

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Rafael Bahmed Ferreira

**DA (IN)VIABILIDADE DA RESTITUIÇÃO DAS PRESTAÇÕES PAGAS PELO
CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

Porto Alegre
2018

RAFAEL BAHMED FERREIRA

**DA (IN)VIABILIDADE DA RESTITUIÇÃO DAS PRESTAÇÕES PAGAS PELO
CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch.

Porto Alegre
2018

RAFAEL BAHMED FERREIRA

**DA (IN)VIABILIDADE DA RESTITUIÇÃO DAS PRESTAÇÕES PAGAS PELO
CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Aprovado em ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch - UFRGS
Orientador

Prof. Dr. Marco Antônio Karam - UFRGS
Examinador

Prof. Dr. Fabiano Koff Coulon - UNISINOS
Examinador

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho é motivo de muita satisfação pela superação de desafios pessoais, mas jamais poderia deixar de agradecer às pessoas que, ativamente, contribuíram para que fosse possível sua realização.

Aos meus pais, Sérgio e Tânia, a quem dedico este trabalho, pelo amor incondicional, o apoio em todos os momentos e por jamais medirem esforços para que eu pudesse alcançar todos os meus objetivos. Por me transmitirem os valores da ética, da humanidade e da persistência, a minha total e eterna gratidão.

À Caroline, Deborah, Cecília, João Göelzer, Paula, Jenyfer, André, Luma e João Araújo, queridos colegas e amigos que a Faculdade de Direito me proporcionou, agradeço por todos os momentos em que dividimos conhecimentos, tristezas, angústias e alegrias, nestes cinco anos de jornada, que com vocês foram muito mais leves.

Ao Pedro e à Carolina, amigos de longa data, que sempre estiveram presentes para me prestar apoio nos momentos de dúvida e insegurança.

Ao Professor Rafael Dresch, pela solícita orientação neste trabalho, que representa o fim do ciclo da graduação.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul, universidade pública, gratuita e de qualidade, celeiro da pluralidade e da diversidade de ideias, onde tive a honra e o privilégio de, nos meus anos de juventude, formar-me bacharel e cidadão.

A Deus, por ter me dado força, paciência e serenidade para conseguir concluir esta desafiadora, porém gratificante, etapa.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a possibilidade da imposição de restituição ao consumidor em montante superior ao valor que sobejar o crédito do fiduciário obtido com a venda do bem, na hipótese de inadimplência do fiduciante nos contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária como relação de consumo. Para tanto, será explorada a extensão da aplicabilidade dos artigos 51,IV e 53 do Código de Defesa do Consumidor, em harmonia aos ditames da legislação especial que regula o contrato objeto de estudo, notadamente o art. 2º do Decreto-lei nº 911/69 e os arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97, que prescrevem o procedimento especial de venda do bem para satisfação do crédito do fiduciário, bem como aos arts. 1.364 e 1.365 do Código Civil. Através da teoria do diálogo das fontes, conclui-se, ao final, pela consonância do procedimento especial de satisfação do crédito no âmbito da alienação fiduciária de bens móveis e, por outro lado, a viabilidade de imposição de restituição superior ao valor determinado pela Lei 9.514/97 com relação à alienação fiduciária de bens imóveis, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Palavras-chave: Alienação fiduciária; restituição; pacto comissório; Código de Defesa do Consumidor; cláusula geral da boa-fé; cláusula de decaimento; diálogo das fontes.

ABSTRACT

The present paper intends to analyze the possibility of imposing a restitution to the consumer in an amount greater than the amount that exceeds the fiduciary's credit obtained with the sale of the good, in the event of default of the fiduciary agent (*fiduciante*) in financing contracts with fiduciary alienation guarantee as consumption relation. To do so, the extension of the applicability of the articles 51, IV and 53 of the Consumer Defense Code will be explored, in harmony with the dictates of the special legislation that regulates the contract object of study, notably the art. 2 of Decree-law n° 911/69 and the arts. 26 and 27 of Federal Law n° 9.514/97, which prescribe the special procedure for sale of the good to satisfy the fiduciary's credit, as well as to the arts. 1.364 and 1.365 of the Civil Code. Through the theory of the dialogue of sources, it is concluded, at the end, that there is a consonance with the special procedure of satisfaction of the credit within the scope of fiduciary alienation of movable goods and, on the other hand, the feasibility of imposition of a higher restitution than the value determined by Federal Law 9.514/97 concerning to the fiduciary alienation of immovable goods, depending on the circumstances of the case.

Keywords: Fiduciary alienation; restitution; *lex commissoria* (foreclosure); Consumer Defense Code; general clause of good faith; decay clause; dialogue of sources.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC – Código de Defesa do Consumidor

SFI – Sistema de Financiamento Imobiliário

STJ – Superior Tribunal de Justiça

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

REsp – Recurso Especial

DL – Decreto-lei

TJ/RJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

AgRg – Agravo Regimental

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA: DO INSTITUTO ROMANO AO DIREITO BRASILEIRO.....	12
2.1	A fidúcia no direito romano.....	12
2.2	A introdução da alienação fiduciária no Brasil.....	18
2.3	Natureza jurídica, generalidades e o procedimento especial de excussão do bem.....	24
3	APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	32
3.1	Cláusulas abusivas e sua nulidade nos contratos de consumo.....	33
3.1.1	A cláusula geral proibitória da utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo: o art. 51,IV do CDC.....	33
3.1.2	A cláusula de decaimento: o art. 53 do CDC.....	36
3.2	A aplicabilidade dos arts. 51,IV e art. 53,CDC aos contratos de alienação fiduciária.....	40
3.2.1	Diálogo das Fontes.....	40
3.2.2	O CDC e o procedimento especial de excussão do bem alienado fiduciariamente: conflito ou complementaridade de normas?.....	45
4	A POSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS PELO CONSUMIDOR INADIMLENTE.....	49
4.1	Assentamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça: desafio à nova teoria.....	49
4.2	A venda exitosa do bem fiduciado aos moldes do procedimento especial.....	53
4.3	Definitiva integração do bem ao patrimônio do credor: a “solução” da Lei 9.514/97.....	57
5	CONCLUSÃO.....	62
	REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

Nos contratos de mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia, tem-se que a propriedade de determinado bem é transferida do patrimônio do devedor ao do credor, com a finalidade de garantia do contrato principal de financiamento. Esta espécie de contrato foi introduzida no Brasil como meio de viabilizar um aquecimento da economia ao instituir uma garantia mais eficiente às instituições financeiras, concedendo mais segurança ao credor e, via de consequência, possibilitando a oferta de crédito com melhores condições de financiamento, sendo mais acessíveis aos consumidores. A prescindibilidade de o fiduciante dispor previamente de bens de valor compatível com o empréstimo para nele constituir gravame, por meio da afetação do próprio bem cuja propriedade se almeja a aquisição, amplia o mercado de consumo, permitindo a uma parcela maior de consumidores o acesso a bens de consumo duráveis e bens imóveis.

Uma vez paga a integralidade do valor mutuado, cumpre-se com a finalidade da garantia, ocorrendo a resolução da propriedade fiduciária que detinha o credor e a consolidação da propriedade plena no patrimônio do fiduciante. De outra banda, na hipótese de inadimplemento do contrato pelo devedor fiduciante, a propriedade consolida-se no patrimônio do credor, e, nesse passo, a legislação especial do instituto proporciona ao fiduciário procedimento célere de excussão do bem para fins de satisfação do seu crédito, sendo que o montante obtido na venda do bem fiduciado que sobejar o valor deste crédito (nele acrescidos os encargos relativos à retomada e venda do bem) deve ser restituído ao devedor.

Ocorre que, não raro, o fiduciante não obtém restituição alguma após a consolidação da propriedade em favor do credor, seja pela inexistência de licitantes em leilão de bem imóvel e conseqüente integração definitiva da propriedade ao patrimônio do fiduciário, seja em razão de o produto da venda não proporcionar saldo a ser revertido em favor do fiduciante. Outrossim, encontra-se desamparado o devedor nas hipóteses em que o produto da venda do bem levado a leilão proporciona valor muito aquém do despendido no curso do contrato de financiamento.

Em contrapartida às severas consequências impostas ao fiduciante inadimplente, o Código de Defesa do Consumidor - que simultaneamente regula os contratos de financiamento, desde que aferida a característica de relação de consumo – veda expressamente a possibilidade da perda total das prestações pagas pelo consumidor nos contratos de alienação fiduciária. Por tal razão, ante a incerteza quanto à eventualidade de saldo, na venda do bem, que restitua o consumidor em montante razoável, deverá ser estudada a extensão da aplicabilidade do Código consumerista, em face do aparente confronto com a legislação especial.

Os financiamentos na espécie de mútuo com garantia de alienação fiduciária geralmente pressupõem contratos de longa duração, com o acerto de numerosas prestações a serem pagas pelo mutuário. Ao longo desse contrato, está o fiduciante sujeito às peripécias comuns da vida. Situações como as de desemprego, acometimento de doenças e acidentes são exemplos das tantas circunstâncias possíveis que implicam em excessivo ônus ao devedor, a ponto de restar insustentável o adimplemento das prestações. Esta inversão das condições do devedor para o cumprimento do contrato torna-se ainda mais suscetível em momentos de crise econômica. Na falta do cumprimento de sua obrigação, está o devedor fiduciante sujeito à destituição da posse direta do bem, face à resolução do contrato.

Parte da doutrina inclina-se para a consideração de que a natureza da alienação fiduciária já pressupõe uma imediata vantagem para o credor, fazendo severas críticas à distribuição dos riscos do contrato.¹ Sendo patente a hipossuficiência do fiduciante enquanto parte vulnerável de uma relação eminentemente de consumo, e em atenção ao cenário atual de crise econômica com restrição de crédito, o estudo revela sua significativa importância, tendo por escopo perquirir o possível rompimento do equilíbrio contratual.

¹ “Por trás da laboriosa e pouco convincente construção teórica do instituto, transparece a busca de realização do sonho dourado do capitalismo mais exacerbado e irresponsável: o investimento sem risco, o lucro sem a eventualidade da perda.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A alienação fiduciária de imóveis: aspectos processuais da lei nº 9.514/97**. In: Ensaios de direito processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 349.)

Assim, em vista da aparente contradição dos arts. 51,IV e 53 do CDC com relação ao procedimento especial de venda do bem - determinado pelas leis especiais da alienação fiduciária de bens móveis e imóveis, bem como pela parte do Código Civil destinada à matéria -, a presente monografia pretende, com arrimo na lei consumerista, analisar a viabilidade de imposição de restituição (no todo ou em parte) das prestações adimplidas na vigência do contrato de financiamento, quando esta não ocorrer, efetivamente, pelo procedimento especial de excussão do bem dado em garantia. Para tanto, utilizar-se-á do método da revisão bibliográfica, com a reunião de lições doutrinárias sobre o instituto da alienação fiduciária a fim de obter sua natureza, finalidade, vantagens e desvantagens imediatas; bem assim, sobre a teoria do diálogo das fontes, referencial teórico deste trabalho, visando à sua aplicação no âmbito do contrato estudado e à análise da compatibilidade das fontes, para fins de se determinar o alcance da vedação das cláusulas abusivas proibidas pelos arts. 51,IV e 53 do Código de Defesa do Consumidor na relação.

O primeiro capítulo é destinado exclusivamente ao contrato de alienação fiduciária em garantia, abordando desde suas raízes no direito romano até suas conformações atuais, passando pela referência às leis que promoveram a introdução e regulação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro e a finalidade de sua instituição no cenário econômico.

Já o segundo capítulo é dividido em duas partes: na primeira, apontam-se garantias do direito do consumidor pertinentes ao estudo da sua justa restituição, especificamente a vedação da cláusula geral proibitória de cláusulas abusivas e da cláusula de decaimento; na segunda, apresenta-se a proposição doutrinária da teoria do diálogo das fontes para, através do método dedutivo, adentrar nas circunstâncias específicas do contrato objeto de estudo e, assim, promover a análise da consonância ou confronto entre o Código de Defesa do Consumidor e as leis especiais que regulam a alienação fiduciária.

Finalmente, o terceiro capítulo dedica-se à verificação quanto à aplicação da teoria em influentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, e ao enfrentamento do problema posto, relativo à viabilidade de restituição, após o inadimplemento do fiduciante, em casos de: (1) venda exitosa do bem; e (2) venda

inexitosa do bem e suas consequências ditadas pelo procedimento especial da Lei nº 9.514/97, com relação à alienação fiduciária de bens imóveis.

2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA: DO INSTITUTO ROMANO AO DIREITO BRASILEIRO

2.1 A fidúcia no direito romano

A gênese da fidúcia remonta ao direito romano, como elemento de contrato de garantia que recaía sobre a *res* cuja propriedade transferia-se do patrimônio do alienante (fiduciante) ao patrimônio do fiduciário, constituindo a este a obrigação de restituí-la ao primeiro ou de dar-lhe determinada destinação. Otto de Sousa Lima asseverou que podem ser identificados vestígios do instituto na Lei das XII Tábuas, e no *Digesto*; em obras jurídicas como as *Institutas* de Gaio, nas Sentenças de Paulo, na *Collatio*, *Fragmentos do Vaticano*, Constituição do Código Teodosiano; na Fórmula Bética e nas Tábuas de Pompéia; além de se obter notícias da fidúcia através de escritores como Cícero, Boécio e Isidoro de Sevilha.²

Nas *Institutas* de *Gaius*³, o jurisconsulto distinguiu-na em duas espécies: a *fiducia cum creditore* e a *fiducia cum amico*. Acrescenta-se às espécies, ainda, a *fiducia remancipationis causa*.

Aponta Vera Helena de Mello Franco que “a fidúcia, inicialmente pacto desprovido da tutela legal, transmudou-se num negócio jurídico, o *contracta fiducia*, negócio indireto que tinha por base a confiança.”⁴ Para sua celebração, o *contracta fiducia* exigia, como elemento formal de validade, ato solene, indispensável para a transferência da propriedade, de tal sorte que, respeitada a forma, dotava-se o credor fiduciário - aquele que integrava a coisa ao seu patrimônio - de direito real com eficácia *erga omnes*. Esta transmissão da propriedade procedia-se,

² LIMA, Otto de Sousa. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1962. p. 17-18.

³ *Comentarius Secundus*, §60: “Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit ususreceptio; si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum uero soluta ita demum competit si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogauerit ut eam rem possidere liceret; quo casu lucretiua usucapio competit.” (**Gaius Institutes**. texte établi et traduit par Julien Reinach. Paris: Les Belles Lettres, 1950. p. 46-47).

⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 101.

necessariamente, pela *mancipatio*⁵ (forma de transferência da *res Mancipi*) ou pela *in iure cessio*⁶ (que transferia tanto *res Mancipi* quanto *res nec Mancipi*), tendo ambas a mesma eficácia.

Tratava-se de um *pactum conventum*: o *pactum fiduciae*, acessório a um contrato principal. O referido *pactum* consistia em um acordo de vontades entre os contratantes, constituindo obrigação de restituir a coisa alienada uma vez atingido o objeto do contrato principal, ou de dar ao bem determinada destinação. Nesse sentido, Melhim Chalhub refere lição de Giuseppe Messina sobre a definição de fidúcia presente nas *Institutas*, de *Gaius*: pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*, a fidúcia constitui a “obrigação do adquirente de *remancipare*”⁷.

Frisa-se que, em que pese o crédito eventualmente existente entre as partes – que enseja a *fiducia cum creditore* - tivesse por garantia real a *res* alienada, o *pactum fiduciae* ostentava eficácia meramente obrigacional. Daí dizer-se que o contrato de fidúcia fundou-se essencialmente na confiança, haja vista que, originalmente, “o fiduciante tinha de confiar apenas na *fides* do fiduciário, pois não dispunha de ação para compeli-lo a restituir a coisa ou dar-lhe a destinação convencional”⁸.

Com efeito, ensina Moreira Alves que, no direito romano pré-clássico, o *pactum* cujo objeto era a alienação da propriedade, adjeto a um contrato principal, era um *nudum pactum*, dada a ausência de *actio* de que pudesse lançar mão o

⁵ Comentário primeiro, §119: “A mancipação é, como dissemos acima, como que uma venda imaginária, instituição inerente aos cidadãos romanos. Realiza-se assim: na presença de, pelo menos, cinco testemunhas, cidadãos romanos púberes acompanhados de outra testemunha, também cidadão romano, que carrega a balança de bronze, chamada *libripende*. Aquele, que recebe em mancipio, segura o metal e diz: “Eu digo que este homem é meu pelo direito dos quirites, e que me seja vendido por meio deste bronze, entregando a barra, como se fosse o preço, à pessoa de quem recebe em mancipação.” (**Institutas do Jurisconsulto Gaio** / tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 58)

⁶ Comentário segundo, § 24: A *in iure cessio* é feita assim: aquele a quem a coisa é cedida perante o magistrado (*in iure*), tomando-a, diz, perante o magistrado do povo romano, como, por exemplo, o pretor, o seguinte: EU DIGO QUE ESTE ESCRAVO É MEU PELO DIREITO DOS QUIRITES. Em seguida, depois de ter vindicado a coisa, o pretor interroga o cedente, perguntando-lhe se ele não a contravindica. Diante da resposta negativa ou do silêncio deste, o pretor adjudica ao vindicante a coisa que recebe o nome de *ação da lei*. Isto também se pode fazer nas províncias, perante os presidentes. (ibidem. p. 78-79)

⁷ MESSINA, Giuseppe. **Scritti Giuridici - Negozi Fiduciari**. Milão: Dott A. Giuffré Editore 1948, p. 105 apud CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 487.

fiduciante a fim de obter a restituição da coisa alienada, satisfeita a obrigação do contrato principal.⁹ De fato, havendo a negativa do fiduciário de remancipar, “tinha o fiduciante (antigo proprietário) apenas direito à indenização, não lhe cabendo exigir a restituição da própria coisa, embora assim se ajustasse pelo **pactum fiduciae**”.¹⁰

Mesmo posteriormente, com o advento da *actio fiduciae directa*¹¹ - que prevenia o fiduciante da recusa pelo fiduciário de restituição do bem alienado ou de dar-lhe a destinação pactuada -, nos fins da República, carecia o primeiro de instrumento processual eficaz à garantia efetiva do cumprimento da obrigação de *remancipare*, dado que a ação possuía natureza pessoal, não recaindo diretamente sobre a *res*. Tivesse, portanto, o fiduciário alienado o bem a terceiro, valendo-se do *dominus* a ele temporariamente conferido sobre a coisa, restaria o fiduciante desprovido de ação direta contra o adquirente para a busca do bem. Nessa senda, leciona Moreira Alves:

[...] mesmo mais tarde, quando surgiu a *actio fiduciae*, era ela uma ação pessoal contra o credor, razão por que, se este alienasse a coisa a terceiro, em vez de restituí-la, o devedor, pela *actio fiduciae*, podia obter apenas indenização pelo não-cumprimento do pacto de restituição da coisa, e não o desfazimento da venda ao terceiro.¹²

“Garantia real mais antiga que se encontra no direito romano”¹³, a *fiducia cum creditore pignoris iure* tinha por escopo constituir garantia de uma obrigação, através da alienação da propriedade de bem infungível em favor do credor fiduciário. Simultaneamente à transferência da propriedade, fiduciante e fiduciário estabeleciam pacto – o *pactum fiduciae* - segundo o qual, extinta a obrigação principal, ficava o fiduciário obrigado a restituir a coisa.

⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 487.

¹⁰ FORSTER, Nestor José. **Alienação Fiduciária em Garantia**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editôra, 1970. p. 12.

¹¹ “Posteriormente, nos fins da República, surgem duas ações *in ius* (o que significa que o *ius civile* reconhecia a fidúcia como um *contractus*) transmissíveis ativa e passivamente:

- a) a *actio fiduciae directa* (que era concedida ao fiduciante quando o fiduciário não restituía a coisa ou não lhe dava o destino combinado); e
- b) a *actio fiduciae contraria* (concedida ao fiduciário no caso de o fiduciante se negar ao cumprimento das obrigações que eventualmente surgissem para ele).” (ALVES, loc. cit.).

¹² Idem. **Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro**. In: Contratos Nominados. Coordenador Youssef Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 24-25.

¹³ Idem. **Direito Romano**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 362.

Do seu conteúdo assecuratório, Caio Mário afirmou que a *fiducia cum creditore* aproximava-se de verdadeiro contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda – *pactum de retroemendo* - consistindo em uma transferência da propriedade de um ou mais bens do devedor ao credor com previsão de restituição uma vez paga a dívida.¹⁴ Trata-se, portanto, de modalidade de fidúcia com finalidade eminentemente patrimonial.

Havendo o inadimplemento pelo devedor, ensina Moreira Alves:

[...] o credor devia vender a coisa nos termos – como resulta da fórmula contida na tábua de bronze descoberta na Andaluzia (a denominada *formula baetica*¹⁵) – estipulados no *pactum fiduciae*; tendo o devedor direito a receber o eventual excedente entre o produto da venda e o montante do débito não pago.¹⁶

Aludida fórmula era imposta ao fiduciário que não obtivesse a prestação alcançada pelo fiduciante. É dizer que, na *fiducia cum creditore*, ao credor era vedada a manutenção da propriedade do bem no seu patrimônio, face, exatamente, à estrita finalidade de garantia de satisfação do crédito que possuía.

Paralelamente à *fiducia cum creditore*, Gaius refere a possibilidade da *fiducia cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent*¹⁷. Valia-se de tal espécie o fiduciante que, com igual supedâneo na confiança – *fides* – de que o fiduciário lhe restituiria a *res* alienada findo o termo ou alcançada a condição estipulada, transmitia-lhe a propriedade do bem com o intuito de mantê-lo conservado durante o lapso de vigência do contrato. Assim, em período de guerra ou circunstâncias de calamidade, e.g. em situações de catástrofes naturais,

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. V. IV: Direitos reais**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 404. Ebook.

¹⁵ “A Fórmula Bética, publicada e comentada por diversos autores, é uma inscrição gravada em uma Tábua de bronze e foi descoberta em 1867, na Andaluzia, perto da foz do Guadalquivir, que, em latim, chamava-se *Baetis*, de onde lhe veio o nome. Continha furos, pelos quais era suspensa, no escritório de quem dela devia servir-se. Remonta à idade clássica, não podendo ser posterior ao II século D. C., tendo HUEBNER, pela configuração de suas letras, sustentado que era da primeira metade do primeiro século.” (LIMA, Otto de Sousa. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1962. p. 18)

¹⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro**. In: *Contratos Nominados*. Coordenador Youssef Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 24.

¹⁷ *Comentarius Secundus*, §60. **Gaius Institutes**. texte établi et traduit par Julien Reinach. Paris: Les Belles Lettres, 1950. p. 46-47.

resguardava-o da perda, deterioração ou perecimento até que cessasse a situação de perigo. Para Nestor José Forster, segundo o qual a *fiducia cum amico* “pressupunha relações mais afetivas entre fiduciante e fiduciário”¹⁸, também se fazia uso do instituto “se alguém desejava conceder a seu amigo empréstimo de uso”¹⁹. Através do *pactum fiduciae*, ficava o fiduciário obrigado a restituir a coisa quando vindicada pelo alienante.

Luiz Augusto Beck da Silva refere, em adição, a *fiducia remancipationis causa* como terceira espécie da fidúcia romana. Conforme o autor: “Consistia num pacto através do qual o *pater familias* vendia seu próprio filho a outro *pater familias*, com a obrigação deste em libertá-lo em seguida, a fim de que se alcançasse o fim visado, a emancipação do filho”.²⁰

Chalhub sintetiza afirmando que, enquanto a *fiducia cum creditore* tinha a finalidade de constituição de garantia em favor de um credor, a *fiducia cum amico* servia como instrumento para realização de depósito²¹. Acrescenta-se à segunda espécie, ainda, o intuito de entregar o bem a um amigo para que dele fizesse uso, situação em que o *contracta fiducia* apresentava feitiço semelhante ao comodato.²² De qualquer sorte, independentemente da espécie de fidúcia contraída, ocorria a inequívoca transferência da propriedade da coisa em favor do fiduciário, que ficava, entretanto, pelo *pactum fiduciae* obrigado a restituí-la ou dar-lhe a destinação acordada.

Ainda que ocorresse a transmissão da propriedade, é de se aclarar que a fidúcia configurava-se como cláusula secreta²³ de outro contrato. No ensinamento de Oswaldo Opitz e Silvia C. B. Opitz, “embora se usasse da ‘mancipatio’ e da ‘in jure cessio’, a verdade é que a finalidade era outra, expressa em ato à parte, que

¹⁸ FORSTER, Nestor José. **Alienação fiduciária em garantia**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editôra, 1970. p. 11.

¹⁹ FORSTER, loc. cit.

²⁰ SILVA, Luiz Augusto Beck da. **Alienação fiduciária em garantia: história, generalidades, aspectos processuais, ações, questões controvertidas, legislação e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990. p. 5.

²¹ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 13.

²² SILVA, op. cit., p. 3-4.

²³ OPITZ, Oswaldo; OPITZ, Silvia C. B. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. p. 145.

estabelecia as condições do negócio”²⁴. Elucidam os doutrinadores que os contratantes não almejavam a transferência definitiva da propriedade em favor do fiduciário, de maneira que neste se estabelecia uma posição de confiança de caráter sagrado, em falta de meio jurídico que garantisse a restituição ou destinação pactuada do bem alienado.²⁵

Em que pese a inegável importância do instituto como viabilizador de outras relações jurídicas, era próprio da primitiva *fiducia cum creditore* promover efeitos indesejados, que tornavam dificultosa a satisfação do crédito do fiduciário e sujeitavam o alienante ao absoluto arbítrio do primeiro. Malgrado a intenção das partes não ser a transmissão plena e definitiva da propriedade, fato é que o fiduciário passava a ter sobre a coisa a *plena potestas*²⁶. Para o devedor, a outorga da propriedade ilimitada do bem representava excessiva desvantagem, porquanto implicava, via de regra, na limitação ao usufruto do bem alienado na pendência do cumprimento da condição resolutiva do contrato, impossibilitando-lhe auferir outros créditos. Ademais, era habitual a transferência da propriedade de bem cujo valor fosse consideravelmente superior ao do crédito garantido. Por fim, como já visto, originalmente o fiduciante não dispunha de ação para reaver a coisa, e mesmo com o surgimento da *actio fiducia directa*, esta detinha natureza pessoal, de modo que o manejo deveria ser, necessariamente, em face do fiduciário e não vinculava diretamente a *res*.²⁷

Sobre o manifesto desequilíbrio produzido entre as partes, mister se faz colacionar a observação de Regelsberger: “Para a obtenção de determinado resultado é escolhida forma jurídica que protege mais do que é exigido para alcançar

²⁴ OPITZ, Oswaldo; OPITZ, Silvia C. B. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. p. 145.

²⁵ OPITZ, loc. cit.

²⁶ GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4.^a ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975. p. 50.

²⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro**. In: *Contratos Nominados*. Coordenador Youssef Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 24.

aquele resultado. Para a segurança do uso é atribuída a possibilidade do abuso na compra.”²⁸

De outra banda, ao credor também a *fiducia cum creditore* apresentava riscos. O contrato não provia guarida eficaz à manutenção da garantia do crédito, vez que permitia a reaquisição da propriedade pelo fiduciante por meio da *usureceptio* (modalidade especial de usucapião), independentemente de boa-fé.²⁹

Em razão dos estorvos que ocasionava, a *fiducia* veio a cair em desuso. A *fiducia cum creditore* foi, paulatinamente, sendo substituída pela hipoteca – *pignus obligatum*. Esta nova garantia real, que possuía efeitos *erga omnes*, não exigia a inoportuna transmissão da propriedade e da posse direta da *res* para sua constituição, retirando do devedor o ônus da limitação ao uso do bem dado em garantia, que corriqueiramente se lhe impunha pelo negócio fiduciário.

2.2 A introdução da alienação fiduciária no Brasil

Essencial para a concessão de créditos e para propiciar dinamicidade à economia em uma sociedade moderna é a segura e efetiva garantia real, que proteja o credor quanto ao pagamento relativo à prestação, monetariamente aferível, por ele adimplida, e, via de consequência, proporcione ao devedor condições de cumprimento mais acessíveis. Nas palavras de Arruda Alvim, “Um sistema financeiro necessita segurança, com vistas a que o volume de numerário que exista no sistema aumente”³⁰.

As garantias reais têm como elemento de caracterização a vinculação de um bem específico para o cumprimento da obrigação contraída. Esta afetação é dotada de eficácia *erga omnes*, de modo que contra todos é exigível seu reconhecimento,

²⁸ REGELSBERGER, “Charakteristisch ist für dasselbe das Missverhältniss zwischen Zweck und Mittel”, p. 173 apud ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 26.

²⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 25.

³⁰ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor**, publicada pela Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança. p. 9. Disponível em <<https://www.abecip.org.br/download?file=alienacao-fiduciaria-e-direitos-do-consumidor9.pdf>> Acesso em: 27.08.2018.

bem assim, perante todos é exercível o direito de seqüela (possibilidade de se perseguir o bem gravado com garantia real contra qualquer pessoa) que assiste ao credor.

Fato distintivo dos direitos reais - *jus in re* - em relação aos direitos obrigacionais - *jus ad rem* - é a sua previsão e aplicação *numerus clausus*. Com efeito, é majoritário na doutrina brasileira que aos direitos reais se impõe o princípio da taxatividade, *i.e.*, tais direitos estão tipificados de forma limitada na lei, forte no art. 1.225 do Código Civil, que disciplina os direitos reais existentes³¹, sem prejuízo de previsão de outras espécies em legislação esparsa.

Em capítulo específico destinado à matéria, o Código Civil de 1916 previa, no art. 755, os direitos reais de garantia então vigentes, *in verbis* “Art. 755. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.”³² Enquanto o penhor recai sobre bens móveis, a anticrese e a hipoteca são garantias reais que vinculam bens imóveis.³³

Ocorre que, em meados do séc. XX, as opções de garantias reais disponibilizadas pelo legislador já não eram mais satisfatórias ao mercado para fins de captação de crédito de modo adequado. Em suma, carecia-se de garantia real que proporcionasse segurança ao credor e permitisse maior acesso do consumidor aos bens de consumo. Nessa esteira, apregoou Moreira Alves:

O que é certo, portanto, é que, a partir, precipuamente, do século passado, se tem sentido, cada vez mais, a necessidade da criação de novas garantias reais para a proteção do direito de crédito. As 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, ou pela

³¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 4: direito das coisas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 41. Ebook.

³² BRASIL. Lei nº. 3.071/1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm> Acesso em: 28.08.2018.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 531.

superposição a elas de privilégio em favor de certas pessoas, especialmente do Estado.³⁴

Fazia-se necessária a introdução de uma nova modalidade de garantia real capaz de assegurar maior celeridade na execução do bem, em caso de inadimplemento da obrigação pelo devedor. A hipoteca, mormente utilizada pelo mercado, não atendia aos anseios das instituições financeiras, vez que sujeitava o credor ao custo e à morosidade inerentes a um processo de execução de rito comum. “As peculiaridades inerentes a todos os processos, com a possibilidade de recurso a várias instâncias, alongam o tempo da tramitação da execução da hipoteca, retardando, sobremaneira, a satisfação do crédito.”³⁵ Outrossim, esse contrato de garantia submetia o credor à preferência de outros créditos no regime de falências (impostos e contribuições sociais)³⁶, restringindo sua eficácia. Já o penhor, além de se submeter à mesma via ordinária de execução, tinha o inconveniente de ocasionar, frequentemente, a transferência da posse direta da coisa enquanto não plenamente satisfeita a obrigação.

Foi no contexto de crise econômica que se construiu na década de 1960, face à necessidade de retomar o desenvolvimento industrial e estimular o consumo interno, que o legislador instituiu a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, criando o mercado de capitais no Brasil, a fim de organizar uma nova estrutura de captação e alocação de recursos financeiros.³⁷ O mercado de capitais surge como meio de viabilizar a aplicação de capital às empresas privadas, de modo que elas pudessem se integrar e impulsionar o desenvolvimento econômico nacional, através de um “conjunto de instituições e operações destinadas a angariar recursos para transferi-los aos setores de produção, indústria e comércio”³⁸.

³⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 3.

³⁵ WALD, Arnaldo. **Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento**. Revista de Direito Imobiliário, vol. 51/2001, p. 253-279, jul-dez/2001. p. 5.

³⁶ WALD, loc. cit.

³⁷ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 180.

³⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro**. Revista de Direito Civil RDCiv 22/36 out.-dez./1982. p. 1.

Inserida no campo de aplicação da Lei do Mercado de Capitais, introduziu-se, no art. 66 da Lei, a figura da alienação fiduciária em garantia de bens móveis, “inspirada na *fiducia cum creditore* do direito romano”³⁹. Inicialmente de uso exclusivo de instituições financeiras, a alienação fiduciária ingressou no direito brasileiro “para fomento da produção de bens móveis e duráveis”⁴⁰, viabilizando ao consumidor a obtenção de financiamento direto sob condições mais vantajosas para a aquisição desses bens.⁴¹

Por advir de lei especial que regulamentava o mercado de capital, “inicialmente, nos anos sessenta e setenta, havia a tendência de admitir a aplicação da alienação fiduciária conforme a Lei 4.728 somente para as instituições financeiras”⁴². Essa limitação pessoal foi ligeiramente relativizada por parte da doutrina, embora se tenha mantido o uso exclusivo da alienação fiduciária por “entidades financeiras em sentido amplo e por entidades estatais ou paraestatais”⁴³.

O art. 1º do Decreto-lei nº 911 de 1º de outubro de 1969 alterou o texto do art. 66 da Lei do Mercado de Capitais, fazendo a cisão da posse em direta - que detinha o fiduciante, já que a alienação fiduciária independia de tradição do bem para sua constituição - e indireta - que assistia ao fiduciário. Introduz-se, ademais, a noção de “domínio resolúvel”, que detém o credor na vigência do contrato. O *caput* do dispositivo, então, passou a ter a seguinte redação:

Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.
[...]⁴⁴

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 438.

⁴⁰ PACHI, Eduardo. **Aspectos práticos: utilizar alienação fiduciária ou hipoteca?** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. vol. 61/2013 p. 117 - 130 jul - Set / 2013 DTR\2013\8468. p. 3.

⁴¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sociedades anônimas e mercado de capitais, v. 1**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 397.

⁴² FABIAN, Christoph. **Fidúcia: negócios fiduciários e relações externas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 81.

⁴³ ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 120.

⁴⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 911/1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm> Acesso em: 20.09.2018.

Permanecia, todavia, a necessidade de implementação de garantia eficiente relativa à comercialização de bens imóveis, com vistas a alavancar o mercado imobiliário nacional. Como já aludimos, os financiamentos lastreados por garantia hipotecária ostentavam empecilhos, para ambas as partes do contrato, que a tornavam incompatível com o contexto de ampliação da concessão de crédito no mercado de consumo. Obviamente, ante o menor potencial assecuratório das garantias concedidas aos fornecedores de produtos e serviços, impactava-se negativamente o consumidor, que obtinha créditos com elevadas taxas de juros, correspondentes à insegurança do mercado.

Ao examinar a obsolescência da hipoteca nas operações imobiliárias, Arnoldo Wald expõe as implicações imediatas do emprego de uma garantia pouco satisfatória:

Conseqüência direta, no meio econômico, é o aumento da remuneração dos juros, por parte daquelas instituições creditícias, que buscam, legitimamente, compensar-se da perda efetiva verificada nas garantias dos devedores inadimplentes. De fato, as conseqüências econômicas da fragilidade das garantias creditícias alcançam contornos bastante amplos, ditando ora uma retração no oferecimento daqueles créditos, com resultantes no desenvolvimento de projetos comerciais e industriais, ora uma elevação acentuada e proibitiva da remuneração a que acima já aludimos. Trata-se, aliás, de um dos fatores relevantes do chamado "custo Brasil".⁴⁵

Dessarte, foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) e institui a alienação fiduciária de bens imóveis, cujo conceito vem previsto no art. 22, *caput*. "A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel."⁴⁶

Assevera Chalhub que "Tal garantia, já conhecida em nosso direito para o financiamento de bens móveis, exerce função semelhante às garantias reais

⁴⁵ WALD, Arnoldo. **Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento**. Revista de Direito Imobiliário, vol. 51/2001, p. 253-279, jul-dez/2001. p. 5.

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 9.514/1997. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9514-20-novembro-1997-365383-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 20.09.2018.

imobiliárias que já integram o direito positivo, mas é dotada de mais eficácia.”⁴⁷ Foi, assim, consagrando-se como principal espécie de garantia real no mercado imobiliário, substituindo a hipoteca.

Fato interessante é que, desde a instituição da referida Lei, a contratação do instituto como garantia de bens imóveis foi alcançada às pessoas naturais e jurídicas, não sendo a sua aplicação de exclusividade das instituições financeiras pertencentes ao SFI, ao contrário do que até então impunha a Lei 4.728/65 com relação à alienação fiduciária de bens móveis. Com efeito, assim previa o parágrafo único do art. 22 da Lei 9.514/97, na sua redação original: “*Parágrafo único.* A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, podendo ter como objeto imóvel concluído ou em construção, não sendo privativa das entidades que operam no SFI.”⁴⁸ O dispositivo sofreu alterações até a redação atual⁴⁹, dada pela Lei 11.481/2007, porém manteve a permissibilidade quanto à pessoa que figura na relação como credora fiduciária.

Em 2002, sobrevivendo o novo Código Civil, a propriedade fiduciária enfim mereceu disposição, no capítulo IX do Título III do Livro III da Parte Especial do diploma. Entre os artigos 1.361 e 1.368-B disciplina-se a matéria em linhas gerais, aplicando-se as disposições do Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial, forte no art. 1.368-A.

Após a chegada do novel diploma, controvérsia doutrinária se teceu no que se refere à aptidão para integrar a relação como credor fiduciário em alienação

⁴⁷ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 249.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 9.514/1997. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9514-20-novembro-1997-365383-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 20.09.2018.

⁴⁹ “Art. 22, § 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.481, de 2007)

I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

II - o direito de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

IV - a propriedade superficiária. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)” (BRASIL. Lei nº 9.514/1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm> Acesso em 20.09.2018).

fiduciária de bens móveis.⁵⁰ Se por um lado a Lei 4.728/65, de caráter especial, autoriza a aplicação do instituto nas relações envolvendo instituições financeiras (ressalvado, como já referido, entidades que desempenham atividade semelhante à das instituições financeiras), tendo em vista que se presta a disciplinar o mercado de capitais, não está claro se se trata de imposição proibitiva às demais pessoas. Com efeito, elucida Caio Mário que alguns autores “não enxergavam nesta circunstância uma exigência de caráter subjetivo, mas consideravam aquele diploma apenas o veículo legislativo de seu aparecimento”⁵¹

De qualquer sorte, eventual restrição não parece encontrar guarida no Código Civil, que não faz qualquer especificação com relação ao requisito subjetivo do negócio jurídico. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, após a inclusão da propriedade fiduciária no Código Civil “qualquer pessoa física ou jurídica pode se colocar na condição de fiduciário, a exemplo do que ocorre com a alienação fiduciária de imóveis instituída pela Lei n 9.514/97”⁵².

Houve, por fim, nova alteração relevante promovida pela Lei 10.931/2004, que revogou o art. 66 da Lei 4.728/65 e nela incluiu o art. 66-B, não mais contemplando na definição do instituto o “domínio resolúvel” que marcaria a relação, conforme se aprofundará a seguir. Salientadas as principais conformações por que passou a alienação fiduciária, passar-se-á a examinar suas generalidades na contemporaneidade e o procedimento especial de excussão do bem dado sob esta modalidade de garantia.

2.3 Natureza jurídica, generalidades e o procedimento especial de excussão do bem

Quando se estuda a alienação fiduciária em garantia, é majoritário na doutrina que se está a tratar de espécie de negócio fiduciário.⁵³ Embora removida a

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. V. IV: Direitos reais**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 408. Ebook.

⁵¹ PEREIRA, loc. cit.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 440.

⁵³ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 154.

conjuntura de sujeição do devedor ao “poder de abuso” do fiduciário (já que a lei, hodiernamente, fornece mecanismos para amparar o fiduciante ante o inadimplemento da outra parte), subsiste o dever de lealdade no âmago do contrato, sendo esta obrigação primordial do credor, o qual deve “devolver a propriedade assim que implementar a condição resolutiva”⁵⁴.

Conforme Pontes de Miranda, “negócio fiduciário” foi denominação utilizada por vez primeira por Regelsberger, pandectista alemão de notória influência acerca da matéria.⁵⁵ Pode-se definir o negócio fiduciário como negócio jurídico em que, por ato de autonomia, uma das partes - fiduciante - investe a outra parte - fiduciário - de posição jurídica que lhe confere poderes que excedem o resultado prático que se almeja, sendo, por tal razão, convencionado - por meio do *pactum fiduciae* - limites de tempo e de conteúdo para se exercer tais poderes, de modo que as prerrogativas do fiduciário deverão ser praticadas apenas na medida em que necessárias à satisfação do objetivo original das partes contratantes. O elemento da fidúcia diz respeito à confiança que tem o fiduciante perante o fiduciário face à situação de plena eficácia dos negócios jurídicos celebrados por este com terceiros, sendo o *pactum fiduciae* negócio jurídico que produz efeitos *inter partes*.⁵⁶

Nesse diapasão, merece destaque assentamento doutrinário apontado por Nicolò Lipari como particularidade do negócio fiduciário, definido nos termos expostos:

[...] riconduce l'elemento caratteristico del negozio fiduciario ad una incongruenza o inomogeneità - dai più individuata come eccedenza - tra il mezzo e lo scopo ossia tra lo strumento giuridico adottato e l'intento pratico perseguito dalle parti (5).⁵⁷

Efetivamente, a finalidade das partes é diversa do escopo aparente do contrato celebrado. Na alienação fiduciária, as partes não desejam a transferência definitiva da propriedade, por certo que se efetua a transmissão com escopo de

⁵⁴ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 155.

⁵⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: Parte especial, Tomo III: Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 178-179.

⁵⁶ LIPARI, Nicolò. **Il Negozio Fiduciario**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964. p. 64-65.

⁵⁷ Ibidem. p. 67.

garantia da obrigação de um outro contrato, cujo adimplemento enseja a restituição e consolidação da propriedade no patrimônio do fiduciante. Esta finalidade de garantia justifica a constituição de um *patrimônio de afetação*, que consiste na vinculação de bens e direitos à satisfação de determinada obrigação. Esclarece-se, portanto, a “incongruência” entre o fim pretendido e o meio jurídico adotado.

A alienação fiduciária, espécie do gênero “negócio fiduciário”, trata-se de convenção cujos efeitos vinculam estritamente os contratantes. “Como consequência, com a alienação fiduciária surge a *propriedade fiduciária*, esta sim um direito real de garantia que produz efeitos *erga omnes* e por isso necessita de algumas formalidades para existir.”⁵⁸ Constitui-se, assim, garantia real sobre coisa própria, eis que surge com a efetiva transmissão da propriedade do bem alienado ao credor fiduciário.

O devedor será, assevera o Ministro Moreira Alves, “titular de direito eventual”⁵⁹, dado que só obterá a aquisição da propriedade plena uma vez adimplindo-se com a obrigação do contrato principal. Enquanto não devidamente cumprida a prestação a que se obrigou, o fiduciante é titular de mero direito real de aquisição, ou do que chamou o Mestre Pontes de Miranda de “direito expectativo”⁶⁰.

Orlando Gomes conceitua a alienação fiduciária da seguinte forma:

Em sentido lato, a *alienação fiduciária* é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em *confiança*, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição.⁶¹

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 4: direito das coisas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 623. Ebook.

⁵⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 174-175.

⁶⁰ “Antes da aquisição, há, às vezes, o estado prévio, a que corresponde direito expectativo ou direito formativo gerador. Se há condição para a aquisição, há direito expectativo, do qual surge, com a realização da condição, a propriedade (E. STROHAL, *Grenzen der Urteilsrechtskraft*, 12 s.)” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: Parte geral, Tomo V: Eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 96).

⁶¹ GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4.^a ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975. p. 18.

Tal transferência da propriedade importa, como já vimos, no desdobramento da posse, remanescendo o fiduciante na posse direta do bem alienado na vigência do contrato. Por meio do *constituto possessório*⁶², dispensa-se a tradição real. Enquanto não atingida a finalidade a que se destina o contrato de alienação fiduciária, o fiduciante tem as obrigações e prerrogativas análogas às de um depositário, com direito de usufruto. De outra banda, o fiduciário é detentor do domínio e da posse indireta, o que lhe confere, por exemplo, ação possessória para reaver o bem do poder de terceiros.

Diz-se que a propriedade fiduciária (propriedade transferida com cláusula de alienação fiduciária) é *resolúvel*, por expressa previsão legal, disposta no art. 1.361, *caput*, do Código Civil⁶³. É dizer que, invariavelmente, a propriedade do fiduciário tende a se extinguir, já que, havendo o adimplemento do fiduciante, tem este a confiança - *fides* - de que o fiduciário lhe restitua. Ademais, trata-se de propriedade *limitada*, visto que o fiduciário não dispõe da plenitude das faculdades que detém o titular de propriedade ilimitada (a saber, usar, gozar, dispor e reaver a coisa do poder de terceiros).

Ocorre que, conforme observa Adroaldo Furtado Fabrício, sucede a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário “na hipótese de incorrer o devedor em inadimplência ou mora quanto à reposição da quantia mutuada”⁶⁴. É de se observar, entretanto, que tal fato não importa na exclusão da característica de resolubilidade da propriedade fiduciária, já que a lei compele o fiduciário a efetuar a venda do bem para a satisfação do crédito remanescente, vedado o pacto comissório⁶⁵, forte no art. 1.365, *caput*, do Código Civil, que assim dispõe: “Art.

⁶² GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4.^a ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975. p. 18.

⁶³ “Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.” (BRASIL. Lei nº 10.406/2002. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 20.09.2018.)

⁶⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A alienação fiduciária de imóveis: aspectos processuais da lei nº 9.514/97**. In: Ensaios de direito processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 342.

⁶⁵ “O pacto comissório opera mediante a transferência automática da propriedade do bem para o credor, uma vez configurado o inadimplemento.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano**. Rev. Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 70, pp. 51 - 77, jan./jun 2017, p. 52. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1840/1743>>. Acesso: 30.09.2018).

1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.”⁶⁶

Havendo o inadimplemento do devedor, ou estando ele em mora no pagamento do numerário pactuado, de rigor proceder-se com a venda do bem (já na titularidade plena do fiduciário) para saldar o débito. Desse ônus o devedor só se libera se, uma vez constituído em mora, efetuar o pagamento da totalidade do débito, acrescido de juros moratórios e eventual multa - se a coisa alienada for bem móvel⁶⁷ -, ou alcançar ao credor as prestações vencidas e vincendas até a data do pagamento (acrescido de juros convencionais, penalidades e encargos contratuais e legais), conforme o comando do art. 26, *caput* e § 1º da Lei 9.514/97⁶⁸ - se bem imóvel.

Com relação à alienação fiduciária de bem móvel, incorrendo o pagamento da dívida, fica o credor incumbido de providenciar a venda do bem, judicial ou extrajudicialmente, por força do art. 1.364 do Código Civil: “Art. 1.364. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.”⁶⁹

Semelhante comando dá-nos o art. 27 da Lei 9.514/97, cujo *caput* assim dispõe: “Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 30.09.2018.

⁶⁷ Cf. REsp nº 1.418.593/MS (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.418.593/MS**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 14 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1320592&num_registro=201303810364&data=20140527&formato=PDF>. Acesso em 30.09.2018).

⁶⁸ “Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. § 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.” (BRASIL. Lei nº 9.514/97. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9514.htm> Acesso em 30.09.2018).

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 30.09.2018.

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.”⁷⁰

É bem de se ver que, na alienação fiduciária, não há propriamente um processo de execução, mas sim um procedimento especial de venda do bem, posto que o credor fiduciário já é o proprietário do bem. Christoph Fabian identifica que, na doutrina, não há consenso quanto à necessidade de que o credor reclame, previamente à promoção da venda, a posse direta da coisa alienada⁷¹, cabendo-lhe, de qualquer modo, manejar ação de busca e apreensão - se bem móvel - ou de imissão na posse - se bem imóvel.

Sobre a alienação fiduciária de bens móveis, o art. 2º, *caput*, do Decreto-lei 911/69, cuja redação é dada pela Lei nº 13.043/14, possibilita a venda judicial ou extrajudicial para a satisfação do crédito:

Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.⁷²

Já com relação à alienação fiduciária de bens imóveis, cumpre colacionar a síntese do procedimento de excussão do bem apresentada por Fabian:

A venda efetua-se pelo leilão público (art. 27, *caput*, da Lei nº 9.514/97). No primeiro leilão, a oferta deve alcançar o valor mínimo pelo qual o bem imóvel possa ser arrematado (art. 27, § 1º da lei nº 9.514/97). As partes fixaram no contrato o valor do bem imóvel e este será o valor mínimo (art. 24, inciso VI, da Lei nº 9.514/97). Frustrado o primeiro leilão, a oferta mínima no segundo leilão precisa alcançar somente o valor da dívida junto com as despesas e outros custos.⁷³

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 9.514/97. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9514.htm> Acesso em 30.09.2018.

⁷¹ Cf. FABIAN, Christoph. **Fidúcia: negócios fiduciários e relações externas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 199-200.

⁷² BRASIL. Decreto-lei nº 911/69. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm> Acesso em 30.09.2018.

⁷³ FABIAN, op. cit., p. 204.

Do produto da venda, o montante que sobejar o valor do débito, acrescido de todos os encargos legais e moratórios, deve ser restituído em favor do fiduciante. Assim, obtém o devedor o estorno de parcela do montante alcançado no curso do contrato de financiamento, ao passo que o credor já tem garantido o crédito oriundo deste contrato.

Mister se faz ressaltar que, somente em última hipótese, não havendo licitantes compradores, será possibilitada a definitiva consolidação da propriedade no patrimônio do credor. Trata-se de solução que a lei provê para compensação do presumido ônus do fiduciário, que não logrou reverter em pecúnia a garantia real que detinha. Sobre a integração da propriedade ao patrimônio do fiduciário - sendo inexitosa a venda -, Adroaldo Furtado Fabrício, ao tratar sobre a excussão do bem imóvel, observa:

Nada diz a lei sobre o destino a ser dado, em tal hipótese, ao imóvel. Como este já se incorporou, a título de domínio pleno, ao patrimônio do credor fiduciário e, *contrario sensu*, o mencionado § 2º proíbe a venda em leilão por lanço menor do que aquela soma, tem-se de entender que o imóvel permanecerá na propriedade do credor, ficando livre ele, desde então, para aliená-lo a quem melhor entender e pelo preço que lhe convier. A solução parece um tanto extravagante, mas é a única que se compatibiliza com os textos de regência.⁷⁴

Semelhante crítica pode ser suscitada com relação aos bens móveis alienados fiduciariamente. Não se contesta a necessidade de compensação do fiduciário pelo prejuízo que eventualmente possa vir a ter pela incapacidade de concretizar a garantia do crédito, mas quer-se demonstrar a notória desvantagem a que pode estar sujeito o devedor, que não obtém restituição alguma sobre a totalidade do valor alcançado ao credor no curso do contrato de financiamento, ao passo que este terá integrado ao seu patrimônio bem que, eventualmente, poderá ser revertido em valor equivalente ou mesmo superior ao montante do débito a que ficou o primeiro obrigado. Na mesma esteira, resta o devedor em manifesto desamparo quando, do produto da venda do bem, resultar montante que sobejar a dívida em valor muito aquém do despendido na vigência do contrato de alienação fiduciária.

⁷⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A alienação fiduciária de imóveis: aspectos processuais da lei nº 9.514/97**. In: Ensaios de direito processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 345.

Assim, em atenção ao âmbito de relação de consumo em que muitos contratos de alienação fiduciária encontram-se, deverão ser propostas tentativas de proteção do devedor ante o provável desequilíbrio contratual que se configura. Passar-se-á, desta feita, à análise de garantias legais, notadamente a nulidade de determinadas cláusulas contratuais no direito do consumidor, visando à sua aplicação nos contratos que estão sob a égide da legislação consumerista, bem como à interpretação sistemática da matéria.

3 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) é diploma legal que veio como corolário da salvaguarda constitucional da proteção do consumidor, assegurada nos arts. 5º,XXXII e 170,V da Constituição Federal. Constitui um microsistema inserido no ordenamento jurídico, destinado a regular as relações de consumo, pautadas pelo elementar desequilíbrio entre as partes contratantes. Em razão desta disparidade que se configura, a relação é regida por normas de caráter protetivo ao consumidor, visando à compensação de sua notória vulnerabilidade.

Conforme Claudia Lima Marques, justifica-se este tratamento especial pelo fato de uma das partes atuar como profissional, dispondo de abundante conhecimento sobre a operação (já que o faz como seu “ganha-pão”), em contrapartida à condição de leigo do outro contratante, que se encontra em evidente desvantagem ante o *expert*.⁷⁵ Assim, para merecer a tutela do direito do consumidor, mister a identificação dos sujeitos da relação como “consumidor” e “fornecedor”.

O art. 3º, §2º do Código, ao prever a definição de serviço, prestado pelo fornecedor, englobou expressamente atividades típicas de instituições financeiras de operação de crédito: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”⁷⁶. Destarte, tornava-se clara a submissão dessas entidades, nos contratos de financiamento celebrados com o consumidor, ao CDC.

O caráter eminentemente consumerista dessas atividades foi ratificado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que emitiu a Súmula nº 297 sobre o tema, assim dispondo: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às

⁷⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 91.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº. 8.078/1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 06.10.2018.

instituições financeiras”⁷⁷. Não restam dúvidas, portanto, de que contratos de mútuo pactuados com o cliente devem respeitar as normas do Código consumerista, já que se tratam de serviço abrangido pelo §2º do art. 3º do referido diploma legal.

Pacificada a aplicação do CDC nestes contratos de financiamento, é axiomática a vedação das cláusulas abusivas ressalvadas pela Lei nos contratos de consumo. Por outro lado, a interpretação conjunta dos ditames da legislação especial que regula a alienação fiduciária torna obscuro o alcance daquelas cláusulas, merecendo análise acurada.

3.1 Cláusulas abusivas e sua nulidade nos contratos de consumo

Bruno Miragem destacou o controle do conteúdo contratual, através do combate às cláusulas abusivas, como sendo “O instrumento técnico de maior importância em matéria de proteção contratual do consumidor consagrado pelo CDC”.⁷⁸ Tais cláusulas, como é cediço, possuem maior suscetibilidade de estar presentes nos contratos de adesão, cujas cláusulas são pré-estabelecidas, de forma unilateral, pela parte mais forte da relação. No âmbito dos contratos de financiamento, é especialmente relevante o estudo da “cláusula geral da boa-fé” e da “cláusula de decaimento”, a fim de se evitarem abusos e dotar de equilíbrio a relação contratual.

3.1.1 A cláusula geral proibitória da utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo: o art. 51,IV do CDC

Com o encargo de promover efetiva proteção contratual ao consumidor, a Lei, no art. 51, apresenta rol de cláusulas abusivas, consideradas “nulas de pleno direito” quando incluídas no contrato de consumo. Em prol de uma proteção mais extensiva, o dispositivo prevê lista de caráter *numerus apertus*, comportando, portanto, outras hipóteses de abusividade não expressas, desde que aferido conteúdo que dote o

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 297**, Segunda Seção, julgado em 12/05/2004, DJ 09/09/2004, p. 149. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>> Acesso em 06.10.2018.

⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 373.

contrato de manifesto desequilíbrio entre as partes da relação. Assim, verifica-se que a lista de cláusulas abusivas prevista no Código, “por ser exemplificativa, funciona como uma válvula de escape, ao permitir o controle de cláusulas leoninas não previstas em lei”⁷⁹.

Poder-se-ia, a *prima facie*, incorrer no equívoco de se admitir a nulidade de pleno direito expressa no dispositivo como equivalente à nulidade de presunção absoluta prevista no Código Civil, a qual dispensa dilação probatória. *Ad cautelam*, salienta-se importante diferença desta com relação à sanção imposta pelo *caput* do art. 51. É de se observar que determinadas cláusulas abusivas albergadas pelo rol necessitam ser aferidas no caso concreto, a fim de se constatar a ocorrência da abusividade, embora mantida a eficácia *ex tunc* da declaração de nulidade. Sobre a designação de cláusulas “nulas de pleno direito”, preconiza Schmitt:

A expressão, a nosso ver, parece ter sido utilizada mais para reforçar o caráter absoluto das nulidades do que, realmente, para dispensar uma dilação probatória judicial, uma vez que algumas das cláusulas nulas de pleno direito constantes na lista do art. 51 do CDC, como a do inciso IV, referindo a boa-fé objetiva, exigem do intérprete uma atividade hermenêutica mais intensa, não sendo possível, nesses casos, trabalhar apenas com uma presunção absoluta de abusividade.⁸⁰

De fato, o art. 51,IV prescreve cláusula abusiva de textura aberta, com amplo espectro interpretativo, constituindo “cláusula geral proibitória da utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo”⁸¹. Colaciona-se, para análise, a previsão da vedação da cláusula em comento:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
[...]
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;⁸²

⁷⁹ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar**. 6. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 228.

⁸⁰ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 155-157.

⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 1119.

⁸² BRASIL. Lei nº. 8.078/1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 07.10.2018.

Em que pese a maioria das hipóteses previstas no art. 51 apresentarem redação que propicie a declaração de sua nulidade *ipso facto*,⁸³ a cláusula geral proibitória contém, no seu bojo, conceitos amplos de “boa-fé” e “equidade”, inviabilizando a imposição, de pronto, da sanção do *caput*. Tendo em vista sua peculiaridade, andou mal o legislador, uma vez que, conforme bem apontou Claudia Lima Marques, “A boa técnica legislativa ordenaria que norma tão importante e ampla estivesse contida em artigo próprio e não escondida, talvez por medo do veto, em uma lista de quinze incisos”⁸⁴.

Tomando-se como exemplo o inciso VI do art. 51, que prevê a nulidade absoluta de cláusulas que “estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”, percebe-se que a existência de avença com tal teor culminaria em fatal nulidade, prescindindo de exame do caso concreto. Da mesma forma, seria inconteste a abusividade de cláusula que determinasse a utilização compulsória de arbitragem pelas partes para dirimir conflito relativo a um contrato de consumo, o que é defeso pelo inciso VII do artigo. A seu turno, a cláusula geral proibitória necessita de apreciação judicial para declaração de nulidade, esclarecendo Nelson Nery Júnior que “os conceitos indeterminados de obrigações iníquas e vantagem exagerada deverão ser integrados pelo juiz, em razão das circunstâncias que envolvem o caso concreto.”⁸⁵

A cláusula geral estudada propugna o reconhecimento da abusividade pautada pelos princípios da boa-fé, do equilíbrio ou da equidade.⁸⁶ Mister, portanto, a análise das circunstâncias do caso concreto para se verificar a ocorrência de vantagem exagerada ao fornecedor, configurada pelo estabelecimento de obrigação

⁸³ Aqui, cumpre ressaltar exceção estabelecida pela jurisprudência do STJ, que emitiu Súmula nº 381, assim dispondo: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Daí separar-se os contratos bancários dos demais contratos de consumo, sendo defeso ao julgador aplicar, de plano, a sanção da nulidade absoluta de cláusulas. Nesse sentido, cf. MIRAGEM, Bruno. **Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 72/2009, p. 41-77, out-dez/2009. p. 1-2.

⁸⁴ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 1119.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 580.

⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 390.

constante no contrato que, ao fim e ao cabo, resulte em um desequilíbrio que excede o desequilíbrio próprio das relações de consumo.

3.1.2 A cláusula de decaimento: o art. 53 do CDC

O Códex consumerista promove especial destaque à cláusula abusiva prevista no art. 53, separando-a do rol exemplificativo do art. 51. Trata-se da vedação à “perda total das prestações pagas em benefício do credor” nos contratos de execução diferida, em que o consumidor se obriga ao pagamento de uma sucessão de parcelas para sua extinção:

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.⁸⁷

Expressamente englobando os contratos de alienação fiduciária no âmbito de sua aplicação, a proibição da perda total das prestações pagas, denominada pela doutrina de “cláusula de decaimento” - ou “pacto de caducidade”⁸⁸ -, é prevenção de cláusula abusiva cuja previsão em contrato culmina em sua nulidade *ex lege*. Nos contratos de financiamento celebrados na seara do direito do consumidor, ocorrendo a resolução, ao fornecedor é defeso reter a totalidade das parcelas até então adimplidas, sendo tal medida prática que dota o fornecedor de vantagem manifestamente excessiva, tendendo a ultrapassar em ampla medida os limites de uma cláusula penal aceitável, que tenha por finalidade tão somente coibir a má conduta de um contratante e precaver o injusto prejuízo econômico do outro. É dizer que o consumidor, ao se deparar com conjunturas que lhe impeçam a continuidade do cumprimento de suas obrigações contratuais, goza de amparo legal para reclamar parte do que despendeu no ínterim do financiamento, sem prejuízo de retenção de uma outra parte pelo fornecedor.

⁸⁷ BRASIL. Lei nº. 8.078/1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 19.10.2018.

⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: Parte especial, Tomo XXV: Direito das obrigações: Extinção das dívidas e obrigações, dação em soluto, confusão, remissão de dívidas, novação, transação, outros meios de extinção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 411.

A vedação da cláusula de perdimento vem ao encontro do esforço legislativo em coibir o pacto comissório, cuja proibição nos contratos de alienação fiduciária em garantia encontra prescrição no art. 1.365, *caput* do Código Civil, *in verbis*: “É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.”⁸⁹ Referido pacto corresponde à cláusula (abusiva) que provoca a transferência definitiva do bem fiduciado em favor do credor se, havendo débito remanescente, cair o devedor em inadimplência.⁹⁰ É, pois, cláusula cuja nulidade possui fundamento de ordem moral⁹¹, conforme ensinou Clóvis Beviláqua. Segundo o Mestre, tal nulidade tem por escopo “a proteção do fraco em face da exploração gananciosa do argentário, que usa dêsse meio para extorquir do devedor, por preço irrisório, o bem que êste lhe dá em garantia do pagamento”⁹².

Veja-se que, ao reter a integralidade das prestações pagas no curso do contrato de financiamento, sobretudo quando as tentativas de venda para saldar o débito restarem inexitosas, estar-se-ia, na prática, produzindo os efeitos da cláusula comissória, já que o consumidor se encontraria em posição de dupla desvantagem, ao passo que o fornecedor seria duplamente beneficiado: enquanto ao segundo se garante a permanência dos valores recebidos no interregno do financiamento cumulada com a consolidação da propriedade do bem no seu patrimônio, possibilitando-lhe revertê-lo em pecúnia em evento futuro, o primeiro se encontra em situação de desvantagem total, dotando o contrato de absoluto risco para este contratante, como se fora um contrato aleatório, e não um contrato comutativo.⁹³ Tal estipulação, inserida unilateralmente no contrato, obrigaria o consumidor a

⁸⁹ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 20.10.2018.

⁹⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 70, pp. 51 - 77, jan./jun. 2017. p. 53.

⁹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**, V. II, 5ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 38.

⁹² BEVILÁQUA, loc. cit.

⁹³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.111

“renunciar a todas as expectativas legítimas ligadas ao contrato, assegurando ao outro contratante o direito de receber duas vezes pelo mesmo fato”⁹⁴.

Ante o exposto, vem à baila a controvérsia já suscitada alhures, relativa à possibilidade de não ser efetuada restituição alguma de valores (ou proceder-se com restituição de valor ínfimo) em favor do cliente-fiduciante que contrai financiamento com uma instituição financeira, e que, por inesperada vicissitude, dá causa à resolução do contrato. É razoável reconhecer-se que, em muitos casos, pode se configurar desvantagem exagerada para o devedor, que adere ao contrato com a legítima expectativa de adquirir o bem ou, na sua inaptidão, não sofrer excessiva lesão.

Produzida a dupla vantagem à financeira, configura-se, a nosso ver, nada menos que manifesto enriquecimento ilícito, que, segundo João Batista de Almeida, era exatamente a deturpação que se queria evitar através da vedação da cláusula de decaimento, impedindo-se o credor de retomar o bem alienado e ainda quedar-se com as parcelas pagas, “o que, além de imoral, era francamente desfavorável ao consumidor”⁹⁵. A determinação da nulidade de pleno direito da cláusula, no Código de Defesa do Consumidor, demonstra sua complementaridade aos ditames do Código Civil, que veda expressamente o enriquecimento sem causa nos arts. 884⁹⁶ e seguintes.

Para além da interpretação literal do art. 53, CDC, que proíbe a “perda total” das prestações pagas pelo consumidor, é assente na jurisprudência pátria a inclusão da “perda substancial” do valor pago nas hipóteses de abusividade perpetradas pelo

⁹⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.112.

⁹⁵ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 161.

⁹⁶ “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.” (BRASIL. Lei nº 10.406/2002. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 25.10.2018).

fornecedor.⁹⁷ Daí combinar-se a abrangente cláusula geral do art. 51,IV já estudada à exegese do art. 53. Nesse diapasão, a lição de Claudia Lima Marques:

O art. 53, apesar de norma expressa, restringe-se à determinação da nulidade *ex lege* de um determinado tipo de cláusula e pode, pois, dar razão a interpretações restritivas, como que limitando à abusividade, a cláusula de perda total, e autorizando todas as outras cláusulas de perda parcial das prestações já pagas. A cláusula geral do art. 51,IV, ao contrário, ao exigir o exercício de concreção do juiz, está a esclarecer o motivo de tal nulidade e da reação negativa do direito, sendo mais útil a uma análise exemplificativa como a nossa.⁹⁸

Com supedâneo nas digressões postas acerca da cláusula geral da boa-fé, e em vista do objetivo da lei, seria ainda admissível suscitar entendimento que, em determinadas situações do caso concreto, propõe ser igualmente abusiva a restituição de valor ínfimo ao consumidor, exigindo-se, para tanto, a realização da concreção pelo juiz. Ora, interpretação diversa permitiria que se transcorresse sem nulidade situação em que o contratante cumpre com a maioria das parcelas do contrato, arcando com preço altíssimo e, por se tornar inadimplente próximo à quitação da dívida, recebesse valor irrisório se comparado com o que já despendeu, caso se lhe impusesse um conjunto maléfico de multas contratuais. Especificamente com relação aos financiamentos garantidos por alienação fiduciária, se da venda do bem fiduciado - levado à excussão por inadimplência - resultar valor que sobejar em montante irrisório ao da totalidade da dívida, poder-se-ia alegar que o fiduciante restaria em semelhante desamparo. Finalmente, a interpretação restritiva da cláusula de decaimento poderia representar um paradoxo, resguardando apenas aqueles consumidores que fossem afortunados de não perceber restituição alguma, por força de estipulação contratual.

⁹⁷ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.132.943/PE**, 4ª Turma, julgado em 27.08.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 27.09.2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900634486&dt_publicacao=27/09/2013> Acesso em 25.10.2018.

⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 1.280.

3.2 A aplicabilidade dos arts. 51,IV e art. 53,CDC aos contratos de alienação fiduciária

Toda a discussão entabulada até o momento não produzirá efeitos no contrato objeto de estudo se não for possível a aplicação dos dispositivos analisados e dos preceitos que propugna o microsistema consumerista. Para tanto, propor-se-á a utilização da promissora teoria do “diálogo das fontes”, como meio de viabilizar a interpretação mais benéfica ao consumidor e, em última análise, concretizar garantias de ordem constitucional.

3.2.1 Diálogo das Fontes

O século XX foi período de intensa atividade legislativa nos campos dos consumidores, meio ambiente, transporte, etc.⁹⁹ Atualmente, legisla-se sobre uma gama cada vez mais diversificada de temas, em atenção às novas formas de relação entre os privados e à proteção dos sujeitos de direito que apresentam vulnerabilidades. Essa inflação de leis especiais é resultado da velocidade dos fatos¹⁰⁰ característica da pós-modernidade, daí decorrendo que em uma relação específica sejam diretamente aplicáveis diversos diplomas legais, cada um regulando uma especificidade desta relação. A complexidade do ordenamento jurídico hoje é tal que a estrutura do encadeamento de normas compromete a clareza da aplicação das leis pertinentes ao caso, tornando dificultosa ao aplicador a conclusão quanto à solução do conflito aparentemente existente.

O conflito de leis no tempo deveria ser solvido pelo juiz, ao averiguar a prevalência de uma lei em relação à outra, sofrendo esta última exclusão do sistema por ab-rogação (revogação total) ou derrogação (revogação parcial - de apenas

⁹⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **A codificação do direito privado no século XXI**. In: Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisa. GRUNDMANN, Stefan; BALDUS, Christian; MARQUES, Claudia Lima. Porto Alegre: Orquestra, 2017. p. 39-40.

¹⁰⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 89.

algumas disposições).¹⁰¹ Este conflito possui previsão de solução básica no art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que assim dispõe:

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

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

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

[...]¹⁰²

A despeito da previsão supra, é cediço que o método clássico de solução da antinomia de normas já não é satisfatório, sendo raros os casos de simples, inequívoca e definitiva revogação de uma lei em detrimento da outra.¹⁰³ Com efeito, a resposta para o conflito, no mais das vezes, vem através da casuística.¹⁰⁴

Havendo a possibilidade de uma interpretação integrativa da lei posterior cumulada à já anteriormente vigente no ordenamento, permitindo-se a aplicação das duas normas à mesma situação, dá-se cabo à aparente antinomia.¹⁰⁵ Destarte, a superveniência de uma lei especial que regule, por exemplo, atividades bancárias, de forma alguma teria o condão de afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo, alcançando-o, a *contrario sensu*, como diploma legal que emana um robusto espectro valorativo e, mais do que isso, protege o consumidor como sujeito vulnerável da relação, através do método compatibilizador das normas. Se, por outro lado, a contradição entre as normas for tal que inviabilize sua compatibilização, configura-se antinomia real¹⁰⁶, para cuja solução Claudia Lima Marques identifica três critérios clássicos: a anterioridade (lei posterior revoga a lei anterior); a especialidade (lei geral posterior não revoga lei

¹⁰¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 123.

¹⁰² BRASIL. Decreto-lei nº 4.657/1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em 01.11.2018.

¹⁰³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 665.

¹⁰⁴ MARQUES, loc. cit.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 668.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 668-669.

especial antiga, salvo se incorporar totalmente sua matéria); e a hierarquia (prioridade de aplicação da lei hierarquicamente superior).¹⁰⁷

Rompendo o paradigma exposto, o notável Professor Erik Jayme propugna, no campo do direito internacional privado, uma nova teoria de aplicação simultânea e coerente dessas normas supostamente conflitantes. O mestre de Heidelberg propõe uma perspectiva de aplicação integrativa e harmônica das normas, superando a concepção de conflito, através do “diálogo das fontes”: *di-a-logos*, em que duas ou mais leis se coordenam de modo a restabelecer os valores do sistema jurídico, que em alguma medida são obscurecidos pela pluralidade de leis existente.¹⁰⁸ Conforme Claudia Lima Marques, uma fonte “não mais ‘re-vo-ga’ a outra (o que seria um *mono-logo*, pois só uma lei ‘fala’), e, sim, dialogam ambas as fontes, em uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial, pela luz dos direitos humanos”.¹⁰⁹

A Professora Claudia Lima Marques foi responsável pela transposição da teoria ao sistema jurídico brasileiro, tendo observado sua excepcional utilidade no campo do direito do consumidor. Desmembrou-se, então, o instrumento do diálogo das fontes em três tipos de “diálogo”: *diálogo sistemático de coerência*, através do qual uma lei se presta como base conceitual à outra, em aplicação conjunta; *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade*, pelo qual uma lei complementa a aplicação da outra; e *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*, em que se promove uma redefinição do campo de aplicação, proporcionando uma influência mútua entre lei especial e lei geral.¹¹⁰

A teoria foi oportunamente recepcionada pela jurisprudência pátria, merecendo sempre destaque o julgamento da ADIn nº 2.591 - a “ADIn dos Bancos” -

¹⁰⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 131-132.

¹⁰⁸ MARQUES, Claudia Lima. **O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme**. In: *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. Coordenadora Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 26-27.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 27.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 32.

¹¹¹, em que se questionava a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor em concomitância às leis bancárias, visando à declaração de inconstitucionalidade de parte do texto do art. 3º, § 2º do CDC, para eximir as instituições “de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” do tratamento como “fornecedores” de serviços. O tema já havia sido objeto da Súmula nº 297 do STJ - “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” -, anteriormente ventilada neste estudo. Efetivamente, o órgão requerente objetivava a aplicação a essas entidades exclusivamente de normas reguladoras de natureza de lei complementar, rechaçando o CDC sob o fundamento principal de suposta violação ao art. 192 da Constituição Federal¹¹², que prevê, exatamente, que o sistema financeiro nacional será regulado por leis complementares. Destarte, somente lei complementar teria competência “para conformar tanto o perfil organizacional dos órgãos e entidade [sic] públicas e privadas do setor financeiro, como o complexo de normas disciplinadoras da própria atividade financeira, para conferir-lhe maior higidez”¹¹³.

Destaca-se, no julgamento da Ação, o irretocável voto do Min. Joaquim Barbosa, que homenageou a teoria do diálogo das fontes ao reconhecer sua função tríplice de compatibilização das plúrimas fontes e normas existentes no ordenamento jurídico, assegurando que, assim como as leis bancárias (leis especiais posteriores ao CDC), deve ser igualmente aplicado o Código consumerista às instituições referidas no § 2º do seu art. 3º.¹¹⁴ É justamente pela existência de um sistema

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn nº 2.591-1/DF**. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator Originário: Min. Carlos Velloso. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 07 de junho de 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1990517>>. Acesso em 03.11.2018.

¹¹² Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 03.11.2018).

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn nº 2.591-1/DF**. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator Originário: Min. Carlos Velloso. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 07 de junho de 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1990517>>. Acesso em 03.11.2018.

¹¹⁴ “A Emenda Constitucional 40, na medida em que conferiu maior vagueza à disciplina constitucional do sistema financeiro (dando nova redação ao art. 192), tornou ainda maior esse campo que a professora Claudia Lima Marques denominou ‘*diálogos entre fontes*’ – no caso, entre a lei ordinária (que disciplina as relações consumeristas) e as leis complementares (que disciplinam o sistema financeiro nacional). Não há, *a priori*, por que falar em exclusão formal entre essas espécies

jurídico complexo, dotado de normas especiais com campos de aplicação que se interseccionam, que a utilização apenas de lei especial posterior - neste caso, as leis bancárias - configuraria verdadeira injustiça aos consumidores (sujeitos vulneráveis da relação).

Sob a concepção de ordenamento jurídico unitário, o diálogo das fontes se propõe à concretização do sistema de valores dos direitos fundamentais¹¹⁵, à luz da Constituição Federal. Assim, “o método criado por Erik Jayme tem como *Leitmotiv*, ou motivo-guia, os direitos humanos, e, nesse sentido, só pode beneficiar os consumidores e não prejudicá-los”¹¹⁶. Essa realização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição - inclusive a garantia da defesa do consumidor - só poderá ocorrer se não se permitir a opressão dos mais fortes ante os mais fracos. Nessa esteira, o magistério da Professora Claudia Lima Marques:

Em outras palavras, o *di-a-logos* já tem a lógica/*racionalidade* preponderante: é a promoção pelo julgador dos direitos do consumidor, como impõe o art. 5º,XXXII, da CF/1988, incluída nas cláusulas pétreas brasileiras: *promover* os direitos do consumidor “*na forma da lei*” *mais favorável a este sujeito de direitos vulnerável*, promover a manutenção e a efetivação de seus direitos e pretensões, nunca aplicar as duas leis na “forma da lei menos favorável” ao consumidor!¹¹⁷

O diálogo das fontes deve, portanto, sempre ser exercido como meio de promoção do princípio *pro homine*. Aliás, o próprio termo “diálogo” é empregado para aclarar o objetivo de alcançar uma solução mais flexível à aparente contradição de normas, de forma a conceder tratamento diferenciado aos diferentes.¹¹⁸ É, pois,

normativas, mas, sim, em ‘*influências recíprocas*’, em ‘*aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente*’.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn nº 2.591-1/DF**. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator Originário: Min. Carlos Velloso. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 07 de junho de 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1990517>>. Acesso em 03.11.2018).

¹¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. **A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem à Erik Jayme**. In: Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisa. GRUNDMANN, Stefan; BALDUS, Christian; MARQUES, Claudia Lima. Porto Alegre: Orquestra, 2017. p. 170.

¹¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 767.

¹¹⁷ MARQUES, loc. cit.

¹¹⁸ MARIGHETTO, Andrea. **O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do direito**. In: Diálogo das fontes: do

método inclusivo dos vulneráveis, revelando sua extraordinária utilidade para o direito do consumidor.

3.2.2 O CDC e o procedimento especial de excussão do bem alienado fiduciariamente: conflito ou complementaridade de normas?

Do exame da Lei 8.078/90 e a extensão de sua aplicabilidade nas relações de consumo, assenta-se, desde já, sua dupla feição quanto à especialidade: é, subjetivamente - *ratione personae* -, lei especial (regula a relação do sujeito consumidor com o sujeito fornecedor); materialmente - *ratione materiae* -, é lei geral, na medida em que incide em todas as relações de consumo¹¹⁹, sem prejuízo de aplicação simultânea de lei especial, que trate de matéria específica (e.g. tratados internacionais que regulamentam o transporte internacional). Ressalte-se, pois, que com relação ao Código Civil, é lei especial que dá atenção ao consumidor, enquanto parte vulnerável da relação.¹²⁰

O Códex consumerista é lei de ordem pública, confirmada pelo seu art. 1º.¹²¹ De origem constitucional, vem a regular a garantia da promoção do direito e defesa do consumidor, consubstanciados nos arts. 5º,XXXII e 170,V da Constituição Federal, bem como no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Por tal razão, bem observou Adroaldo Furtado Fabrício que, apesar de não possuir, formalmente, tal natureza, desempenha a função de lei complementar.¹²² Via de consequência, goza de notória superioridade hierárquica no âmbito do direito

conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. Coordenadora Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 114.

¹¹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 131.

¹²⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 90.

¹²¹ “Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.” (BRASIL. Lei nº. 8.078/1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 05.11.2018).

¹²² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A alienação fiduciária de imóveis: aspectos processuais da lei nº 9.514/97**. In: Ensaio de direito processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 354.

privado, vez que concretiza valores e princípios constitucionais¹²³, que se sobrepõem às normas que regulam interesses individuais.

A boa análise do impasse concernente à compatibilidade do Código de Defesa do Consumidor com o procedimento de excussão do bem alienado fiduciariamente, no que se refere à restituição de prestações adimplidas pelo fiduciante na eventualidade de incorrer em inadimplemento, requer a elucidação dos dispositivos legais pertinentes. Este exame deve abranger, quer no âmbito da alienação de bens imóveis, quer no de bens móveis, as disposições sobre a consequência do inadimplemento para o devedor, a qual, adiantamos, afigura-se deveras irrazoável, em contraste com a garantia protetiva que concede, de forma expressa, o CDC.

A alienação fiduciária de bens imóveis, conforme já estudado, é regulada pela Lei 9.514/97, lei ordinária que institui o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI). Prescreve, no art. 27, §§ 4º e 5º, o procedimento de venda do bem fiduciado, uma vez decorrida a consolidação da propriedade em nome do credor. Vejamos:

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

[...]

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

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

[...] ¹²⁴

Em que pese a benéfica liberação do devedor quanto à sua obrigação (se o credor não tiver êxito em obter o valor da dívida pendente em ocasião de segundo leilão) - benesse essa concedida pelo § 5º do dispositivo supra -, a interpretação restritiva do art. 27, § 4º possibilita a restituição ao devedor exclusivamente do valor

¹²³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 670.

¹²⁴ BRASIL. Lei nº 9.514/1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm> Acesso em 05.11.2018.

que sobejar ao montante da dívida e, tão somente, se for bem sucedida a venda em um dos dois leilões públicos obrigatórios. Com relação aos bens móveis, no mesmo sentido será a exegese do art. 1.364 do Código Civil de 2002, lei geral igualmente posterior ao CDC, *in verbis*:

Art. 1.364. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.¹²⁵

A controvérsia conduz o intérprete, necessariamente, a assentar a convivência harmônica das normas, promovendo a consagração do Código de Defesa do Consumidor e seus princípios e valores de ordem constitucional; ou, ao revés, a perpetuar a antiquada imperatividade da *lex posterior* - em que *lex posterior derogat legi priori* -, ou *lex specialis* - em que *lex specialis derogat legi generali* -, suscitando a revogação da lei consumerista. Renan Miguel Saad, ao tratar da alienação fiduciária de bens imóveis, bem sintetizou que aqueles que defendem a legalidade do decaimento das prestações pagas entendem pela ocorrência de revogação tácita do art. 53, CDC, sucumbindo ao regramento especial, ao passo que os que sustentam a compatibilidade da Lei 9.514/97 e o art. 53 do CDC percebem que entendimento contrário daria ensejo ao enriquecimento sem causa do fiduciário.¹²⁶

Isto posto, sustenta Saad que o art. 27, §§ 5º e 6º¹²⁷ deve sempre ser interpretado de forma benéfica, e nunca prejudicial ao consumidor fiduciante, no sentido de que o libera do ônus da dívida pendente caso não haja sucesso na venda do bem em leilão público, mas não exime o fiduciário quanto a eventuais débitos

¹²⁵ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 05.11.2018.

¹²⁶ SAAD, Renan Miguel. **A alienação fiduciária sobre bens imóveis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 265-266.

¹²⁷ 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. [...] § 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º. § 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. (BRASIL. Lei nº 9.514/1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm> Acesso em 05.11.2018).

com o primeiro.¹²⁸ Nesse diapasão, o Código de Defesa do Consumidor age e participa de um diálogo sistemático de complementaridade com a Lei 9.514/97, irradiando-a com os princípios da boa-fé, de combate ao abuso e à onerosidade excessiva, e, casuisticamente, com a vedação da cláusula de perdimento.

Diz-se que a solução virá da casuística, na medida em que a lei aplicável deve ser constatada a partir das peculiaridades do caso concreto. Por tal razão, a contraposição de normas no ordenamento jurídico é, majoritariamente, solvida pelo aplicador da lei, e não pelo legislador, daí advindo a importância do diálogo das fontes.¹²⁹ Rechaça-se, portanto, a concepção de resolução de uma aparente antinomia de normas exclusivamente através dos arcaicos métodos da escolástica (hierarquia, especialidade e anterioridade), que, ao previamente determinarem a revogação da lei (antes do exame do caso concreto), não contemplam, efetivamente, as garantias fundamentais e valores constitucionais em apreço. Nessa esteira, a conclusão do Professor Leonardo Roscoe Bessa:

Diante desse quadro, é absolutamente insuficiente sustentar que, por existir lei especial disciplinando determinado setor, afasta-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Deve-se, ao contrário, buscar o convívio harmônico dos variados diplomas legais: um auxiliando e oferecendo elementos de interpretação para o outro, sempre, destaque-se, sob as luzes dos princípios e valores constitucionais. Antes de afastar a aplicação de uma das fontes, deve-se buscar a possibilidade de interpretação coerente entre elas.¹³⁰

¹²⁸ SAAD, Renan Miguel. **A alienação fiduciária sobre bens imóveis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 266.

¹²⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 132.

¹³⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 93.

4 A POSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS PELO CONSUMIDOR INADIMPLENTE

4.1 Assentamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça: desafio à nova teoria

Em que pese o esforço doutrinário em mobilizar o intérprete da lei acerca da compreensão sistemática da matéria, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça indica, em certa medida, a persistência de uma interpretação ainda linear, de preponderância de normas por via de critérios clássicos. Atualmente, a concepção conservadora aparenta ser hegemônica na corte superior, que não tem admitido, sob nenhuma hipótese, a possibilidade de aplicação do art. 53 do CDC para impor restituição ao devedor, ainda que haja a definitiva integração do bem fiduciado ao patrimônio do credor.

Decisão paradigma da aduzida inaplicabilidade do art. 53, CDC aos contratos estudados é o julgamento do REsp nº 250.072/RJ¹³¹, que trata sobre a impossibilidade da restituição integral das prestações pagas no contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária de bens móveis. O Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar, ao não conhecer do especial, ressalta não ser possível a restituição integral imediatamente após a retomada do bem fiduciado pelo credor, visto que o Decreto-lei 911/69, que regula a relação, já prevê procedimento próprio que impõe a venda do bem para saldar o débito pendente e restituir o devedor no montante que sobejar. Ademais, por se tratar de veículo, o bem sofreria indubitável desvalorização, de modo que, apenas da sua venda, o credor não obteria numerário suficiente a lhe restituir o que despendeu no contrato, razão pela qual se permitiu a retenção dos valores já pagos.

¹³¹ ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Restituição das prestações pagas. No contrato de alienação fiduciária, o credor tem o direito de receber o valor do financiamento, o que pode obter mediante a venda extrajudicial do bem apreendido, tendo o devedor o direito de receber o saldo apurado, mas não a restituição integral do que pagou durante a execução do contrato. DL 911/69. Art. 53 do CDC. Recurso não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 250.072/RJ**. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. 01 de junho de 2000. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=200000211117&dt_publicacao=07/08/2000> Acesso em 12.11.2018).

No mesmo sentido é o julgamento do REsp nº 437.451/RJ¹³², cujo Relator Min. Menezes Direito não acolhe alegação da recorrente de manifesto desequilíbrio contratual ocasionado pela dupla vantagem auferida pela instituição credora - retenção das prestações pagas e consolidação da propriedade -, igualmente em contrato de financiamento de bem móvel (veículo) com pacto adjeto de alienação fiduciária. Com supedâneo no precedente retro da Corte, julgou-se, à unanimidade, pelo improvimento do recurso, considerando ser o DL 911/69 norma especial que regularia o procedimento aplicável, de modo que o art. 53 do CDC somente poderia ser aplicado para declarar nula eventual cláusula que expressamente previsse a perda total das parcelas pagas pelo consumidor em benefício do mutuário, o que não seria o caso dos autos. Insta salientar que o juízo de piso, cuja sentença proferida foi confirmada pelo eg. TJ/RJ e, posteriormente, pelo Colendo STJ, deparou-se com situação em que a consumidora havia adimplido com a maioria das parcelas do financiamento, já tendo alcançado dezoito (18) das vinte e quatro (24) parcelas acordadas, além da entrada do financiamento, quando veio a tornar-se inadimplente.

Sob a relatoria do Min. Castro Filho, o julgamento do REsp nº 166.753/SP¹³³ vem, por outro viés, afirmar a inexistência de antinomia entre o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor e o Decreto-lei 911/69, sob argumento de que a lei especial

¹³² **Alienação fiduciária. Art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. Restituição das prestações pagas. Cláusula nula de pleno direito. Precedentes da Corte.** 1. Tratando-se de contrato de compra e venda de veículo sob o regime da alienação fiduciária, não há falar em restituição integral das parcelas pagas, considerando que o devedor tem direito a receber o saldo apurado com a venda extrajudicial do bem, não sendo possível negar ao credor o direito a receber o valor do financiamento contratado. Descabe, portanto, a restituição ao devedor da totalidade do que pagou durante a execução do contrato. 2. Recurso especial conhecido e desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 437.451/RJ**. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 11 de fevereiro de 2003. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200601650&dt_publicacao=10/03/2003> Acesso em 13.11.2018).

¹³³ **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INADIMPLÊNCIA. RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. DESCABIMENTO. HIPÓTESE DO ARTIGO 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NÃO CARACTERIZADA.** A rescisão do mútuo com alienação fiduciária em garantia, por inadimplemento do devedor, autoriza o credor a proceder à venda extrajudicial do bem móvel para o ressarcimento de seu crédito, impondo-lhe, contudo, que entregue àquele o saldo apurado que exceda o limite do débito. Daí não se poder falar na subsunção da hipótese à norma do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, o qual considera nulas, tão-somente, as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, no caso de retomada do bem ou resolução do contrato pelo credor, em caso de inadimplemento do devedor, tampouco no direito deste de reaver a totalidade das prestações pagas. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 166.753/SP**. Relator: Min. Castro Filho. Brasília, 03 de maio de 2005. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199800169113&dt_publicacao=23/05/2005> Acesso em 13.11.2018).

impõe ao credor a restituição de eventual saldo da venda do bem fiduciado, não havendo que se falar em “perda total das prestações pagas”. Ressalta, ademais, que por terem as partes celebrado puramente um contrato de mútuo (com garantia de alienação fiduciária), e não de compra e venda, inexistente óbice à situação verificada no caso em tela, em que o montante já pago corresponderia ao triplo do valor financiado, o que de modo algum autorizaria a devolução das prestações.¹³⁴

No âmbito da alienação fiduciária de bens imóveis, cumpre referir a influente decisão monocrática do Min. Hélio Quaglia Barbosa em AgRg no Agravo de Instrumento nº 932.750/SP¹³⁵. Ante o “confronto” com o art. 53 do CDC, julgou-se pela prevalência do art. 27, §§ 4º, 5º e 6º da Lei 9.514/97, fazendo-se ressalva para o tratamento diferenciado que deve receber este contrato em relação à promessa de compra e venda. Frise-se que o aresto não esclarece se há conflito ou complementaridade das normas, mas refuta, quer no campo do conflito de leis no tempo, quer sob a ótica de inexistência de antinomia jurídica, a aplicação do dispositivo da lei consumerista¹³⁶, com arrimo nas importantes lições doutrinárias que merecem o destaque:

“[...] Se os casos de incompatibilidade são poucos, há neles, porém, clara prevalência da lei especial nova pelos critérios da especialidade e cronologia. Somente o critério hierárquico pode 'proteger' o texto 'geral' anterior incompatível. 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 se dá no caso da

¹³⁴ No mesmo sentido, cf. REsp nº 327.215/DF, REsp nº 363.810/DF e REsp nº 1.421.025/SP.

¹³⁵ AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 53, DO CDC. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. PREVALÊNCIA DAS REGRAS CONTIDAS NO ART. 27, §§4º, 5º e 6º, DA LEI Nº 9.514/97. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 932.750/SP**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 10 de dezembro de 2007. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoas/?num_registro=200701799764&dt_publicacao=08/02/2008> Acesso em 13.11.2018).

¹³⁶ “Observa-se, por conseguinte, que a solução da controvérsia, seja ela buscada no âmbito do conflito de normas, seja pela ótica da inexistência de conflitos entre os dispositivos normativos em questão, leva à prevalência da norma específica de regência da alienação fiduciária de bens imóveis, concluindo-se, por conseguinte, pelo descabimento da pretensão de restituição das prestações adimplidas, por força dos §§4º, 5º e 6º, do art. 27, da Lei nº 9.514/97” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 932.750/SP**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 10 de dezembro de 2007. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoas/?num_registro=200701799764&dt_publicacao=08/02/2008> Acesso em 13.11.2018).

lei sobre seguro-saúde, se houver incompatibilidade de preceitos. O exame da incompatibilidade deve ser, portanto, o ponto central da análise. Sendo assim, quanto mais específica for a norma do CDC e mais específica for a norma 'contrária' da lei nova, maior a probabilidade de incompatibilidade, e, então, é de ser afastada a aplicação do CDC para aplicar-se a lei nova"¹³⁷

Por outra via de solução, a incoerência de conflito de normas defendida por Chalhub e colacionada na decisão:

"[...] Considerando, assim, o conteúdo e a finalidade das normas em questão, cotejando-se as disposições do art. 27 da Lei nº 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 e função dessa garantia e do contrato de mútuo, pelo qual o devedor deve restituir integralmente a quantia tomada por empréstimo, enquanto o art. 53 do CDC apenas enuncia um princípio geral ao qual o art. 27 da Lei nº 9.514/97 de [sic] adequa perfeitamente"¹³⁸

Com supedâneo no julgamento supra, a decisão colegiada do AgRg no AgRg no REsp nº 1.172.146/SP¹³⁹, de relatoria do Min. Moura Ribeiro, fundamenta a preponderância dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514 pelos critérios da especialidade e cronologia, afastando o art. 53 do CDC. Assim, em caso de inadimplência do fiduciante, o bem deve, invariavelmente, ser levado a leilão público para a quitação

¹³⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 632-633 apud **AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 932.750/SP**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa.

¹³⁸ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 335 apud **AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 932.750/SP**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa.

¹³⁹ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSOS SIMULTÂNEOS. NÃO CONHECIMENTO DO POSTERIOR. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INADIMPLÊNCIA. ARTS. 26 E 27 DA LEI N. 9.514/1997. DECISÃO MANTIDA. 1. Pelo princípio da unirrecorribilidade, as decisões judiciais devem ser impugnadas por meio de um único recurso. No caso concreto, os embargos de declaração não devem ser admitidos, visto que opostos posteriormente ao agravo regimental. 2. Não há como conhecer de teses suscitadas apenas no agravo regimental por força da preclusão consumativa e por impossibilidade de inovação recursal. 3. A Lei n. 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, é norma especial e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor - CDC. Em tais circunstâncias, o inadimplemento do devedor fiduciante enseja a aplicação da regra prevista nos arts. 26 e 27 da lei especial. 4. Agravo regimental improvido e embargos de declaração não conhecidos. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AgRg no REsp nº 1.172.146/SP**. Brasília, 18 de junho de 2015. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902396490&dt_publicacao=26/06/2015> Acesso em 13.11.2018).

da dívida. Com efeito, o entendimento sagrou-se orientação una da Corte em julgados posteriores.¹⁴⁰

A análise da construção jurisprudencial do STJ permite constatar a resistência à aplicação simultânea das normas, verificando-se, constantemente, o afastamento do art. 53 do CDC ante a Lei 9.514/97 e o Decreto-lei 911/69 no que pertine à venda do bem fiduciado em decorrência do inadimplemento do devedor. Não se vislumbra nenhuma perspectiva de aplicação do dispositivo da lei consumerista para atribuir restituição ao devedor que não seja estritamente aos moldes da prescrição da legislação especial - *i.e.*, somente quando a venda do bem for exitosa e sobejar valor ao montante afetado ao pagamento da dívida -, aplicando-se, indistintamente, o critério de revogação pela *lex specialis* e, no caso da alienação fiduciária de bens imóveis, também pela *lex posterior*. De rigor, portanto, passar-se à análise da conformidade das leis nas duas hipóteses verificadas na fase patológica do contrato: a venda exitosa do bem para satisfação do crédito; e o insucesso da venda na alienação fiduciária de bens imóveis, e, via de consequência, sua integração definitiva ao patrimônio do credor.

4.2 A venda exitosa do bem fiduciado aos moldes do procedimento especial

Conforme já discorrido neste estudo, a vedação à imediata integração do bem ao patrimônio do credor decorre de lei. Uma vez verificado o inadimplemento do devedor, constituído este em mora, consolida-se a propriedade e impõe-se a venda (judicial ou extrajudicial) deste bem fiduciado para satisfação do crédito pendente, proibida sua aquisição, de pronto, pelo fiduciário. Mais do que isso, o procedimento especial impõe ao credor restituir o devedor no montante que sobejar o valor do débito - nele acrescidos os encargos e despesas decorrentes da retomada e venda do bem.

Perceba-se que o diálogo das fontes preconiza a aplicação simultânea e coerente das normas, determinando, em síntese, que a lei geral se aplique na relação naquilo em que é geral, ao passo que a lei especial deve ser aplicada

¹⁴⁰ Cf. REsp nº 1.531.144/PB, AREsp nº 1.309.858/DF, AREsp nº 1.247.617/SP e REsp 1.552.260/DF.

naquilo em que é especial. Ora, a Lei 8.078/90, ao reprimir as cláusulas abusivas nas relações de consumo - inclusive a cláusula de decaimento - o faz estabelecendo diretrizes amplas, as quais devem ser rigorosamente obedecidas pelas leis especiais, que dispõem com mais especificidade sobre os contratos albergados pelo CDC. Ocorre que, com relação às normas de caráter especial que regulam a alienação fiduciária - Lei 4.728/65, Decreto-lei 911/69 e Lei 9.514/97 -, não se constata, *a priori*, violação do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, ao que se coadunam perfeitamente, determinando os limites do proveito econômico do fiduciário dentro de suas balizas gerais, vedada a apropriação do bem, assim como a retenção do que exceder o crédito, resultante da sua venda (quando exitosa). Nesse diapasão, Cândido Rangel Dinamarco afirma que “o art. 53 do CDC enuncia um princípio geral de nulidade da cláusula que preveja a perda total das quantias pagas pelo devedor inadimplente”¹⁴¹, ao passo que o regramento especial dispõe com maior minúcia como se procederá a coibição à cláusula de perdimento.

É de se reconhecer que, malgrado o notório prejuízo que pode vir a ter o consumidor inadimplente, que está sujeito a obter restituição muito inferior ao montante que entregou ao fiduciário pelo bem retomado, este último não obtém proveito excessivo se exitosa a venda do bem, ao que concretiza, exclusivamente, o que lhe cabe de direito: o valor equivalente à prestação acordada no contrato principal. Nesse passo, convém destacar a configuração do contrato principal - de mútuo - ao qual a alienação fiduciária é acessória e se presta como garantia.

Veja-se que este contrato principal celebrado entre as partes é viabilizado e concede condições mais vantajosas de financiamento pela constituição da garantia de alienação fiduciária do bem, cuja aquisição da propriedade é a finalidade do consumidor. Não obstante, ao contrário do que ocorre na promessa de compra e venda, no contrato principal em questão - contrato de mútuo - o objeto é dinheiro, e não o bem fiduciado.¹⁴² Como é sabido, é pacífico na jurisprudência que, na resolução de contratos de promessa de compra e venda, de rigor se impõe a

¹⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato**. Revista de Direito Imobiliário. vol. 51/2001, p. 235 - 252, Jul - Dez / 2001. Doutrinas Essenciais de Direito Registral, vol. 5, p. 787 - 823, Dez/2011, DTR\2001\286. p. 11.

¹⁴² CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 348-349.

restituição de parte do que se pagou na vigência do financiamento, visando a coibir o enriquecimento ilícito, já que estas parcelas provêm do próprio patrimônio do promitente comprador, que não logrou concretizar a compra do bem.¹⁴³ Situação diversa ocorre no contrato de mútuo, em que o mutuante, originalmente, alcançou valor que deve ser restituído pelo mutuário (fiduciante), acrescidos juros remuneratórios. É, portanto, da natureza do contrato de mútuo que decorre a inadmissibilidade de se exigir do fiduciário que entregue parte do ativo do seu próprio patrimônio¹⁴⁴ quando, na ocorrência da resolução do negócio, for exitosa a venda do bem, sobejando, contudo, valor inferior ao despendido pelo fiduciante.

Em termos práticos, a cláusula de perdimento proibida pelo art. 53 do CDC corresponde à retenção da totalidade das prestações pagas concomitantemente à “retomada do produto alienado”. Nesse diapasão, a *mens legis*, em consonância com o art. 51, é no sentido de evitar o enriquecimento sem causa do fiduciário, ocasionado justamente pela obtenção de proveito econômico que exceda o acordado no contrato de mútuo - seja pela retenção do excedente ao crédito no produto da venda, seja pela cumulação da retenção das parcelas pagas com a integração do bem fiduciado em seu patrimônio, totalizando um importe econômico deveras superior ao que lhe seria devido. Com efeito, havendo sucesso na venda do bem, concretizando-se, portanto, a garantia, não há que se falar em enriquecimento sem causa, já que o excedente ao valor do crédito deve ser revertido em proveito do consumidor, ao passo que o credor obtém, enfim, a prestação avençada no contrato principal de mútuo. Dessa feita, não se verifica vantagem excessiva do credor, já que este não opera a retomada definitiva do bem fiduciado (o que por certo configuraria o exercício da abominável cláusula comissória), valendo-se puramente de sua finalidade de garantia para satisfação do crédito que lhe cabe.¹⁴⁵ Ausente a

¹⁴³ Sobre a promessa de compra e venda de bens imóveis, a Súmula n° 543: “Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 543**, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27543%27\).sub.#TIT1TEM_A0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27543%27).sub.#TIT1TEM_A0)> Acesso em 16.11.2018).

¹⁴⁴ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 349.

¹⁴⁵ A retomada da posse direta do bem não se dá de forma definitiva. Uma vez que a propriedade fiduciária é, para o credor, resolúvel, impende a venda do bem para realização do crédito.

dupla vantagem, não há que se falar em enriquecimento ilícito e, de tal sorte, não configurado o desequilíbrio contratual.

Esta estrutura de compensação e restituição das partes, desde que bem-sucedida a venda do bem, permite-nos concluir pela ausência de antinomia jurídica entre as leis especiais e o art. 53 do CDC, ainda que se deva admitir a possibilidade de restar o consumidor em notório prejuízo, caso o resultado da venda não lhe seja favorável. Fundamental, entretanto, é ressaltar que este prejuízo não terá como contrapartida um benefício excessivo do credor. Assim, em que pese a tendência do Superior Tribunal de Justiça de inadmitir a restituição ao consumidor além do montante que exceder o valor da dívida na venda do bem por afastamento do art. 53 em detrimento do art. 2º do Decreto-lei 911/69 (quando bem móvel) ou dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97 (quando bem imóvel), mais correto seria o assentamento da aplicação conjunta das leis, neste particular atendendo à regulação minuciosa das leis especiais, mas sem o rompimento com o Código de Defesa do Consumidor. A lei especial, apesar de definir o procedimento de forma mais específica, não provoca revogação tácita do CDC, tendo em vista que o campo de aplicação do Códex é muito mais amplo¹⁴⁶, desempenhando diferente função na regulação do negócio jurídico. Nesse sentido, não há incompatibilidade - *antinomia real* - que justifique seu afastamento.

A “revogação” corresponderia, conforme Claudia Lima Marques, à “morte” da norma jurídica, significando a remoção da sua força vinculativa, por incompatível com outras normas do ordenamento jurídico.¹⁴⁷ Contudo, é o art. 53 do CDC que, vedando em linhas gerais a cláusula de decaimento nas relações de consumo, emite a base principiológica a ser confirmada pela lei especial, simultaneamente aplicável. Tendo em vista a hierarquia constitucional do Código¹⁴⁸, os princípios de proteção do consumidor deverão determinar a interpretação e aplicação da lei especial no

¹⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 692.

¹⁴⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 131.

¹⁴⁸ MARQUES, op. cit., p. 694.

caso concreto.¹⁴⁹ Não se trata, portanto, propriamente de uma prevalência da lei especial e afastamento da lei geral (CDC), mas sim um diálogo de coerência e complementaridade em que, sendo exitosa a venda do bem (na ocorrência de inadimplemento ou mora do devedor), as consequências ditadas pelas leis especiais sobre o tema, *a priori*, estão em consonância com as diretrizes da lei geral.

4.3 Definitiva integração do bem ao patrimônio do credor: a “solução” da Lei 9.514/97

A despeito da sintonia do procedimento de restituição após a venda do bem fiduciado com o art. 53 do CDC, diferente conclusão se obtém quando, na seara dos financiamentos imobiliários do SFI, resta infrutífera a venda nos dois leilões públicos, cuja realização é compulsória por força do art. 27, §§ 4º e 5º da Lei 9.514/97. A Lei, regulando a alienação fiduciária de bens imóveis, concede, exclusivamente aos financiamentos com finalidade habitacional¹⁵⁰, exceção à regra da venda do bem, que caracteriza a propriedade resolúvel imanente a este contrato de garantia. Na ausência de licitantes em segundo leilão, a aparente solução conferida foi a liberação do devedor com relação ao débito remanescente e a incorporação definitiva do imóvel no patrimônio do credor para pagamento da dívida, assim produzindo espécie de “adjudicação compulsória da propriedade definitiva do bem”¹⁵¹.

Ocorre que a hipótese autorizada, ao conceder igual exoneração ao fiduciário, representaria, como se verá, efetiva mácula do equilíbrio contratual, não encontrando guarida nos dispositivos da lei consumerista que vedam as cláusulas abusivas analisadas. Ao contrário do que se verifica quando há sucesso na venda do bem - com a compensação equilibrada e justa dos prejuízos das partes -, as consequências promovidas pela Lei do SFI podem importar benefício flagrantemente

¹⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 694.

¹⁵⁰ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal**. In: Direito das garantias. Coordenadoras: Gisela Sampaio da Cruz Guedes; Maria Celina Bodin de Moraes; Rose Melo Vencelau Meireles. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 235.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 221.

desproporcional à instituição credora, subvertendo a cláusula de decaimento e, em última análise, a cláusula geral da boa-fé.

Ao dispor que não havendo lance no valor mínimo exigido para a arrematação em segundo leilão o credor exonera-se da obrigação de restituir o proveito econômico do bem que exceder o débito, está-se, na prática, impondo adjudicação deste bem pelo exato valor da dívida, ignorando-se seu real valor à data da incorporação, bem como o total da dívida pendente. Daí decorre a comparação dos efeitos do procedimento especial com a cláusula comissória.

Lafayette Rodrigues Pereira, ao lecionar sobre os direitos reais de garantia, bem salientou a ilicitude do pacto comissório, sendo este a avença de que “se a dívida não fôr paga no prazo ajustado fique a coisa vendida de pleno direito ao credor”¹⁵². Esta venda independeria do valor do bem dado em garantia, já que se perfectibilizaria por preço correspondente à dívida a tempo do inadimplemento. Opera-se a despeito do saldo devedor ser incompatível com o valor da garantia, liberando o credor de indenizar o devedor pela diferença aproveitada.

A doutrina desmembra o pacto comissório em expresso e tácito. Enquanto o primeiro decorre de cláusula contratual expressa, o pacto comissório tácito ocorre quando a lei, no silêncio do contrato, permite ao contratante requerer a resolução em razão do inadimplemento da outra parte.¹⁵³ Ambas têm como consequência a desobrigação da parte de cumprir com a sua prestação, tendo em vista a falha da contraparte.¹⁵⁴ Necessária, entretanto, a diferenciação destas duas espécies para o pacto comissório adjunto a um contrato de garantia, este sim importando na possibilidade de aquisição do bem atribuindo-se-lhe valor correspondente ao que remontar a dívida, para integral satisfação do crédito.¹⁵⁵

¹⁵² PEREIRA, Lafayette R. **Direito das coisas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956. p. 397.

¹⁵³ FARINA, Juan M. **El pacto comisorio: precedido por un estudio sobre la rescisión y resolución de los contratos**. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1961. p. 73.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 49.

¹⁵⁵ “Differenza bisogna fare tra patto commissorio come clausola risolutiva espressa a tacita, e patto commissorio come clausola aggiunta al contratto di pegno, all’anticresi, all’ipoteca. La prima fa sì che nei contratti bilaterali perfetti in caso d’inadempimento, la parte adempiente venga ad essere autorizzata a non adempiere; la seconda consiste invece come è noto nel patto aggiunto di solito ai contratti surriferiti, per il quale, se alla scadenza il debitore non adempie, il creditore, sic et simpliciter,

Saliente-se que não é a possibilidade de adjudicação compulsória da coisa que merece, por si só, a tutela do Estado, mas sim a sua aquisição de forma indistinta, sem que haja a necessária restituição do valor excedente à satisfação do crédito a que a garantia se presta.¹⁵⁶ Esta faculdade concederia ao credor garantia máxima, restando em situação de extrema vantagem.¹⁵⁷

A vedação do pacto comissório possui duas finalidades imediatas: a proteção do devedor e a preservação do princípio da *par conditio creditorum*.¹⁵⁸ Se por um lado quer-se coibir a onerosidade excessiva do devedor, pretende-se, ainda, resguardar os direitos creditórios dos demais credores, visando a coibir que um dos credores - aquele que detém a “super garantia” - avance sobre o patrimônio do devedor para além do que lhe cabe de direito. Nesse sentido, refere Lojacono lição de Carnelutti:

Per Carnelutti la ragione del divieto sta nella necessità di tutelare oltre il debitore anche altri eventuali creditori chirografari di questo, i quali verrebbero, se fosse valido il patto commissorio, ad essere defraudati di una parte di patrimonio maggiore di quella destinata al soddisfacimento del creditore privilegiato.¹⁵⁹

Efetivamente, o bem fiduciado tem a finalidade de garantia do crédito do fiduciário no contrato principal de mútuo, mas esta garantia - sobretudo em uma relação de consumo, irradiada pela proteção do consumidor prestada pelo Código de Defesa do Consumidor ante a onerosidade excessiva e as obrigações abusivas nos contratos - deve ter, como é óbvio, sua extensão limitada ao valor do crédito, de modo que a retenção das prestações já pagas na vigência do contrato de financiamento cumulada com a integração definitiva do bem ao patrimônio do credor

è autorizzato ad appropriarsi completamente e definitivamente della cosa, mobile o immobile oggetto del contratto di garanzia.” (LOJACONO, Vincenzo. **Il patto commissorio nei contratti di garanzia**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952. p. 21-22).

¹⁵⁶ LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. **Breves considerações sobre a importância da alienação fiduciária em garantia e a necessidade de uma nova interpretação do pacto comissório**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Lima-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>>. Acesso em 23.11.2018. p. 14.

¹⁵⁷ LOJACONO, op. cit., p. 22.

¹⁵⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano**. Rev. Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 70, pp. 51 – 77, jan./jun. 2017. p. 54. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1840/1743>>. Acesso: 23.11.2018.

¹⁵⁹ LOJACONO, op. cit., p. 24.

pode, a depender do caso concreto, extrapolar o importe econômico devido, rompendo o equilíbrio contratual e promovendo enriquecimento sem causa.

O exercício da *lex commissoria* nos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis provoca, inequivocamente, a ocorrência da “retomada do bem” ressalvada pelo *caput* do art. 53, CDC, bem como a “perda total das prestações pagas” no contrato. Impende, no caso concreto, conjugar as especificidades para a análise da equidade, a fim de se examinar a existência de vantagem exagerada para o credor.

Nessa senda, em vista da impositiva aplicação conjunta do Código de Defesa do Consumidor - notadamente os arts. 51, IV e 53 - com a Lei 9.514/97, verifica-se a possibilidade de, no caso concreto, atendendo às circunstâncias específicas, ser arbitrado pelo julgador *quantum* a ser restituído ao consumidor em caso de integração do imóvel ao patrimônio da instituição credora, a fim de promover equilíbrio contratual, sem prejuízo de nenhuma das partes. Veja-se ainda que o imóvel dado em garantia está sujeito à variação de valor pelo acréscimo de benfeitorias ou outras circunstâncias que eventualmente importam em valorização ou desvalorização.

Parte da doutrina sugere a adoção do pacto marciano¹⁶⁰ como solução do problema. Referido pacto corresponde ao acerto da aquisição pelo credor do bem dado em garantia, previamente avaliado por terceiro, em que se restitui a diferença entre o valor de avaliação e o saldo devedor. Conquanto eficaz, tal avença não há de ser impositiva ao fiduciário, sendo mera faculdade das partes seu acerto na celebração do contrato principal, razão pela qual não se afigura uma alternativa prática à controvérsia, já que os contratos - mormente de adesão - já beneficiam sobremaneira o credor, concedendo-lhe a integração do bem sem contrapartida em

¹⁶⁰ Cf. TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano.** Rev. Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 70, pp. 51 - 77, jan./jun. 2017. p. 66. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1840/1743>>. Acesso: 23.11.2018. “Refere-se Lafayette Pereira ao chamado pacto marciano, assim entendido o acordo acessório por meio do qual as partes conferem ao credor, diante do inadimplemento absoluto do devedor, a faculdade de se apropriar do bem objeto da garantia, desde que (i) o bem seja previamente submetido à avaliação independente, levada a cabo por terceiro, (ii) e que se restitua ao devedor a quantia que, eventualmente, sobejar o valor da dívida.”

caso de inadimplemento do devedor. Certo é que a compensação deverá vir da casuística.

Seguramente há casos em que a desvalorização do bem fiduciado, a pendência do pagamento de número expressivo de parcelas do financiamento ou mesmo a falta de liquidez da garantia podem obstar a imposição de qualquer restituição, mas em casos em que se verifica o inverso, a ampla vantagem (sobretudo vantagem técnica e econômica) do fornecedor deve, igualmente, onerá-lo nas consequências da resolução do contrato, sobretudo porque este anuiu com a afetação do(s) bem(ns) individualizado(s) na celebração do contrato para a satisfação de seu crédito, ciente do potencial de sua garantia.

O Código de Defesa do Consumidor emana valores incompatíveis com a hipótese do enriquecimento sem causa do fiduciário, a carência de equilíbrio contratual, as obrigações abusivas impostas ao consumidor fiduciante, a onerosidade excessiva no financiamento e a violação da boa-fé. Imperiosa a aplicação do Código, valendo-se da teoria do diálogo das fontes como instrumento promotor da proteção constitucional do consumidor.

5 CONCLUSÃO

A alienação fiduciária em garantia é contrato cuja introdução no sistema jurídico brasileiro foi de notória importância, cumprindo função de conceder garantia real – a propriedade fiduciária – que melhor atende às necessidades do mercado. Oferece às instituições financeiras maior segurança na retomada do investimento, ao mesmo tempo em que permite a ampliação do mercado de consumo, ao reduzir os requisitos e melhorar as condições de financiamento no oferecimento de crédito.

Está claro, entretanto, que o acesso do consumidor a determinados bens (móveis e imóveis), viabilizado pelo novo contrato, pode expô-lo a relações marcadas pelo desequilíbrio contratual, em que as partes não se encontram igualmente amparadas pela legislação especial que regula o contrato em caso de malogro do negócio. Com efeito, sua adoção como principal contrato de garantia pelas instituições financeiras se deve, especialmente, pelos reduzidos riscos que confere ao credor. Em caso de inadimplemento do fiduciante, assegura um procedimento de satisfação do crédito que muito o beneficia, por via de célere excussão do bem.

Sendo bem sucedida a venda judicial ou extrajudicial, caberá ao fiduciante exclusivamente o que sobejar o valor do débito pendente. Embora o montante restituído possa, em muitos casos, representar valor irrisório em comparação ao que foi despendido ao longo de todo o financiamento, a natureza do contrato principal de mútuo inviabiliza a imposição de restituição superior, já que não seria admissível compelir o mutuante a retirar do seu próprio patrimônio parte do que legitimamente recebeu como prestação do empréstimo concedido. Dessa feita, o prejuízo que experimenta o consumidor não é atrelado a qualquer benefício adicional obtido pelo credor, não havendo violação direta aos artigos 51,IV e 53 do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, na seara da alienação fiduciária de bens imóveis, a sistemática excepcional conferida quando não for exitosa a venda do bem em nenhum dos dois leilões fixados pela Lei 9.514/97 permite concluir pela concreta possibilidade de se configurar desequilíbrio contratual, se não for permitida, em

nenhuma hipótese, a restituição de parte do valor adimplido pelo consumidor. É que a consolidação da plena propriedade do bem fiduciado cumulada à retenção das parcelas pagas pode importar em proveito econômico muito superior ao devido, caracterizando enriquecimento sem causa do fiduciário, ao permitir-se consumir a dupla vantagem análoga ao pacto comissório.

A pluralidade de leis existente hoje no ordenamento jurídico já não permite mais a revogação tácita de normas exclusivamente através dos critérios clássicos de hierarquia, cronologia e especialidade. Seria de manifesta injustiça aos vulneráveis a aplicação exclusiva da lei especial, ignorando-se o imperioso diálogo com a protetiva lei consumerista, de origem constitucional, que, indubitavelmente, também regula a relação. Assim, assentar-se a tese da impossibilidade de restituição das prestações pagas pelo consumidor em qualquer circunstância, pelo afastamento do CDC, seria atribuir ao consumidor – sujeito vulnerável da relação - todos os riscos do negócio, o que não pode ser admitido.

A solução do impasse quanto às leis aplicáveis requer o exercício de concreção do juiz para, com subsídio nas particularidades do caso concreto, determinar a extensão da aplicação da lei geral, para fins de promoção da equidade, da boa-fé e do equilíbrio contratual. Mister, portanto, a utilização do diálogo das fontes, instrumento mais eficaz à consagração dos princípios elementares do direito do consumidor e capaz de reconstituir a coerência do sistema plurinormativo, assegurando, ao fim e ao cabo, a concretização da garantia da proteção do consumidor prevista na Constituição Federal ao proporcionar, efetivamente, a defesa dos mais fracos ante os abusos perpetrados nas relações de consumo.

Por fim, a monografia obtém resultados satisfatórios que permitem concluir pela violação parcial do Código de Defesa do Consumidor, referendada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no campo da alienação fiduciária de bens imóveis. Na tentativa de fomentar a crítica do procedimento especial de venda do bem fiduciado, a tese proposta, ainda contramajoritária na doutrina, é passível de intenso debate, de modo que a presente pesquisa não pretende, em absoluto, cumprir a função de exaurir a matéria.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. **Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro**. In: Contratos Nominados. Coordenador Youssef Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Direito Romano**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor**, publicada pela Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança. p. 9. Disponível em <<https://www.abecip.org.br/download?file=alienacao-fiduciaria-e-direitos-do-consumidor9.pdf>>

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro**. Revista de Direito Civil RDCiv 22/36 out.-dez./1982.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sociedades anônimas e mercado de capitais, v. 1**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. **A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem à Erik Jayme** In: Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisa. GRUNDMANN, Stefan; BALDUS, Christian; MARQUES, Claudia Lima. Porto Alegre: Orquestra, 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas, V. II**, 5ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Decreto-Lei nº 911/1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm>.

_____. Decreto-lei nº 4.657/1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>.

_____. Lei nº. 3.071/1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>.

_____. Lei nº. 8.078/1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>.

_____. Lei nº 9.514/1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm>.

_____. Lei nº 10.406/2002. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO nº 932.750/SP**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 10 de dezembro de 2007. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoos/?num_registro=200701799764&dt_publicacao=08/02/2008>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AgRg no REsp nº1.172.146/SP**. Brasília, 18 de junho de 2015. Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902396490&dt_publicacao=26/06/2015>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 166.753/SP**. Relator: Min. Castro Filho. Brasília, 03 de maio de 2005. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199800169113&dt_publicacao=23/05/2005>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 250.072/RJ**. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. 01 de junho de 2000. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=200000211117&dt_publicacao=07/08/2000>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 437.451/RJ**. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 11 de fevereiro de 2003. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200601650&dt_publicacao=10/03/2003>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.132.943/PE**, 4ª Turma, julgado em 27.08.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 27.09.2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900634486&dt_publicacao=27/09/2013>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.418.593/MS**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 14 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1320592&num_registro=201303810364&data=20140527&formato=PDF>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 297**, Segunda Seção, julgado em 12/05/2004, DJ 09/09/2004, p. 149. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 543**, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27543%27\).sub.#TIT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27543%27).sub.#TIT1TEMA0)>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn nº 2.591-1/DF**. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator Originário: Min. Carlos Velloso. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 07 de junho de 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1990517>>.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato**. Revista de Direito Imobiliário. vol. 51/2001, p. 235 - 252, Jul - Dez / 2001. Doutrinas Essenciais de Direito Registral, vol. 5, p. 787 - 823, Dez/2011, DTR\2001\286.

FABIAN, Christoph. **Fidúcia: negócios fiduciários e relações externas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A alienação fiduciária de imóveis: aspectos processuais da lei nº 9.514/97**. In: Ensaios de direito processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FARINA, Juan M. **El pacto comisorio: precedido por un estudio sobre la rescisión y resolución de los contratos**. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1961.

FORSTER, Nestor José. **Alienação Fiduciária em Garantia**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editôra, 1970.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Gaius Institutes. texte établi et traduit par Julien Reinach. Paris: Les Belles Lettres, 1950.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4.^a ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal**. In: Direito das garantias. Coordenadoras: Gisela Sampaio da Cruz Guedes; Maria Celina Bodin de Moraes; Rose Melo Vencelau Meireles. São Paulo: Saraiva, 2017.

Institutas do Jurisconsulto Gaio / tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. **Breves considerações sobre a importância da alienação fiduciária em garantia e a necessidade de uma nova interpretação do pacto comissório**. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Lima-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>>.

LIMA, Otto de Sousa. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1962.

LIPARI, Nicolò. **Il Negozio Fiduciario**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964.

LOJACONO, Vincenzo. **Il patto commissorio nei contratti di garanzia**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **A codificação do direito privado no século XXI**. In: Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisa. GRUNDMANN, Stefan; BALDUS, Christian; MARQUES, Claudia Lima. Porto Alegre: Orquestra, 2017.

MARIGHETTO, Andrea. **O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do direito**. In: Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. Coordenadora Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme**. In: Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. Coordenadora Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 72/2009, p. 41-77, out-dez/2009.

_____. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: Parte especial, Tomo III: Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado: Parte geral, Tomo V: Eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado: Parte especial, Tomo XXV: Direito das obrigações: Extinção das dívidas e obrigações, dação em soluto, confusão, remissão de dívidas, novação, transação, outros meios de extinção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OPITZ, Oswaldo; OPITZ, Silvia C. B. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

PACHI, Eduardo. **Aspectos práticos: utilizar alienação fiduciária ou hipoteca?** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. vol. 61/2013 p. 117 130 jul - Set / 2013 DTR\2013\8468.

PEREIRA, Lafayette R. **Direito das coisas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. V. IV: Direitos reais.** 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook.

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

SCHMITT, Cristiano Heineck, **Cláusulas abusivas nas relações de consumo.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar.** 6. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Luiz Augusto Beck da. **Alienação fiduciária em garantia: história, generalidades, aspectos processuais, ações, questões controvertidas, legislação e jurisprudência.** 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 4: direito das coisas.** 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. Ebook.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano.** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 70, pp. 51 - 77, jan./jun. 2017.

WALD, Arnoldo. **Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento.** Revista de Direito Imobiliário, vol. 51/2001, p. 253-279, jul-dez/2001.