



Escola da Magistratura do Rio de Janeiro

Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor

Renata Seixas Amante Fares

Rio de Janeiro
2011

RENATA SEIXAS AMANTE FARES

A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do Título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Néli Fetzner

Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI N. 8.078/90)

Renata Seixas Amante Fares

Graduada pela Universidade de Direito de Barra Mansa. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade de Barra Mansa.

Resumo: A alienação fiduciária em garantia sobre bem imóvel foi Introduzida pela Lei 9514/97. Tal instituto serve para garantir os financiamentos imobiliários com a agilidade e segurança que o setor requer, além de possuir função econômica. Com o adimplemento da obrigação, a propriedade resolúvel do credor fiduciário automaticamente se extingue e o imóvel passa para a propriedade plena do devedor. Ao contrário, se a dívida não for paga no vencimento, o credor providenciará a constituição em mora do devedor fiduciante que, uma vez inerte, perderá a propriedade do bem, surgindo discussões sobre a legalidade de tal medida.

Palavras-chaves: Alienação. Imóvel. Consumidor.

Sumário: Introdução. 1- Alienação Fiduciária em Garantia e sua Origem. 2 – Conceito e Natureza Jurídica da Alienação Fiduciária em Garantia. 3 – Alienação fiduciária em Garantia de Bens Imóveis. 4 – Leilão Extrajudicial e sua Constitucionalidade. 5 - Princípios norteadores das relações contratuais. 6 – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia de Bens Imóveis. 7 - Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei N. 9.514/97, a qual introduziu a alienação fiduciária de bens imóveis no ordenamento jurídico, alguns questionamentos surgiram, em especial, quanto à aplicação ou não da Lei n. 8.078/90 que regula as relações consumeristas, já que o art. 1.368-A do Código Civil, em relação às propriedades fiduciárias, previstas em leis especiais, criou regra clara a fim de evitar o conflito de normas e, por sua vez, determina a aplicação destas. Sob esse

enfoque, as discussões que se pretende enfrentar resumem-se, em síntese, na licitude da cláusula de decaimento ou perdimento das prestações e a proteção especial do consumidor como garantia fundamental, nos termos do art. 5º, inciso XXXVII da Constituição da República (CRFB). Em contrapartida, a necessidade de garantir maior agilidade e segurança ao setor de financiamento imobiliário e a repercussão econômica no mercado dessas relações que a cada dia apresentam-se mais volumosas, dados os incentivos creditícios implementados pelos últimos governos. Certo é que, existem, basicamente, duas correntes, que abordam o assunto, uma permitindo a restituição de parte do que se pagou para evitar o enriquecimento sem causa e, portanto, defendendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à propriedade fiduciária imóvel. Nesse sentido, Marco Aurélio Bezerra de Melo e outra corrente, captaneada por Afrânio Carlos Camargo Dantzger, que aplica literalmente a Lei n. 9.514/97 que regula de forma específica o instituto em comento, admitindo, portanto, a perda integral das prestações pagas.

O presente trabalho seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, abordará a evolução histórica do instituto da alienação fiduciária em garantia, para melhor compreensão do tema, e os posicionamentos doutrinários sobre a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor. Ainda, a licitude do perdimento das prestações pagas pelo devedor e as possíveis consequências dessa medida e, por fim, a incidência da Teoria do adimplemento substancial aos contratos realizados por alienação fiduciária de bem imóvel.

Como se verá no desenvolver do trabalho, em síntese, os principais fundamentos para a aplicação da Lei 8.078/90 (CDC), encontram-se na Carta Magna Federal, que inclui a vulnerabilidade e a necessidade de proteção especial do consumidor como garantida fundamental e como princípio da ordem econômica (art. 170, V da CRFB), que por sua vez, veda o enriquecimento sem causa. Em sentido oposto, temos a tese da revogação tácita do art. 53 do Estatuto Consumerista em relação à propriedade fiduciária imóvel, uma vez que a Lei n. 9.514/97 é especial e posterior ao diploma consumerista.

A pretensão que se busca alcançar é justamente apresentar posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, abordar a importância dos institutos e a proteção que deve ser conferida às partes envolvidas.

1- ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E SUA ORIGEM

O vocábulo fidúcia derivado do latim *fidúcia*, de *fidere* (confiar), é tido como a própria confiança ou fidelidade, querendo, assim, significar o pontual e exato cumprimento de um dever. Na terminologia do Direito Romano, significava a venda fictícia ou a venda que se fazia ao credor, com a condição de ser desfeita, ou ser transferido novamente o bem ao devedor, quando este pagasse integralmente a dívida¹.

A origem do instituto é buscada no sistema anglo-saxão, através do *trust receipt*, instituído para atender a financiamento de revendedores de bens duráveis, pelo qual recebiam numerário correspondente a parte do custo das mercadorias que lhes eram entregues, em regime de confiança, devendo resgatar a dívida quando da comercialização dos bens.

No Direito Romano, a fidúcia compreendia a fidúcia *cum amico* e a fidúcia *cum creditore*. Como define Bezerra de Melo², pela primeira, uma pessoa transferia a propriedade a um amigo diante de um estado de calamidade, guerra ou qualquer outro perigo de perecimento para o bem. Realizava o ato de alienação confiando que passada a situação de risco, o bem seria restituído ao alienante, não tendo, portanto, função de garantir o crédito. A segunda modalidade de fidúcia é que chegou, com algumas alterações, aos dias atuais, como instrumento de garantia ao credor na medida em que o devedor (fiduciante) transferia a propriedade ao credor

¹ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 613.

² BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 461.

(fiduciário), confiando que este, uma vez quitada a obrigação, devolveria o bem ao transferente”.

Em ambos os casos, havia uma atribuição patrimonial em confiança a outrem.

No Brasil, o diploma inaugural do instituto da alienação fiduciária em garantia foi o artigo 66 da Lei n. 4.728/1965, que tratava dos mercados de capitais e disciplinava seu desenvolvimento. Posteriormente, ganhou contornos materiais e processuais definitivos com o Decreto-lei n. 911/69, que alterou a redação do art. 66 da referida lei e em seus nove artigos disciplinou a garantia fiduciária, demonstrando grande utilidade para o mercado negocial. Até então, o instituto era restrito a bens móveis e duráveis, o que só mudou em 1997, com o surgimento da Lei n. 9.514 que cuidou exclusivamente da alienação fiduciária de bens imóveis. O instituto sofreu nova configuração por força da Lei n. 10.931/2004, a qual teve por finalidade maior criar o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias.

Ressalta-se que todas as normas referentes à propriedade fiduciária contidas na Lei n. 4.728/1965 e no Decreto-lei n. 911/1969, aplicam-se exclusivamente às instituições financeiras e pessoas jurídicas equiparadas, sendo certo que as demais pessoas não podem celebrar contrato de alienação fiduciária em garantia. Diferentemente, a alienação fiduciária de bem imóvel poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI).

À toda evidência, as partes contratantes deverão ser capazes e legitimados para o negócio, em conformidade com as exigências das competentes leis, já que o contrato de alienação fiduciária de bens imóveis encerra a transmissão da propriedade do imóvel do devedor-fiduciante para o credor-fiduciário e, com o advento da condição resolutiva, o retorno da propriedade para o fiduciante ou havendo inadimplemento contratual, a transmissão é do credor fiduciário para terceiros, a fim de obter a satisfação de seu crédito.

Com essa legitimidade contratual da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, o que o legislador quis foi certamente propiciar um novo instrumento de dinamização das atividades imobiliárias em respeito à economia e a viabilidade de maior geração de empregos.

Pelas origens históricas, é possível verificar que o instituto da alienação fiduciária, utilizado no Brasil, foi inspirado em outros institutos congêneres, mais se assemelhando a *fidúcia cum creditore*.

2 – CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Para Bezerra de Melo,³ a alienação fiduciária em garantia ou propriedade fiduciária é o direito real de garantia pelo qual o devedor aliena ao credor, para fins de garantia, a propriedade de um bem em caráter resolúvel e a posse indireta, permanecendo o devedor com a posse direta, tornando-se proprietário pleno com a quitação integral da obrigação à qual adere.

Caio Mário da Silva Pereira,⁴ define o instituto como sendo a “transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de uma tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida”. Já para Flávio Tartuce e José Fernando Simão⁵, a alienação fiduciária em garantia constitui um negócio jurídico que traz como conteúdo um direito real de garantia sobre coisa própria. Isso porque o devedor fiduciante aliena o bem adquirido a um terceiro, o credor fiduciário, que paga o preço ao alienante originário.

³BEZERRA DE MELO, op. cit., p. 463.

⁴PEREIRA *apud* BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio, *ibidem*, p. 463.

⁵TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F. *Direito das coisas*. São Paulo: Método, 2011, p. 531.

Constata-se que o credor fiduciário é o proprietário da coisa, tendo, ainda, um direito real sobre a coisa que lhe é própria. Como pagamento de todos os valores devidos, o devedor fiduciante adquire a propriedade, o que traz a conclusão de que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel. Estando envolvidos no negócio: o vendedor, o comprador e o credor, este tem a propriedade resolúvel da coisa.

Dantzer⁶ define a alienação fiduciária, como o instituto contratual pelo qual o devedor de uma obrigação principal, que na maioria esmagadora das vezes é um contrato de mútuo, como garantia de que efetivamente irá honrar sua obrigação e quitar sua dívida, transfere ao credor a propriedade de um determinado bem, sob condição resolúvel expressa, ou seja, uma vez quitada a dívida perante o credor, fiduciário, resolvida estará também a propriedade que lhe foi transferida em garantia do cumprimento da obrigação e, então, o devedor, fiduciante, terá novamente agregado ao seu patrimônio a propriedade plena da coisa outrora alienada fiduciariamente e, conseqüentemente, recobrará de igual modo a posse indireta do bem, que até o efetivo cumprimento da obrigação permanecia em poder do fiduciante.

Dos conceitos esposados, é possível identificar duas características básicas do instituto: a resolubilidade, na medida em que se atribui ao credor da obrigação a propriedade resolúvel, transferida ao fiduciário somente para garantia da dívida, que ficará com a posse direta e a possibilidade, desde que ocorre o adimplemento, de consolidar a propriedade plena; e a restrição a propriedade, haja vista que a propriedade do credor é temporária, pois o devedor aliena o bem com a firme expectativa de recuperar o domínio e assim sucederá obrigatoriamente no momento do adimplemento da obrigação.

No que concerne à natureza jurídica do instituto, há algumas divergências doutrinárias. Assim, para Dantzer⁷, trata-se indubitavelmente de contrato acessório, isto porque nunca se viu ou se verá efetivar-se um contrato de alienação fiduciária em garantia independente de outro

⁶ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Método, 2010, p. 41.

⁷ *Ibidem*, p. 34.

contrato, principal, pois é este que, ao reclamar uma garantia para o seu cumprimento, faz surgir aquele.

Para o referido autor, a alienação fiduciária se dá por um contrato típico, formal, bilateral pela onerosidade⁸ e explica a acessoriedade com o entendimento de Frederico Henrique Viegas de Lima de que:

A alienação fiduciária, como negócio de garantia que é, se desenvolve como um direito acessório, dependente de uma obrigação principal, notadamente um contrato de mútuo, pelo qual o devedor – chamado de fiduciante – realiza, por si, ou por intermédio de terceiro, a entrega de bem imóvel, para o credor – dito fiduciário -, em propriedade resolúvel, enquanto durar a obrigação principal. A acessoriedade, inerente à propriedade fiduciária em geral, consoante prescreve o art. 648 do Código Civil, sujeita o bem, por vínculo real, ao destino da obrigação principal. Isto quer dizer que a sorte da propriedade fiduciária está intimamente ligada ao da obrigação principal. Ou seja, por exemplo, uma vez que haja o adimplemento da obrigação principal, extinguem-se todos os direitos reais concedidos na sua pendência.⁹

Majoritariamente, tem-se que é um contrato que, estando devidamente registrado no competente registro, tem o poder de constituir um direito real de garantia, embora não conste entre os direitos reais de garantia (art. 1361 a 1368, do Código Civil).

3 – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS

A alienação fiduciária em garantia de bem imóvel foi introduzida, no direito brasileiro, pela Lei n. 9.514/97, em especial nos art. 22 a 33, que dispõe sobre o Sistema Financeiro de Habitação.

Como bem define o art. 22 desse diploma legal, a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: “é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”. Tal conceito é claro ao prever que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel, uma vez que

⁸ Ibidem, p. 53.

⁹ DE LIMA, *apud* DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo, op. cit., p. 43.

adimplida a obrigação, geralmente concernente em um financiamento, o devedor fiduciante consolida a propriedade plena em seu nome.

Assim, com o pagamento da dívida e encargos, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel. Se esse pagamento ocorrer, no prazo de 30 dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato. Mediante apresentação desse termo, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária. Ao contrário, se não houver pagamento da dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário, respeitados os procedimentos prévios.

Na alienação fiduciária de bem imóvel, há necessidade de constituição em mora do fiduciante, a qual se dará por meio de intimação. Dada a natureza e relevância do bem, todo rigor será necessário para essa constituição em mora, o que implica em afirmar que essa intimação será necessariamente pessoal, ou seja, na figura do fiduciante ou de seu representante legal e, somente na falta desses é que a intimação dar-se-á por edital, nos termos do § 4º, do art. 26, da Lei n. 9.514/97. Contrariamente, na alienação fiduciária de bem móvel, a mora constitui-se *ex re*, valendo a intimação como meio de sua prova. Trata-se de um abrandamento dado pelo legislador quando do Decreto-lei n. 911/69.

Além dessas diferenças quanto à constituição em mora do devedor fiduciante, outro efeito diferenciador é que na alienação fiduciária em garantia sobre bem imóvel é indispensável que a notificação venha acompanhada do cálculo atual da dívida, devidamente discriminado, sob pena de não ser constituído em mora o devedor, não se aplicando a Súmula 245, do Superior

Tribunal de Justiça¹⁰. Esse entendimento restringe-se à propriedade fiduciária de bem móvel em que a mora do devedor é *ex re*, configurando-se, portanto, independentemente de notificação.

Efetuada a purga da mora, convalidar-se-á o contrato, mas se a dívida não for paga no prazo legal, o oficial do Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento, por este, do imposto de transmissão *inter vivos* e, se for o caso, do laudêmio.

Em suma, caso o devedor se torne inadimplente, deixando de pagar a dívida, no todo ou em parte, ficará consolidada a propriedade plena do imóvel em nome do credor fiduciário, após o devedor ser regularmente notificado para purgar a mora, nos termos do art. 26, da Lei n. 9.514/1997¹¹.

Na alienação fiduciária, o bem já é de propriedade do credor fiduciário, não se cogitando em Pacto Comissório, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. Entretanto, para evitar enriquecimento sem causa, a lei impõe a venda forçada da coisa, o que se fará em leilão público com fiscalização maior do devedor fiduciante, sendo este tratamento mais justo que na alienação fiduciária de bem móvel.

Observe-se que, mesmo que a propriedade plena volte para o credor fiduciário, este será obrigado a levar o imóvel à leilão público, no prazo de 30 (trinta) dias após a consolidação da propriedade em seu nome. No primeiro leilão, o menor lance deverá corresponder, no mínimo, ao valor da avaliação do imóvel. Caso este seja inferior, deverá ser realizado um segundo leilão, quando poderá ser aceito o maior lance, desde que igual ou superior ao valor da dívida e mais as despesas com a realização do leilão, prêmios de seguros, encargos legais e contribuições condominiais. Se o valor apurado no leilão for superior a dívida e despesas, o saldo positivo será

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 245: “A notificação destinada a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito”. Disponível em: <www.centraljuridica.com/sumula/g/1/p/2/superior_tribunal_de_justica/superior_tribunal>. Acesso em: 15 de setembro de 2011.

¹¹ BRASIL. Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997. “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”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2011.

restituído ao devedor, nos termos das disposições constantes do art. 27, do supramencionado diploma legal¹².

O segundo leilão será realizado após 15 (quinze) dias e nos 5 (cinco) dias que se seguirem à venda do imóvel, 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.

Se no segundo leilão o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais, a dívida será considerada extinta e exonerando-se o credor da obrigação de entregar qualquer importância ao devedor. Assim, o credor dará ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias a contar do segundo leilão, quitação da dívida, mediante termo próprio.

É requisito essencial do contrato de alienação fiduciária a estipulação de cláusula que deixe explícito os procedimentos do leilão, conforme art. 24, VI, da Lei n. 9.514/1997¹³.

Caso o imóvel esteja locado, a locação será denunciada com o prazo de 30 (dias) para desocupação, salvo, concordância expressa do fiduciário.

Na propriedade fiduciária de bem móvel, o terceiro, interessado ou não que paga a dívida, se sub-roga nos direitos do credor, o que excepciona a regra geral do Art. 346, III, do Código Civil. Na alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, a sub-rogação apenas acontecerá em favor do terceiro interessado, como por exemplo, o fiador (art. 31, da Lei n. 9.514/1997).

¹² BRASIL. Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997. “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. (...) § 2º. No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais. (...) § 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 de 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”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2011.

¹³ BRASIL. Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997. “Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá: (...) VI – a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2011.

Por outro lado, na alienação fiduciária em garantia, com o pagamento integral do financiamento, a propriedade fiduciária fica resolvida, ou seja, é extinta, cabendo ao devedor, mediante a apresentação do termo de quitação, transferir o imóvel para o seu nome (art. 25, §2º. Lei n. 9514/1997)¹⁴.

A Lei n. 9.514/1997 que instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel estabelece que poderá ser contratada por qualquer pessoa, física ou jurídica, não sendo privativa do Sistema de Financiamento Imobiliário, tal como ocorre na alienação fiduciária de coisa móvel. Entretanto, mesmo antes do advento dessa lei, a Jurisprudência e alguns doutrinadores já admitiam a validade da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis por analogia ao instituto da alienação fiduciária de bens móveis.

Por se tratar de contrato formal, a alienação fiduciária em garantia requer instrumento escrito (público ou particular), qualquer que seja o valor. Contudo, para ter validade e ser oponível perante terceiros, deve o instrumento do contrato a ser arquivado. Tratando-se de veículo automotor, a menção à garantia deve constar do certificado de registro. Ao contrário, se o bem for imóvel, o contrato de alienação fiduciária será formalizado por Escritura Pública, a qual deve ser inscrita no Registro Geral de Imóveis, conforme art. 23¹⁵.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997. “Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel. (...) §2º. À vista do termo de quitação de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro de propriedade fiduciária.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997. “Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título. Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2011.

4 – LEILÃO EXTRAJUDICIAL E SUA CONSTITUCIONALIDADE

Não restam dúvidas de que o procedimento extrajudicial de leilão previsto na Lei n. 9.514/1997 visa, sobretudo, evitar as já tão conhecidas delongas processuais que apresentam grandes desvantagens pelo custo e demora na recuperação do crédito. Entretanto, há questionamentos acerca da constitucionalidade desse procedimento extrajudicial, uma vez que restaria ausente as garantias do contraditório e ampla defesa, protegidos como cláusula pétrea, nos termos do art. 5º, LV da CRFB, o que deve ser afastado.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão¹⁶ entendem que é exagerado demais entender pela inconstitucionalidade, *a priori*, pois conforme vem decidindo a jurisprudência, havendo abusos, o devedor fiduciante poderá questionar judicialmente o procedimento administrativo previsto na lei específica, assegurando-se o acesso à justiça e o contraditório. Para eles, entender que o procedimento administrativo da Lei n. 9.514/1997 é inconstitucional é o mesmo que concluir que a Lei de arbitragem também o é, pois esta lei estaria afastando a garantia constitucional do acesso à justiça, uma vez que prevê o afastamento de controvérsia pelo Poder Judiciário quando as partes convencionarem que a questão envolvendo o contrato ou a obrigação será decidida por árbitros de sua confiança.

Os autores supramencionados concluem pela constitucionalidade do leilão extrajudicial, mas fazem uma observação apenas com relação ao que dispõe o art. 27, §2º, da Lei n. 9.514/1997.¹⁷ Entendem que havendo uma grande diferença entre o valor do lance e o valor do bem, ou mesmo do valor já pago, caberá ao devedor fiduciante o direito de impedir o leilão no

¹⁶ TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F, op. cit., p. 565 e 566.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997. “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. (...) §2º. No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2011.

âmbito judicial. Apresentam, ainda, outro argumento de que o comando legal da Lei n. 9.514/1997 está incentivando o enriquecimento sem causa, particularmente do terceiro, que arrematam o bem e que pode ficar com a coisa por valor muito inferior ao seu valor real.

A conclusão explicitada baseia-se no Princípio da Socialidade, de modo que o valor desse novo lance não pode ser muito inferior ao valor da coisa que garante a dívida, restaria também configurada a onerosidade excessiva do negócio jurídico, o que fundamentaria sua revisão, ou mesmo a sua anulação. Observam que, a previsão legal deixa o devedor em situação muito frágil perante o credor que, de forma excessiva ou abusiva, pode vender o bem sem maiores cuidados, inclusive sem o cuidado de avaliá-lo para verificar se o preço vendido foi justo ou vil.

Em tempos de boa fé objetiva, tomando-se por base o Código Civil de 2002 que tem como princípios basilares a eticidade e a socialidade, a execução do bem dado em garantia sem a prévia avaliação fere todos os princípios básicos do Direito Privado.

No mesmo sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal¹⁸ acenam pela constitucionalidade do leilão extrajudicial, por estar de acordo com a função social da propriedade, uma vez que a facilidade de o credor receber seu crédito fiduciário e o leilão como meio coercitivo seriam fatores de incentivo para novos investimentos na construção civil, incrementando o acesso à moradia. No que tange ao §2º, do art. 24 da Lei n. 9.514/1997, posicionam pela sua inconstitucionalidade, pois ao prever que no segundo leilão a coisa seja vendida pelo maior lance oferecido e desde que esse cubra o valor do débito, possibilita que o devedor perca a coisa, bem como tudo o que foi pago, sem ter condições de discutir judicialmente o fato de ser privado da propriedade.

Como bem assevera Melhim Nemem Chalhub¹⁹:

[...] nos procedimentos extrajudiciais disciplinados pela Lei n. 9.514/1997, existe efetivamente a possibilidade de deflagração do contraditório, que opera mediante reação do adquirente inadimplente, em contraposição à informação relativa ao início do procedimento de cobrança. A notificação, em qualquer dos procedimentos

¹⁸ DE FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 387.

¹⁹ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 401.

extrajudiciais considerados, transmite ao adquirente uma informação que lhe dará possibilidade de opor resistência, concretizando o binômio informação-reação caracterizador do contraditório. A reação de devedor será para defesa de seus direitos, mediante instauração do contraditório, em caso de lesão ou ameaça de lesão”.

Assim, entende-se, de forma majoritária, pela constitucionalidade do procedimento extrajudicial, uma vez que resta aberta a possibilidade de instauração do contraditório, em qualquer momento que haja lesão ou ameaça de lesão a direito, estando assegurada a efetividade do processo em razão da possibilidade de antecipação da tutela, total ou parcialmente, além do controle jurisdicional posterior, quando da apreciação do pedido de reintegração de posse, quando o juiz analisará a legalidade dos procedimentos de comprovação da mora, da consolidação da propriedade e da venda no leilão extrajudicial, e nesse sentido se consolida a jurisprudência²⁰.

5- PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

A partir do século XX, a noção clássica de contrato passa por profundas mudanças em razão das constantes transformações da ordem econômica, atingindo, em especial, a autonomia da vontade.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 9.325/2001, relator Desembargador Fernando Cabral. Da ementa e do voto do relator destacam-se os seguintes excertos: “Aplicação dos dispositivos da Lei n. 9.514/1997. Alegação de inconstitucionalidade manifesta das normas legais, que instituíram o procedimento extrajudicial para a resolução do negócio jurídico e para a satisfação do crédito fiduciário, inconfigurada. Hipótese que se assemelha à do Decreto-lei n. 70/66, cuja constitucionalidade de seus dispositivos já foi afirmada pelo STF. Procedimento extrajudicial que não constitui novidade em nosso ordenamento jurídico, sendo adotado em outros diplomas legais. Ausência de afronta aos princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa (...). As mesmas razões podem ser transplantadas para a análise dos dispositivos da lei que regula o financiamento imobiliário em geral e institui a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, não se podendo falar, portanto, em flagrante inconstitucionalidade de seus dispositivos, com muito maior razão, pois aqui a propriedade do bem é do credor fiduciário, que transmite ao devedor a posse do mesmo e lhe garante que, uma vez integralizado o preço, o domínio, então, lhe será automaticamente transmitido (...). É evidente que se a resolução de pleno direito do negócio jurídico e a execução extrajudicial do débito existente causarem aos agravados qualquer prejuízo, poderão eles, por meio de ação própria, reivindicar a sua reparação ou eventuais diferenças a que se façam jus.” Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/ccivil_01/jurisprudencia.htm>. Acesso em 15 de novembro de 2011.

Assim, com o Estado social tornou-se cada vez mais imperiosa a aquisição de bens e a utilização de serviços, o que reclamou meios contratuais mais céleres, previamente elaborados por fornecedores de bens e serviços, diga-se, contratos de adesão. Em contrapartida, por medida de justiça, foi necessária a utilização de meios que relativizassem a força obrigatória dos contratos, como forma de assegurar o equilíbrio nas relações contratuais. Sob esse prisma, o princípio do *pacta sunt servanda*, que afirma que os contratos nascem para serem cumpridos, tornando-se lei entre as partes, passa a ser flexibilizado pela política legislativa que subordina a liberdade de contratar à função social do contrato.

O Código Civil passa a subordinar a liberdade de contratar à função social do contrato, bem como exige a observância dos princípios da probidade e da boa-fé e prescreve a interpretação mais favorável ao aderente, quanto às cláusulas ambíguas ou contraditórias dos contratos celebrados por adesão²¹.

O Código de Defesa do Consumidor constitui verdadeiramente uma lei de função social, lei de ordem pública econômica, de origem claramente constitucional. A entrada em vigor de uma lei de função social traz como conseqüência modificações profundas nas relações juridicamente relevantes na sociedade.²² Dessa forma, trouxe o CDC uma nova concepção contratual impondo a observância de ditames sociais, os quais devem ser observados em todas as fases contratuais.

Em síntese, o atual modelo contratual contemporâneo contempla quatro grandes princípios: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual e função social do contrato.

Hodiernamente, a função social do contrato estava relacionada com à própria função social da propriedade, uma vez que no neoliberalismo do século XIX o dogma da autonomia da

²¹ CHALHUB, op. cit., p. 298.

²² MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 68.

vontade e a ampla liberdade contratual serviam de instrumento para que o indivíduo desse efetividade ao direito de propriedade.

Hoje, a função social é uma cláusula geral, plena e que impede a formação de uma relação de subordinação da pessoa do devedor, limitando sua liberdade contratual, dizendo respeito também às conseqüências objetivas da relação sobre a sociedade.

Já a boa-fé objetiva compreende um modelo de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de conduta, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte. É examinada externamente, vale dizer que a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos sedimentados parâmetros de honestidade e retidão.²³

Em sua acepção contemporânea, o princípio da boa-fé está relacionado em termos concretos à natureza do contrato e ao equilíbrio da relação contratual, atuando como verdadeiro elemento de identificação da função econômico-social efetivamente perseguido pelo contrato.

A boa-fé constitui forte instrumento de interpretação dos negócios jurídicos, assume caráter de controle, impedindo o abuso do direito subjetivo e desempenha função integrativa, na medida em que é uma fonte criadora de deveres jurídicos para as partes.

²³ ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Manole, 2009, p. 422.

6- APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS

A Lei n. 9.514/1997, norma específica e com disciplina própria sobre alienação fiduciária de bens imóveis, foi promulgada sete anos depois da Lei n. 8.072/1990 (CDC). Contudo, na prática, grandes discussões têm ocorrido quanto à aplicação do art. 53, do CDC,²⁴ ao contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, haja vista a utilização da expressão “alienação fiduciária em garantia” em tal dispositivo.

O dispositivo consumerista em comento prevê a chamada cláusula de decaimento ou perdimento do bem que é aquela em que se estipula a perda de todas as prestações pagas em decorrência de inadimplemento de uma ou mais parcelas por parte do devedor. Assim, deixando o devedor de cumprir com a obrigação de adimplir com todas as prestações, estaria o credor fiduciário obrigado a devolver as parcelas pagas ao devedor fiduciante?

Há basicamente duas correntes sobre o tema. A primeira delas defende a tese da revogação do Artigo 53, da Lei de Defesa do Consumidor em relação à propriedade fiduciária imóvel. Nesse sentido, Afrânio Carlos Camargo Dantzer²⁵ defende que as leis específicas devem prevalecer sobre as gerais, em caso de antinomias, pelo que seria inaplicável o art. 53, do CDC, havendo de prevalecer os ditames da Lei n. 9.514/1997. Ainda, para Melhim Namem Chalhub²⁶, o critério legal estabelecido pelo art. 27 da Lei n. 9.514/1997 para acerto de haveres decorrente da extinção do contrato de alienação fiduciária é compatível com o princípio

²⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. “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. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2011.

²⁵ DANTZGER, op. cit., p. 107.

²⁶ CHALHUB, op. cit., p. 409.

enunciado no art. 53 do CDC, que considera nula a cláusula que preveja a perda total das quantias pagas pelo comprador, caso o contrato venha a ser resolvido por inadimplemento deste.

Para o autor, esse dispositivo não define critérios específicos para cada espécie de contrato, mas enuncia um princípio – o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, que é aplicável a todas as espécies de contrato, atendendo às circunstâncias do caso, ou em conformidade com lei especial, se houver. Prossegue informando que vez por outra a alienação fiduciária é confundida com a promessa de compra e venda, também muito empregada nas incorporações imobiliárias, mas que a jurisprudência vem fixando com clareza a distinção entre essas espécies de contrato, firmando-se no sentido da aplicação do critério próprio de accertamento de haveres no contrato de alienação fiduciária, definido no referido art. 27, que determina a realização de leilão e entrega ao devedor do saldo do produto da venda, se houver.²⁷

A segunda corrente, defendida por Marco Aurélio Bezerra de Melo,²⁸ entende que a densidade axiológica da Lei n. 8.078/90 é muito maior do que a da Lei n. 9.514/97, pois seu fundamento de validade é a Constituição da República, que inclui a vulnerabilidade e a necessidade de proteção especial do consumidor, elo mais fraco nas relações, como garantia fundamental (art. 5º, XXXII da CRFB) e como princípio da ordem econômica (art. 170, V da CRFB). Concluindo, o autor repudia o que para muitos pode ser chamado de confisco e de enriquecimento sem causa.

Para Flávio Tartuce e José Fernando Simão,²⁹ pela literalidade da norma, no que tange à alienação fiduciária em garantia (inclusive bens imóveis), a lei considera como nula, por

²⁷ BRASIL.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Os autores deixaram de pagar as prestações avençadas no contrato e, em razão do seu inadimplemento e da ausência de purgação da mora, a ré exerceu seu direito que a lei lhe faculta de consolidar a propriedade resolúvel com a realização do leilão do imóvel e a devolução aos autores do saldo em seu favor, se for o caso, tudo em conformidade com a lei e o contrato e não, como foi pleiteado, com fundamento nos art. 51 e 53, do Código de Defesa do Consumidor. A forma de restituição do valor pago encontra-se regulada pelo §4º, do art. 27, da Lei nº 9.514/1997 e não de acordo com a forma genérica do art. 53, do Código de Defesa do Consumidor”. (TJSP, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 400.962.4/0-00, rel. Des. Oldemar Azevedo, j. 5.11.2005). Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/ccivil_03/jurisprudencia.htm >. Acesso em: 15 de novembro de 2011.

²⁸ DE MELO, op. cit., p. 488.

²⁹ TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F. op. cit., p. 535.

abusividade, a cláusula de decaimento, aquela que traz a perda de todas as parcelas pagas pelo devedor fiduciante. Para os autores, aplica-se a norma do CDC ao caso em análise.

7- APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO

A teoria do adimplemento substancial (*substantial performance*), surgiu na Inglaterra, no século XVIII, tendo por base uma diferenciação que se fazia entre os tipos de cláusulas que os contratos poderiam conter e as respectivas conseqüências, a depender do nível de gravidade da infração. Assim, nos casos em que a relação contratual tivesse sido quase toda cumprida, não caberia a sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, como por exemplo, a cobrança dos valores devidos. Essa teoria possui íntima relação com os princípios sociais norteadores das relações obrigacionais e nesse sentido estabelece o Enunciado 361, do Conselho de Justiça Federal, da IV Jornada de Direito Civil³⁰.

Como visto, o adimplemento substancial se fundamenta nos princípios da função social do contrato e na boa-fé objetiva que vedam a resolução do contrato e a consequente perda do bem da vida a ser adquirido mediante a constituição da propriedade fiduciária quando o devedor já estiver tão próximo do adimplemento que acaba por suprimir a faculdade do credor de resolver o contrato, ainda que, obviamente, persista o débito a ser exigido acompanhado das mais variadas sanções.³¹

Assim, para Marco Aurélio Bezerra de Melo, sob o prisma da boa-fé objetiva e da preservação dos negócios jurídicos, não se justifica a extinção do contrato, sendo que o princípio do adimplemento substancial exclui a incidência da regra geral que permite a resolução, ainda

³⁰ BRASIL. Enunciado 361, do Conselho de Justiça Federal, da IV Jornada de Direito Civil³⁰: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”. Disponível em: www.jf.jus.br/cjf/cej_publicacoes/jornadas_de_direito_civil_enunciados_aprovados. Acesso em: 15 de setembro de 2011.

³¹ DE MELO, op. cit., p. 477.

que cumprida quase a totalidade das prestações. Pelo que, deve ser aplicada também aos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis. No mesmo sentido, Flávio Tartuce e José Fernando Simão,³² sustentam que apesar de não ser a alienação fiduciária em garantia um contrato, no sentido jurídico e categórico da expressão, pois se trata de direito real, a teoria é perfeitamente aplicável. Apresentam, em reforço, o Enunciado 162 do CJF/STJ, pelo qual “A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”.

Na prática, a teoria do adimplemento substancial vem sendo aplicada para afastar a busca e apreensão da coisa na alienação fiduciária em garantia de bens móveis³³, considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem. Certo de que, para que o magistrado consiga apurar esse “pequeno valor”, deverá analisar o caso concreto, juntamente com a ideia de função social do contrato e boa fé objetiva. Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

“Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura da ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 272.739/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 01.03.2001, DJ 02.04.2001, p. 299).

Assim, diante da nova ordem constitucional e legal deve ser privilegiada a continuidade dos contratos sempre que houver discrepância e desproporcionalidade entre a lei e o contrato,

³² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, op. cit., p. 536.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 469.577/SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 25.03.2003, DJ 05.05.2003, p. 310). Disponível em: <www.stj.jus.br/ccivil_02/jurisprudencia.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2011.

respeitando a boa fé e função social. Pelo que, perfeitamente possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contatos de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

CONCLUSÃO

O instituto da alienação fiduciária de bem imóvel foi introduzido no Brasil pela Lei n. 9.514/97l. Sua função precípua é propiciar maior facilidade ao consumidor na aquisição de bens, além da garantia mais eficaz ao financiador, que fica protegido pela propriedade resolúvel da coisa financiada, enquanto não for paga a dívida, tendo o legislador criado instrumentos mais eficazes quando, se for o caso, o bem tiver que ser retomado.

Na alienação fiduciária de bem imóvel, há necessidade de constituição em mora do devedor fiduciante, a qual se dará através de intimação pessoal, sendo que esta virá sempre acompanhada do cálculo atual da dívida, devidamente discriminado, sendo este um requisito fundamental. Efetuada a purga da mora, convalescerá o contrato, mas se não for paga no prazo legal, o oficial de Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento, por este, do imposto de transmissão *inter vivos*.

Certo é que, mesmo voltando a propriedade plena para o credor fiduciário, este será obrigado a levar o imóvel à leilão público, no prazo de 30 (trinta) dias após a consolidação da propriedade em seu nome.

O fato mais controvertido, em se tratando de alienação fiduciária de bem imóvel, dada a natureza e relevância do objeto, é com relação à cláusula de decaimento ou perdimento do bem que permite que o fiduciário fique com todas as parcelas pagas pelo fiduciante inadimplente.

Como regra, os contratos de alienação fiduciária terão como credor fiduciário uma instituição financeira. Logo, sofrerá a incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o que se harmoniza com a Súmula 297, do Superior Tribunal de Justiça.

Fato é que, para os que são contrários à aplicação da norma consumerista aos contratos de alienação fiduciária, a principal tese é de que a respectiva lei é especial no que tange a propriedade de bem imóvel, não havendo razões jurídicas para se aplicar qualquer outro instrumento normativo, nem tampouco aplicar o diálogo das fontes, o que legitimaria a fluência do CDC. Contrariamente, o segundo posicionamento sobre o tema, captaneado por Marco Aurélio Bezerra de Melo, defende que a densidade axiológica da Lei n. 8.078/90 é muito maior do que a da Lei n. 9.514/97, pois seu fundamento de validade é a Constituição da República, que inclui a vulnerabilidade e a necessidade de proteção especial do consumidor, elo mais fraco nas relações contratuais, como garantia fundamental (art. 5º, XXXII) e como princípio da ordem econômica (art. 170, V). Em síntese, o autor repudia o que para muitos pode ser chamado de confisco e de enriquecimento sem causa.

Nesse sentido, não se pode deixar de mencionar que os princípios informadores das relações contratuais, como Boa-fé Objetiva e Função Social do Contrato devem ser sempre observados, independentemente da existência ou não de norma especial sobre o tema concreto, uma vez que são ditames de interesse social.

Deve ser entendida como abusiva qualquer cláusula que imponha o perdimento total das parcelas pagas, pois isso viola as regras hoje consideradas imperativas no Direito Pátrio. Assim, ainda que a Lei n. 9.514/1997 seja especial e posterior em relação a Lei n. 8.078/1990, o fato é que na nova ordem do Estado Moderno não podem ser admitidas cláusulas que impliquem na vulnerabilidade e empobrecimento de uma das partes em favorecimento à outra.

As relações contratuais devem ser equilibradas para que todos possam sair vencedores, não sendo admissível que, nenhuma lei ou ato normativo, autorize relações díspares e distantes dos imperativos de função social e boa fé.

Não se questiona a constitucionalidade do leilão extrajudicial previsto na Lei n. 9.514/1997, haja vista que o ordenamento precisa disciplinar formas mais rápidas e eficazes de recuperação de crédito, dada a sobrecarga e conseqüente morosidade do Judiciário. Entretanto, não se pode permitir um distanciamento dos princípios informadores das relações contratuais ou estaremos diante de um retrocesso, o que não se espera. Portanto, ao magistrado, quando provocado, caberá ter sensibilidade para, diante do caso concreto, apurar se deve ou não ser aplicada a Teoria do Adimplemento Substancial, tal como já ocorre na alienação fiduciária em garantia de bens móveis, haja vista que pela nova ordem do Direito não se justifica a perda de um bem por inadimplemento de tão insignificante parcela perto do montante já quitado.

As garantias conquistadas ao longo das décadas precisam ser respeitadas e aplicadas, em prol das partes contratantes, a fim de promover o equilíbrio nas relações contratuais, pois só assim será possível falar em Justiça Social e Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, torna-se perfeitamente aplicável o Código de Defesa do Consumidor, diploma de ordem pública, ao contrato em espécie.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 de setembro de 2011.

CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

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

DE MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PELUZO, Cezar (Org.). *Código Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Manole, 2009.

SILVA, De Plácido E. *Vocabulário Jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito das Coisas*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.