, notadamente o exercício do domínio pelo credor, conquanto resolúvel, e a maior celeridade dos procedimentos de excussão, a lei impede que o credor-fiduciário-imobiliário invista contra outros bens do devedor para obter a completa satisfação do seu crédito, no caso de não se alcançar, no segundo leilão, valor que o satisfaça.

Assim, confrontando a situação do art. 53 do CDC com outras situações da mesma natureza, não há dúvida de que, no mútuo com garantia fiduciária, a restituição de quantias ao mutuário somente poderá ocorrer após a integral reposição, ao mutuante, da quantia mutuada, e deverá corresponder à diferença entre o produto da venda do bem objeto da garantia e o valor do crédito e encargos, tal como sucede em todos os demais contratos de mútuo com garantia real, observado o tratamento diferenciado conferido pela lei ao devedor-fiduciante, com a dispensa de sua responsabilidade patrimonial caso o valor do imóvel seja insuficiente para cobertura de sua dívida e encargos.

**9. - Principais situações contempladas pelo art. 53 do CDC (promessa de compra e venda, "consórcio" e mútuo com garantia fiduciária)** - O art. 53 do CDC contempla os contratos de compra e venda a prazo (compreendendo as promessas de venda) e os contratos de financiamento em geral (compreendendo o auto-financiamento das sociedades mutualistas conhecidas como "consórcio" e as demais modalidades de mútuo), nos quais tenha sido constituída garantia fiduciária.

A jurisprudência tem se ocupado da aplicação dos princípios emanados dos arts. 51 e 53 do CDC nos contratos de consórcio e de promessas de compra e venda, que contêm "cláusula de decaimento", na expressão de Pontes de Miranda, isto é, aquela que prevê a perda total das quantias pagas pelo

<sup>45</sup> O contingenciamento, aliás, é coerente com a natureza da resolubilidade inerente à propriedade fiduciária, pois, por princípio, se falha a condição resolutiva, isto é, se o devedor deixa de cumprir a obrigação de pagar, a propriedade se consolida no fiduciário.

consorciado ou pelo promissário comprador no caso de mora ou inadimplemento. No caso dos consórcios, a questão é objeto da Súmula 35 do STJ, pela qual incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio, havendo ainda divergências quanto ao momento da devolução e quanto ao fator de correção. No que tange às promessas de venda de imóveis, antes mesmo do advento do CDC a jurisprudência já vinha estabelecendo a redução da pena, em linha de princípio com o art. 924 do Código Civil, registrando-se hoje uma tendência no sentido de que essa pena seja limitada a um percentual do que tiver sido pago, consideradas as peculiaridades do caso.

Nenhuma das duas situações, entretanto, se confunde com o contrato de mútuo garantido por propriedade fiduciária.

Com efeito, no consórcio, tem-se um contrato de auto-financiamento, envolvendo os associados de uma sociedade civil mutualista. Tomando-se uma sociedade com 50 associados, cada um paga mensalmente o equivalente a 1/50 do valor de determinado bem, de modo que ao final de cada mês a sociedade (*grupo*) arrecade 50/50 e compre um desses bens, entregando-o ao associado que tiver sido sorteado para tal fim; a sociedade denominada "consórcio" celebra um contrato de mútuo com o associado sorteado, entregando-lhe a quantia necessária à compra daquele bem, e assim, sucessivamente, a sociedade mutualista vai emprestando aquela mesma quantia a todos os demais associados, até que todos obtenham o empréstimo almejado e comprem o bem programado; muito embora tudo isso seja processado por uma empresa administradora, esta é apenas uma prestadora de serviços, pois a sociedade mutualista é que é a mutuante; disso resulta que o sucesso ou o fracasso da sociedade está relacionado às forças dos próprios associados.

De outra parte, pelo contrato de *venda a prazo* ou de *promessa de compra e venda*, o vendedor ou o promitente vendedor se obriga a transmitir ao comprador a propriedade de determinado bem, mediante o pagamento do preço desse bem, que é feito parceladamente. Depois de concluído o pagamento, efetiva-se a transmissão da propriedade ao comprador. Na promessa de compra e venda, o promitente compromete-se a transmitir mas mantém o domínio sobre a coisa; nesse caso, a efetivação do pagamento produz o efeito aquisitivo do direito de propriedade, impondo-se ao promitente, em consequência, a obrigação de outorgar a escritura de venda, transmitindo-se ao promissário, pelo registro do título no Registro de Imóveis, o domínio que até então detinha o promitente; caso o promitente se recuse a outorgar a escritura, pode o promissário compeli-lo a fazê-lo mediante ação de cumprimento de obrigação de fazer; caso o promissário não efetive o pagamento, dá-se a resolução do contrato, com a reintegração do promitente na posse do imóvel.

Já pelo contrato de *mútuo de dinheiro*, com garantia fiduciária, o mutuário recebe uma certa quantia do mutuante e se obriga a restituir o que dele recebeu, em igual qualidade e quantidade; por esse contrato, o mutuário torna-se titular do domínio sobre o dinheiro mutuado e obriga-se a restituí-lo ao mutuante; em garantia do cumprimento dessa obrigação, o mutuário transmite ao mutuante a propriedade resolúvel de determinado bem, corporificando, assim, o contrato de alienação fiduciária, acessoriamente ao contrato de mútuo.

Embora as três hipóteses possam estar compreendidas dentro do fenômeno econômico genericamente denominado *financiamento*, a verdade é que cada uma delas tem estrutura própria, cujo tratamento jurídico-legal há de ser com ela compatível.

Assim, considerada a natureza do *consórcio*, têm os associados uma relação societária que está sujeita aos riscos próprios da atividade que constitui seu objeto social, e que, obviamente, comporta os prejuízos decorrentes da perda de capacidade contributiva de seus associados. Os efeitos da mora de algum associado e a consequente excussão da garantia fiduciária refletirão sobre todos os associados, de forma homogênea; se não houver recomposição do caixa do *consórcio*, com a reposição de valor suficiente para adquirir aquele bem determinado, naquele mês determinado, então todos os associados terão que suportar a perda, em igual proporção.

Mas, para evitar essa perda e recompor a posição de caixa da sociedade (*grupo*), o CDC manda o inadimplente indenizar a sociedade mutualista dos prejuízos que tiver causado.

Com efeito, ocorrendo a mora ou o inadimplemento do associado sorteado, o CDC impõe a este a obrigação de pagar uma retribuição pela fruição do bem, assim como assegura à sociedade mutualista a reparação dos prejuízos decorrentes do inadimplemento, prejuízos esses que, naturalmente, dizem respeito à não reposição integral do *quantum* mutuado, nos seguintes termos:

*"Art. 53. (omissis).*

*"§ 2º- Nos contratos do sistema de co.nsórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo. "*

Ao mandar descontar os *prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo*, nas hipóteses em que o associado já tiver obtido o financiamento e adquirido o bem, a lei está se referindo, naturalmente, a eventual subtração patrimonial que a sociedade (o *grupo*) vier a sofrer caso, na excussão, não se obtiver a integral reposição do valor mutuado e encargos. Para esse fim, há que se computar, também, as demais perdas que a sociedade vier a sofrer em razão da mora ou do inadimplemento, como são os casos, por exemplo, de eventual aumento de preço do bem objeto do consórcio, das custas e demais despesas processuais que tiverem que ser desembolsadas em busca da satisfação do crédito, dos honorários de advogado, dos eventuais custos financeiros, inclusive juros, que a sociedade tiver que suportar para suprir necessidades de caixa, decorrentes da diminuição patrimonial decorrente da mora, etc.

Assim, só depois de paga a retribuição pela fruição, e depois de reparados os prejuízos que o inadimplente tiver causado à sociedade mutualista, é que poderá se dar a restituição de parte das prestações a que alude o art. 53 do CDC.

Já na *compra e venda* ou na *promessa*, a resolução do contrato decorrente da mora do promissário comprador enseja a reposição do bem ao patrimônio do vendedor ou do promitente vendedor, cabendo, no caso, a reparação das perdas e danos que a mora do promissário tiver dado causa, podendo essas estar prefixadas em cláusula penal ou devendo ser apuradas em cada caso. A situação é peculiar e exige aferição das perdas e danos em

cada caso. De fato, se, por exemplo, o promissário tiver utilizado o imóvel, deverá pagar retribuição pelo uso, além de indenizar o vendedor pelas despesas de venda que tiver realizado (corretagem, impostos etc), devendo também repor o imóvel nas condições que recebeu e recompor as perdas decorrentes da depreciação do imóvel, mas será obviamente diversa a situação se o promissário não chegou a ocupar o imóvel.

Aliás, por causa dessas peculiaridades é que o II Congresso Nacional do Direito do Consumidor emitiu a conclusão n 11, acima referida, segundo a qual "Nos contratos imobiliários é abusiva a cláusula que fixa percentual de retenção dos valores pagos na hipótese de rescisão, devendo o eventual prejuízo ser apurado caso a caso." (grifamos)<sup>46</sup>

Assim, considerando os traços que distinguem cada uma dessas figuras contratuais, não se pode tomar os contratos de consórcio ou de promessa como paradigmas para aferição do justo valor da cláusula penal nos contratos de mútuo, devendo-se, aqui, examinar a aplicação do art. 53 do CDC à luz do conteúdo e da natureza do contrato de mútuo.

**10. - O conteúdo e a estrutura do contrato de mútuo (Código Civil, arts. 1.256 e seguintes)** - Com efeito, o art. 53 considera nula a chamada *clausula de decaimento nos contratos de compra e venda de móveis e imóveis mediante pagamento em prestações (...), bem como nas alienações fiduciárias em garantia.*

De plano, como se viu, importa registrar que as espécies de contrato contempladas na primeira parte do dispositivo não se confundem com a espécie de contrato regulada pelos arts. 5º e 22 da Lei nº 9.514/97, que trata do contrato de financiamento (mútuo) e do contrato acessório que lhe serve de garantia, este o de alienação fiduciária de bens imóveis.

Ressalve-se, em respeito à boa técnica, que a abusividade que o art. 53 do CDC quer reprimir jamais poderia estar contida no contrato de alienação fiduciária, mas, sim, no contrato de mútuo com pacto adjecto de alienação fiduciária; por esta, apenas se contrata a transmissão da propriedade em garantia do pagamento do mútuo, de modo que as cláusulas alusivas às obrigações do mutuário e, bem assim, às penalidades em caso de mora ou inadimplemento dessas obrigações, entre elas as *cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas*, integram o contrato de mútuo, e não o de alie nação fiduciária.

Importa, pois, que se tenha presente a exata configuração do contrato de mútuo, de que trata o art. 5º da Lei nº 9.514/97, para se saber se há conflito entre este e o art. 53 do CDC.

Como se sabe, pelo contrato de mútuo de dinheiro o mutuário recebe uma certa quantia do mutuante e se obriga a restituí-la em igual qualidade e quantidade, acrescida dos juros convencionais.<sup>47</sup> Dada essa configuração, o mutuário, no ato da celebração do contrato, incorpora ao seu patrimônio uma

<sup>46</sup> Embora ainda se registrem algumas decisões que determinam a devolução integral das quantias pagas pelo promissário, predomina a orientação jurisprudencial de que a devolução tem que ser parcial, legitimando-se a retenção de parte das quantias pagas a título de indenização das perdas e danos que o promitente tiver sofrido, em razão do inadimplemento do promissário.

Nesse sentido, recentes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reconhecendo que da interpretação que se extrai do aludido dispositivo legal [art. 53 do CDCJ não se infere que o inadimplente do contrato de compra e venda do imóvel a prestação tenha direito à devolução da totalidade das parcelas pagas. (...) No caso, a cláusula repudiada pela sentença apelada estabeleceu perda de parte das parcelas pagas (...), como pena convencional. Esta pena convencional livremente pactuada entre os contratantes visou estabelecer o equilíbrio econômico do negócio realizado, constituindo as perdas e danos que o apelante busca ver reconhecidas, com apoio nos artigos 1.056 e 1.092, parágrafo único, do Código Civil. Contudo, como o apelado cumpriu em parte a obrigação, e pela sentença terá que pagar taxa de ocupação (...), deve o apelante devolver metade do valor das parcelas pagas pelo apelado... (TJERJ, Ap. 2085/96, da 5ª Câmara Cível e, mais recentemente, Ap. 10069/98, da 12ª Câmara Cível, j. 13.10.98).

<sup>47</sup>

Código Civil: "Art. 1.256 - O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade ou quantidade. Art. 1.257 - Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição."

certa quantia (no dizer do art.1.257 do Código Civil, o mútuo *transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário*), mas é sua obrigação colocar essa mesma quantia, de volta, no patrimônio do mutuante (Código Civil, art.1.256). Pode o mutuário, obviamente, fazer uso do dinheiro mutuado para qualquer finalidade, podendo dar ao mutuante garantia do pagamento da quantia mutuada, seja real ou fidejussória. O contrato de mútuo só se extingue mediante a integral reposição, ao mutuante, do *quantum* que o mutuário dele recebeu.

Deixando o mutuário de cumprir sua obrigação de repor no patrimônio do mutuante a quantidade de dinheiro que dele extraiu, sujeita-se à execução e à expropriação de bens em valor que cubra o quantum da dívida, encargos, despesas processuais e honorários advocatícios; se, no processo de execução, os bens penhorados forem insuficientes para que se obtenha a integral reposição da quantia mutuada, pode o mutuante promover a penhora de outros bens, até que se satisfaça o crédito, mais os acréscimos; se o mútuo estiver garantido por algum bem, é sobre esse que a penhora recairá, em primeiro lugar, só podendo o mutuante buscar outros bens do mutuário se o valor do bem objeto da garantia for insuficiente para cobrir o crédito.<sup>48</sup>

Em qualquer circunstância, o contrato de mútuo só estará cumprido quando houver a integral reposição, ao mutuante, do quantum que dele recebeu o mutuário: *a restituição deve naturalmente ser completa, é da índole do contrato*,<sup>49</sup> de modo que se o mutuário deixar de recompor o patrimônio do mutuante, repondo exatamente a mesma qualidade e quantidade de numerário que dele retirou, estará se locupletando à custa do mutuante.

Aliás, como que a chamar a atenção para essa obviedade, o art. 5 da Lei nº 9.514/97, ao enumerar as quatro condições dos financiamentos imobiliários, destaca como *condição essencial a reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste* (inciso I do art. 5º).

Dessa elementar noção resulta que, na inexecução do contrato, o *quantum* que eventualmente houver de ser restituído ao mutuário, nos termos do art. 53 do CDC, limitar-se-á ao que sobejar, depois de repostado no patrimônio do mutuante aquilo que dele tiver sido retirado quando da contratação do mútuo.

Tais são o conteúdo e a natureza do contrato de mútuo, que não sofreram qualquer alteração pelo CDC, pois, como se sabe, esse Código não formulou ou reformulou nenhum tipo de contrato em especial, mas *apenas impôs novos patamares gerais de equilíbrio e de boa-fé a todas as relações de consumo*, como bem registra a Professora Cláudia Lima Marques.<sup>50</sup>

Assim, considerando que é da essência do contrato de mútuo a reposição, no patrimônio do mutuante, da quantia mutuada, resulta claro que se o produto da venda do bem dado em garantia não for suficiente para tal reposição, continua o devedor responsável pelo saldo remanescente, daí porque não se aplica, nessa hipótese, o art. 53, pois sua aplicação há de se fazer, sempre, em harmonia com a natureza de cada contrato e em conformidade com o ordenamento.

No mútuo com garantia fiduciária incidem, obviamente, as mesmas regras, daí porque se os procedimentos executórios resultarem na eventual

<sup>48</sup> Código de Processo Civil: Art. 655. (omissis). § 2º - Na execução de crédito pignoratício, anticrético ou hipotecário, a penhora, independentemente de nomeação, recairá sobre a coisa dada em garantia.

<sup>49</sup> Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XVII, p. 437.

<sup>50</sup> Ob. cit., p. 238.

reintegração do credor na posse do bem, ou na busca e apreensão, isso não implica, *ipso facto*, a extinção do contrato, pois essa *reincorporação* do bem ao patrimônio do credor pode não significar a recomposição patrimonial do mutuante. Vale repetir que nesse contrato - mútuo - a recomposição patrimonial do credor não se dá mediante entrega do bem, mas mediante pagamento em dinheiro, pois é dinheiro o objeto do contrato e a recomposição só se materializa com a restituição do *quantum*, em dinheiro, que saiu do patrimônio do mutuante e ingressou no do mutuário, nos precisos termos do art. 1.256 do Código Civil. Ora, se o produto do leilão não for suficiente para saldar a dívida, significa, obviamente, que ainda não se repôs no patrimônio do mutuante a totalidade daquilo que dele foi retirado e, assim, se, eventualmente, se efetivar a restituição de parte das prestações pagas, estaria o mutuário se locupletando à custa do mutuante, que, além de não ter obtido a legítima recomposição patrimonial, ainda terá que retirar mais dinheiro do seu patrimônio para restituir ao mutuário parte das prestações que este pagara...

Efetivamente, o bem objeto da alienação fiduciária é garantia do mútuo, não objeto do mútuo; serve o bem para dar mais eficácia ao recebimento do crédito, mas não substitui o objeto do contrato, que, repita-se, é dinheiro. Não se pode deduzir que, em razão da aplicação do art. 53 do CDC, o apossamento do bem pelo mutuante, mesmo que o valor do bem seja inferior ao do crédito, implique a (a) exoneração da obrigação do mutuário de repor no patrimônio do mutuante a totalidade daquilo que recebeu e, ainda, (b) a obrigação do mutuante de entregar-lhe parte das prestações que pagara.

Por isso, a regra do art. 53 do C PC não pode ser aplicada de maneira invariável em todos os casos concretos de alienação fiduciária, mas somente naqueles casos em que o valor do bem alienado fiduciariamente supere o valor da dívida e encargos, e é nesses casos que o CDC quer assegurar a equidade e o equilíbrio das relações contratuais, evitando que o mutuante venda o bem por valor superior ao do seu crédito e se aproprie do excesso.

Mas, no caso específico da alienação fiduciária de bens imóveis, a vedação da apropriação desse excedente já está regulada na legislação especial, como se verá adiante.

As questões até aqui suscitadas deixam claro que o art. 53 do CDC deverá integrar-se à disciplina contratual contida no ordenamento, salvo no que tange àquelas relações contratuais de que o CDC trate, especificamente, devendo ser aplicado sempre em sintonia com a natureza do contrato em questão. No caso de conflito, hão de prevalecer as normas do Código Civil que dispõem sobre o conteúdo e a natureza do contrato de mútuo e as normas da Lei nº 9.514/97, que disciplina especificamente o mútuo com garantia fiduciária imobiliária.

**11. - O art. 22 da Lei nº 9.514/97 e o princípio do equilíbrio das relações contratuais** - A par das considerações pertinentes à natureza e ao conteúdo do contrato de mútuo, em cotejo com o princípio enunciado pelo art. 53 do CDC, importa ter presentes as normas específicas da Lei nº 9.514/97 aplicáveis às hipóteses de mora e de inadimplemento do mutuário, com vistas à observância do equilíbrio das relações contratuais.

Com efeito, a legislação sobre a alienação fiduciária de bens imóveis é dotada de disciplina peculiar para a hipótese de inexecução das obrigações do mutuário, que prevê rigoroso contingenciamento da cláusula penal, em estrita

conformidade com os princípios consagrados no direito positivo brasileiro, notadamente aqueles enunciados no Código do Consumidor.

No que tange especificamente à alienação fiduciária de bens imóveis, as consequências da mora e os procedimentos a ela pertinentes estão regulados nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514, de 1997, este já reproduzido acima.

Com efeito, prevê o art. 26 e seus parágrafos que, não pagas as prestações do financiamento, será o devedor intimado pelo Oficial do competente Registro de Imóveis para purgar a mora no prazo de 15 dias, no próprio Serviço do Registro, sob pena de, não o fazendo, consolidar-se a propriedade no fiduciário. Dispõe o art. 27 que, uma vez consolidada a propriedade no fiduciário, este é obrigado a, no prazo de 30 dias, promover a venda do imóvel em público leilão, ofertando-o no primeiro leilão pelo valor estabelecido pelas partes no contrato (em regra, esse valor é o da compra e venda, devidamente corrigido) e, não se alcançando esse valor, colocando-o à venda em segundo leilão pelo valor da dívida, acessórios e despesas (art. 27 e§ 1º); os §§ 2º, 3º e 4º prevêem que no segundo leilão será aceito o maior lance, desde que igualou superior ao valor da dívida e acrescidos, e que nos 5 dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão o credor entregará ao devedor a importância que sobejar; dispõem os §§ 5º e 6º que, não se alcançando, no segundo leilão, valor igualou superior ao valor da dívida e acrescidos, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º [restituição ao devedor da quantia que sobejar da venda do imóvel em leilão], e que, em 5 dias, o credor dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

Em suma, dada a estrutura do contrato de mútuo com garantia fiduciária, o bem objeto da garantia há de ser vendido para cobrir o valor do saldo da dívida, daí decorrendo duas possibilidades: 1ª: se o valor obtido no leilão é superior ao saldo da dívida, acessórios e despesas, entrega-se ao devedor o que sobejar; 2ª: se o valor obtido não é suficiente para a cobertura da dívida, não se pode cogitar de restituir qualquer quantia ao devedor, sob pena de se descaracterizar o contrato de mútuo, agredindo o preceito do art. 1.256 do Código Civil.

Em regra, na 2ª hipótese, haveria de se aplicar o princípio geral, segundo o qual continua o devedor a responder pelo saldo devedor, caso o produto do leilão não cubra o valor do crédito. Mas o legislador, em benefício do mutuário, procurou mitigar os efeitos da mora, ao dispor que, caso o produto da venda não seja suficiente para cobrir o valor da dívida, ficará o mutuário dispensado de pagar o remanescente.<sup>51</sup>

Como se vê, a Lei nº 9.514/97 não colide com os princípios enunciados no art. 53 do Código do Consumidor, sendo certo que aquela lei guarda coerência com a natureza do contrato de mútuo, dela só se desviando para favorecer o devedor, quando, no § 5º do art. 27, o exonera da obrigação de pagar o saldo da dívida, ainda que o produto do leilão for inferior ao valor desta.

Em síntese, a par da configuração peculiar do contrato de mútuo com alienação fiduciária, a legislação especial, tanto a que disciplina a alienação

<sup>51</sup> Esse benefício, contido no § 5º do art. 27, pode dificultar a utilização da alienação fiduciária de imóveis nos grupos de auto-financiamento conhecidos como consórcio, pois se no 2º leilão não se alcançar o valor da dívida, o grupo não obterá a reposição daquilo que entregou ao consorciado inadimplente, causando perdas irreparáveis ou de difícil reparação ao grupo. Assim, ou se aumenta a contribuição de todos os consorciados, para se obter valor suficiente para suprir o valor alcançado no leilão, ou se entrega aos futuros consorciados bem de menor valor.

dos bens móveis, como a dos bens imóveis, ao regulamentar a venda do bem objeto da garantia, cuida de resguardar o devedor contra o risco de perda total das quantias pagas, não havendo, portanto, qualquer confrontação entre as normas da alienação fiduciária e a vedação contida no art. 53 do Código do Consumidor.

**12. - O conteúdo resolúvel da propriedade fiduciária (Código Civil, arts. 647 e 648, e lei nº 9.514/97, arts. 22 e seguintes)** - Além das questões pertinentes à aplicação das cláusulas relativas à inexecução contratual, importa ter presentes alguns aspectos que envolvem o conteúdo e a natureza da propriedade fiduciária e o exacerbado rigor que a Lei nº 9.514/97 impôs ao credor, ao regular as consequências da mora do devedor.

Na estrutura concebida pelo art. 22 da lei nº 9.514/97, o devedor, para garantia da dívida, transfere ao credor a propriedade resolúvel de um imóvel; a condição resolutiva é o pagamento da dívida; assim sendo, uma vez cumprida a condição, com o pagamento da dívida, extingue-se a propriedade do credor, revertendo plenamente ao devedor; se, ao contrário, falha a condição, em razão do não pagamento da dívida, consolida-se a plena propriedade no credor.

Como se sabe, a propriedade fiduciária não está subordinada à regra do art. 765 do Código Civil, pois o ingresso da propriedade plena do bem no patrimônio do credor, se falha a condição resolutiva, é da natureza da propriedade resolúvel, não se podendo limitar o direito do titular da propriedade resolúvel, como observa Pontes de Miranda:

*"Quem é outorgado em pacto de transmissão em segurança não poderia ficar subordinado à ratio legis do art. 765 do Código Civil porque já é adquirente; não se poderia negar tornar-se aquilo que ele já é. pode-se vedar o vir a ser, não o ser; aplicar-se o art. 765 ao outorgado em pacto de transmissão em segurança seria negar-se a alguém poder continuar a ser o que já é."*<sup>52</sup>

Assim, se falha a condição resolutiva, o credor fica com a propriedade do imóvel objeto do financiamento, sem necessidade de promover sua venda, como decorreria da regra do art. 765 do Código Civil.<sup>53</sup>

Mas a Lei nº 9.514/97 quis cercar de maior proteção o mutuário e, para tal, não obstante preveja a consolidação da propriedade, como na lição de Pontes de Miranda, manda o mutuante vender o imóvel e entregar ao mutuário a quantia que exceder o seu crédito, como registramos, em recente monografia, através de *mecanismos de proteção do devedor-fiduciante, afastando riscos de locupletamento do credor fiduciário, ao estabelecer valor mínimo para venda do imóvel, em público leilão, e ao impor ao credor-fiduciário o dever de promover o leilão no prazo máximo de trinta dias (...), estabelecendo rígidos procedimentos para a alienação...*<sup>54</sup>

Como se vê, as características da resolubilidade da propriedade foram mitigadas, delineando-se de maneira peculiar a propriedade fiduciária para atender aos propósitos de garantia preconizados pela Lei nº 9.514/97,

<sup>52</sup> *Tratado de Direito Privado*, tomo XXI, p. 333.

<sup>53</sup> A lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 911/69, ao mandar aplicar a regra do art. 765, ensejou reação de respeitados doutrinadores. Orlando Gomes observa que deixou-se o legislador impressionar pela semelhança da alienação fiduciária com o penhor, esquecendo-se de que, em relação àquela não subsistiam, como não subsistem, as razões determinantes da proibição do pacto comissário... (Alienação Fiduciária em Garantia, RT, São Paulo, 4a ed., 1975, p. 95). F. Ruiz Alonso salienta que a proibição do pacto comissário mostra-se incompatível com o instituto da propriedade resolúvel, desfigurando-a de tal maneira que mais propriamente poderíamos chamá-la 'propriedade resolúvel-resolvida', significando o adjetivo 'resolvida' a sua carência de conteúdo (in Rev. da Fac. Direito da USP, vol. LXVII, fasc. II, 1967, pp. 405/406).

<sup>54</sup> *Negócio Fiduciário*, Livraria e Editora Renovar, Rio, 1998, 1ª ed., p. 225.

mediante a imposição de rigorosos deveres ao credor-fiduciário, mas sem retirar os traços caracterizadores essenciais da propriedade resolúvel.

Ao comentar a legislação da alienação fiduciária de bens móveis, o eminente Ministro José Carlos Moreira Alves, registra que a propriedade fiduciária *apresenta, entre suas restrições, a decorrente da resolubilidade resultante da verificação da **condicio iuris** a que ela se subordina. Trata-se, pois, de uma propriedade resolúvel com peculiaridades próprias.*<sup>55</sup>

Basicamente, distingue-se a propriedade fiduciária da propriedade plena por ser aquela desprovida da característica de perpetuidade e pela limitação dos poderes atribuídos ao seu titular; por ela, o titular tem um domínio transitório e temporário sobre o bem, assim como tem seus poderes limitados em consonância com a finalidade para a qual foi constituída a propriedade fiduciária - não pode o proprietário fiduciário ir além dos poderes que lhe foram conferidos no ato constitutivo da fidúcia. É, assim, propriedade que está sujeita a extinguir-se em razão do vencimento de determinado prazo ou em razão do implemento de determinada condição.

Observadas as limitações que caracterizam essa modalidade de propriedade, o fiduciário é dotado das faculdades necessárias para cumprir a finalidade definida no contrato.

Efetivamente, no regime da Lei nº 9.514/97, mesmo consolidada a propriedade em nome do fiduciário, este não pode dela dispor livremente, mas está obrigado a fazê-lo dentro de rigorosos limites fixados na lei e no contrato, como acima aludimos, não tendo também nenhuma liberdade para fixar o preço, devendo oferecê-lo em leilão pelo preço que tiver sido avaliado pelas partes e que estiver enunciado no contrato, tudo isso levando em conta que o ingresso do imóvel em seu patrimônio se faz para o fim específico de garantia, e não para sua livre utilização e disposição.

Vê-se, portanto, que a disciplina da alienação fiduciária de bens imóveis tem estrutura própria, que não colide com os princípios enunciados no art. 53 do Código do Consumidor; antes, é com eles coerente.

---

<sup>55</sup> Ob. Cit., p. 129.

## III

## SÍNTESE

Em resumo e conclusão,

- a nova orientação econômico-social dos financiamentos imobiliários separa essas operações em dois segmentos: um segmento para atendimento da demanda por habitação social, alimentado por recursos provenientes de Fundos Habitacionais, inclusive verbas orçamentárias, e outro, mais abrangente, relativo à atividade empresarial do setor imobiliário em geral, envolvendo a construção e a comercialização de imóveis destinados ao comércio, à indústria e, também, a residências de clientela com poder aquisitivo suficiente para suportar os custos do mercado financeiro;
- o setor imobiliário de mercado operará nos termos da Lei nº 9.514/97, que estendeu a aplicação da alienação fiduciária aos bens imóveis para suprir as deficiências das garantias existentes no ordenamento, *que não mais satisfazem a uma sociedade industrializada (...), pois apresentam graves desvantagens pelo custo e pela morosidade em executá-las*.<sup>56</sup>
- o Código de Defesa do Consumidor dota o contrato de rígidos mecanismos de compensação de eventuais desequilíbrios, em situações de desvantagem do consumidor em face do fornecedor. A presença desses mecanismos, entretanto, não leva o CDC a romper com os princípios, conceitos e institutos do direito tradicional, significando, apenas, que o novo ordenamento veio conferir prioridade especial à defesa do consumidor, à luz da equidade e da boa-fé;
- referindo-se ao contrato de alienação fiduciária, o CDC considera *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 ou a retomada do produto alienado* (art. 53);
- o enunciado do art. 53 do CDC exprime um princípio geral inspirado na noção de equidade e de equilíbrio das relações contratuais e tem em vista coibir o enriquecimento sem causa, evitando que o credor se aproprie de quantia superior ao seu crédito. Esse dispositivo não traz qualquer inovação, mas apenas reproduz princípio já consagrado no direito positivo brasileiro, por exemplo, nos arts. 924, 1.056, 1.059 do Código Civil e no Decreto-lei nº 22.626, de 1933;
- tendo em vista que o CDC *não regula contratos específicos, mas sim (...) estabelece princípios, raros serão os casos de incompatibilidade (...) mas nesses casos há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios da especialidade e da cronologia*.<sup>57</sup> A Lei nº 9.514/97 institui regime jurídico próprio para a alienação fiduciária de bens imóveis e é norma especial, nova, em relação ao CDC, circunstância que afasta a aplicação desse Código para essa modalidade de contrato;

<sup>56</sup> José Carlos Moreira Alves, ob. e p. cit.

<sup>57</sup> Cláudia Lima Marques, ob. e p. cit.

- ainda que assim não fosse, a regra do art. 53 não seria aplicável de maneira uniforme em todos os casos concretos de alienação fiduciária, mas somente naqueles casos em que o valor do bem alienado fiduciariamente supere o valor da dívida e encargos; nesses casos, o CDC quer assegurar a equidade e o equilíbrio das relações contratuais, evitando que o mutuante venda o bem por valor superior ao seu crédito e se aproprie do excesso;

- a abusividade que o art. 53 do CDC quer reprimir jamais poderá estar contida no contrato de alienação fiduciária, mas, sim, no contrato de mútuo, que é, em regra, o contrato principal em relação àquela garantia; como se sabe, pelo contrato de mútuo o mutuário recebe uma certa quantia do mutuante e se obriga a restituí-la em igual quantidade e qualidade, acrescida dos juros convencionais; a restituição integral é da essência do mútuo; tal é a noção do mútuo, que não sofreu qualquer alteração em razão do CDC, pois esse Código não formulou ou reformulou nenhum tipo de contrato em especial, mas apenas *impôs novos patamares de equilíbrio e de boa-fé a todas as relações de consumo*;<sup>58</sup>

- independente da prevalência da Lei na 9.514/97 sobre o CDC, não há qualquer conflito entre ambas, pois a legislação especial da garantia fiduciária, coerentemente com o princípio reproduzido no art. 53 do CDC, veda a estipulação de cláusula que preveja a perda, pelo mutuário, das prestações por este pagas;

- ao vedar a estipulação da cláusula de decaimento, a Lei na 9.514/97 O faz de maneira apropriada à natureza do contrato de mútuo, estabelecendo que, ao apurar-se o resultado do leilão, na realização da garantia, o credor só pode reter o *quantum* do seu crédito e encargos, estando obrigado a entregar ao devedor, nos 5 dias que se seguirem ao leilão, o valor que exceder àquele *quantum*;

- em respeito ao princípio da isonomia, aplicam-se à alienação fiduciária de bens imóveis os princípios que orientam a disciplina das garantias reais, com a ressalva de que, como compensação pelas prerrogativas atribuídas ao credor, notadamente em razão do domínio que este exerce sobre a coisa, conquanto resolúvel, e a maior celeridade dos procedimentos de realização da garantia, a lei liberou o devedor da responsabilidade de pagamento do saldo da dívida, caso o produto obtido no segundo leilão não seja suficiente para satisfação do crédito e encargos. Trata-se de mecanismo de compensação inspirado no princípio segundo o qual se deve *quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam*;<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Cláudia Lima Marques, ob. e p. cit.

<sup>59</sup> Rui Barbosa, ob. cit.

## IV

### CONCLUSÃO

De tudo o que precede, resulta claro que a legislação especial da alienação fiduciária de bens imóveis disciplina de maneira específica as consequências da inexecução contratual por parte do mutuário, dando-lhe tratamento compatível com a natureza do contrato de mútuo e de acordo com a equidade e o equilíbrio das relações contratuais, na mesma linha dos princípios consagrados no art. 53 do Código do Consumidor, sendo certo que este apenas contempla o princípio geral de proteção do mutuário, enquanto que a legislação especial da alienação fiduciária de bens imóveis impõe ao mutuante as limitações próprias da propriedade fiduciária e exonera o mutuário da responsabilidade de pagar o eventual saldo devedor que se verificar após o segundo leilão.

Assim, a vedação da estipulação de cláusula de decaimento, nos contratos de mútuo com garantia fiduciária de bens imóveis, há de fazer-se de acordo com a disciplina própria contida na legislação especial que regula essa garantia, em estrita conformidade com a natureza do contrato de mútuo, daí porque eventual restituição ao mutuário será em valor que sobejar, após a satisfação do crédito do mutuante, nos termos do art. 27 e seus parágrafos da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.