



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA - UEPB**  
**PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**  
**ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

**CÁSSIA VERSIANE DIAS ALBUQUERQUE**

**OS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS  
IMÓVEIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO**

**JOÃO PESSOA, PB.**

**2018**

CÁSSIA VERSIANE DIAS ALBUQUERQUE

**OS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS  
IMÓVEIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO**

Trabalho monográfico apresentado à Coordenação do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* como requisito parcial para obtenção do título de Especialização em Prática Judicante.

**Orientador (a): SILMARY ALVES DE QUEIROGA VITA**

**JOÃO PESSOA, PB.**

**2018**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

A345c Albuquerque, Cássia Versiane Dias.

Os contratos de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis à luz dos princípios de direito [manuscrito] / Cássia Versiane Dias Albuquerque. - 2018.

64 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa , 2018.

"Orientação : Profa. Ma. Silmary Alves de Queiroga Vita , Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa ."

1. Direito Fundamental à Moradia. 2. Princípios do Direito Civil. 3. Mitigação dos Efeitos. 4. Dignidade da Pessoa Humana. 5. Contrato de Alienação Fiduciária. I. Título

21. ed. CDD 347

CÁSSIA VERSIANE DIAS ALBUQUERQUE

**OS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS  
IMÓVEIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO**

Trabalho monográfico apresentado à Coordenação  
do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* como  
requisito parcial para obtenção do título de  
Especialização em Prática Judicante.

Data da avaliação:

Nota 9,5

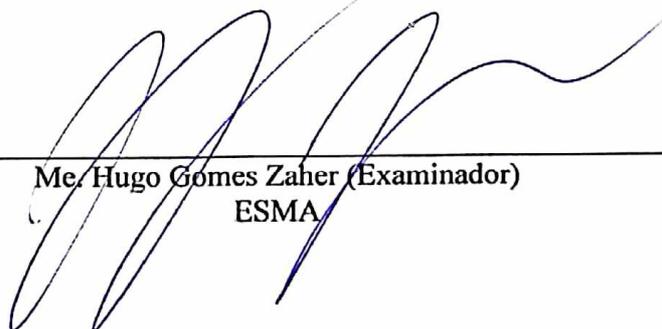
**BANCA EXAMINADORA**



Me. Silmary Alves de Queiroga Vita (Orientadora)  
ESMA



Me. Eduardo José de Carvalho Soares (Examinador)  
ESMA



Me. Hugo Gomes Zaher (Examinador)  
ESMA

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, primeiramente, por ter me dado disposição para conseguir realizar essa etapa de minha vida, qual considero de extrema relevância.

A Escola Superior da Magistratura – ESMA/PB e a Universidade Estadual da Paraíba - UEPB, seu corpo docente, direção, administração que me oportunizaram vislumbrar um horizonte superior, eivado pela confiança no mérito e ética.

Ao meu querido marido, Josman Lacerda de Albuquerque, que se faz presente em todos os momentos da minha vida, sempre apoiando e estimulando o crescimento intelectual.

A minha filha, Tainá Dias de Albuquerque, que me faz buscar ser a cada dia melhor.

A minha mãe, Maria Idileide Araújo Ferreira Dias, pessoa que admiro e me inspiro.

A minha orientadora, Silmary Alves de Queiroga Vita, que me deu o suporte necessário para prosseguir com esse trabalho monográfico.

Aos meus amigos que direta ou indiretamente contribuíram e em especial a Everaldo Dantas da Nóbrega.

Consagre ao senhor tudo que você faz,  
E seus planos serão bem sucedidos.

[...]

Em seu coração  
O homem planeja seu caminho,  
Mas o senhor determina os seus passos.

(Versículo de Provérbios 16 do Livro de Provérbios da Bíblia)

## RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo principal a análise acerca dos Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia de Bens Imóveis à Luz dos Princípios de Direito aplicáveis à espécie. Cujas matérias foram instituídas no ordenamento jurídico através da Lei Federal nº 9.514 de 1997. Traz algumas observações sobre os princípios de direito que fundamentam a controvérsia suscitada, qual seja, as desigualdades nas relações contratuais. Faz-se um estudo sobre o Direito à moradia, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, com enfoque na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB). No mesmo sentido, as normas de Tratados e Convenções do Direito Internacional que o Brasil é signatário também trazem importante contribuição na tutela do direito à moradia. A relevância desse estudo frisa-se no questionamento acerca do desequilíbrio contratual existente entre as partes contratantes.

**Palavras-chave:** Contrato de Alienação Fiduciária de Bem Imóvel. Desequilíbrio Contratual. Direito Fundamental à Moradia. Princípios do Direito Civil. Mitigação dos Efeitos. Dignidade da Pessoa Humana.

## ABSTRACT

The present work had as main objective the analysis about the Fiduciary Alienation Contracts in Guarantee of Real Property in Light of the Principles of Law applicable to the species. Whose matter was established in the legal system through Federal Law 9,514 of 1997. It makes some observations on the principles of law that underlie the controversy, that is, the inequalities in contractual relations. A study on the right to housing, in light of the constitutional precepts introduced by the Charter of 1988, focuses on the dignity of the human person (article 1, III, CRFB). In the same sense, the rules of treaties and conventions of international law that Brazil is a signatory also bring important contribution in the protection of the right to housing. The relevance of this study is emphasized in the questioning of contractual imbalance between the contracting parties.

**Key words:** Contract of Fiduciary Alienation of Good Property. Contractual Imbalance. Fundamental Right to Housing. Principles of Civil Law. Mitigation of Effects. Dignity of Human Person.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2. OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO CIVIL.....</b>	<b>11</b>
2.1 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	12
2.2 A BOA-FÉ OBJETIVA .....	15
2.3 A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL .....	17
2.4 A TEORIA PÓS-MODERNA DO DIÁLOGO DAS FONTES.....	20
2.5 A LEI DE Nº 9.514/1997 <i>VERSUS</i> CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	24
<b>3. A MORADIA .....</b>	<b>28</b>
3.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL .....	30
3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	32
<b>4. OS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL .....</b>	<b>35</b>
4.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E SURGIMENTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO .....	36
4.2 CONCEITO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA .....	39
4.3 NATUREZA JURÍDICA .....	43
4.4 REQUISITOS PARA FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA .....	44
4.4.1 Requisitos Subjetivos .....	45
4.4.2 Requisitos Objetivos .....	45
4.4.3 Requisitos Formais.....	46
<b>5. MORA NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL .....</b>	<b>47</b>
5.1 MORA.....	47
5.2 A NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR.....	48
5.3 A POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO.....	50
5.4 OS EFEITOS DA MORA .....	51
5.5 OS REQUISITOS PARA CONVALIDAÇÃO DA PROPRIEDADE .....	55
<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>59</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo tecer alguns comentários sobre os contratos de alienação fiduciária de bens imóveis à luz dos princípios de direito aplicáveis à espécie. Os contratos são uma importante ferramenta na área jurídica. O desenvolvimento econômico e social propiciou a utilização deste instituto que ocorreu em virtude da complexidade do mercado financeiro habitacional.

No Primeiro Capítulo, serão tratados os princípios que norteiam o direito constitucional e civil, com respectivos conceitos jurídicos, para que haja melhor compreensão sobre o tema proposto, pois a observância torna indispensável à análise diante do que se pretende questionar.

Nessa perspectiva, os Princípios Gerais do Direito Civil - como a função social dos contratos, a boa-fé objetiva, adimplemento substancial e a equivalência material - devem ser analisados extraindo os seus efeitos legais.

Nesse sentido por ser relevante à mitigação que vêm sofrendo os efeitos advindos dos contratos, do qual parte da premissa de que as cláusulas contratuais devem ser analisadas extraindo dessas a vontade real das partes, em consonância com o que foi estipulado, sabendo que o vínculo jurídico entre as partes somente poderá ser dotado de obrigatoriedade com a observância dos limites estabelecidos em lei. Mesmo sabendo que se trata de interesse privado a ser tutelado, referente aos contratos de alienação fiduciária devem ser observados a função social e a boa-fé objetiva, que devem estar presentes em todas as fases, pois estes correspondem a deveres de conduta.

Importante mencionar a teoria do diálogo das fontes que tem como essência o fato de normas jurídicas de ramos distintos não excluírem umas as outras, por serem diplomas normativos diferentes ou haver divergência, entendendo que se complementam, pois deve haver integração entre as normas e o ordenamento, devendo o ordenamento jurídico ser aplicado como um todo unitário. Por ser a teoria aplicável ao direito contratual temos sua importância ao tema, seja pelo fato do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor serem diplomas que disciplinam os negócios jurídicos, a lei exige, no entanto, a subsidiariedade e compatibilidade entre os sistemas.

Nesse sentido, questiona-se o fato de o contrato de alienação fiduciária alterar a premissa lógica geral de resolução de contratos, seja pelo desequilíbrio existente diante dos

poderes contratuais. Como também, a importância da utilização deste em matéria de defesa diante da discussão em torno da possibilidade da aplicação do adimplemento substancial, afastando-se a higidez contratual diante de cláusulas pré-estipuladas de maneira unilateralmente, sabendo que são inúmeras as controvérsias decorrentes dessa relação jurídica.

No que se refere ao Código de Defesa do Consumidor, este somente passou a ser aplicado após uma demanda que chegou até o Superior Tribunal de Justiça no ano de 1995, que discutiu a relação jurídica envolvendo instituição bancária e consumidor, no REsp. 57974 RS 1994/0038615-0, teve como relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar. A partir deste entendimento, passou-se a considerar como vínculo de consumo a relação jurídica existente entre os personagens mencionados, foi uma grande vitória para sociedade.

A Lei Federal nº 9.514 de 1997 versus o Código de Defesa do Consumidor, são diplomas normativos aplicáveis aos contratos de alienação fiduciária e que diante do caso em concreto, podem trazer divergências. No entanto, é entendimento consolidado na jurisprudência dos tribunais superiores acerca da aplicabilidade de ambos, sabendo que um não exclui o outro, mesmo se tratando de norma específica e geral (teoria do diálogo das fontes), mesmo que o contrato esteja redigido, exclusivamente, na lei específica que disciplina os contratos de alienação de bens imóveis.

No Segundo Capítulo, será tratada a questão do direito fundamental à moradia, que envolve a dignidade da pessoa humana, como também questões de vulnerabilidade, pois as partes no contrato de alienação fiduciária, muitas vezes estão em desvantagem, seja devido ao desequilíbrio que existe nessa modalidade contratual, seja pelo desconhecimento de seus direitos. O entendimento sobre as cláusulas que permeiam o contrato acaba sendo um óbice, pois são inúmeros os requisitos obrigacionais e as responsabilidades assumidas, o qual a lei exige o cumprimento na íntegra.

A Carta Magna, em seu artigo 6º, caput, garante a todos os brasileiros natos e os naturalizados o direito à moradia, sendo de responsabilidade do Estado prover meios para sua concretude, proporcionando sua aquisição por meio de leis e políticas públicas que viabilizem.

A moradia sempre teve grande relevância para as pessoas, e no decorrer dos anos esse direito tem se acentuado como um direito fundamental, assumindo papel preponderante para população em geral, até por ser um direito fundamental ligado ao mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, consagrado no ordenamento jurídico nacional e internacional.

No mais, tendo como ideal a justiça contratual que passa pela análise acerca da manifestação da vontade dos contratantes, a marcha histórica traz a realidade diante da qual as relações sociais têm fator decisivo, admitindo-se, atualmente, o questionamento de cláusulas pré-estipuladas e a interpretação em busca da “repersonificação” do direito civil.

Tendo como um dos mais nítidos efeitos as diferenças sociais, o direito à moradia se entrelaça à dignidade da pessoa humana e reflete a realidade social.

No Terceiro Capítulo, será feita a análise acerca do surgimento dos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel no direito positivado, seu aspecto histórico, conceito, natureza jurídica e requisitos essenciais a sua formalização.

Inicialmente, a alienação fiduciária é um instituto que tem como finalidade a realização de um negócio por meio de uma garantia real, merecendo especial atenção à abrangência, possibilidade e limitações, sendo importante mencionar que o objeto deste estudo se trata de um negócio jurídico formal, com legislação em sentido estrito.

O diploma normativo que trata dos contratos de alienação fiduciária é a Lei Federal de nº 9.514 de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e estabelece obrigações a serem observadas pelos contratantes. No ano de 2016 adveio a Medida Provisória nº 759, onde mais tarde foi convertida na Lei 13.465 de 2017, que introduziu alterações significativas a este instituto.

Em que pese existir no ordenamento jurídico brasileiro lei específica que trata sobre o assunto, também é importante mencionar que se aplica a esta modalidade contratual o Código Civil de 2002, no Capítulo dos Negócios Jurídicos em Geral, que serve como orientador e dispõe sobre alienação fiduciária em seu Capítulo IX, arts. 1.361 a 1.368.

E por fim, no Quarto Capítulo, trataremos da questão da mora, a partir desta estará caracterizada o inadimplemento, como os efeitos jurídicos decorrentes, entre os quais, a purgação, a notificação do devedor e a convalidação da propriedade. Analisar-se-á a sua importância legal e por fim até que momento há possibilidade de pagamento da dívida por parte do devedor. Questiona-se, também, a disponibilidade dos meios suficientes para cumprir o avençado, a possibilidade de renegociar a dívida e os efeitos jurídicos da inadimplência.

De fato, o bem objeto desta modalidade contratual serve de garantia ao adimplemento da obrigação, questão esta consolidada pela lei. O próprio bem garante o cumprimento do pactuado, visando minimizar os prejuízos da instituição financeira (credor-fiduciário), mas, em contrapartida, causa grande desequilíbrio contratual ao devedor-fiduciante.

Mesmo sabendo do dever jurídico referente à equidade contratual relacionado ao financiamento habitacional que tem como liame os contratos de alienação fiduciária, na prática a lei que trata da matéria gera controvérsias, pois diante do comando normativo constitucional extraem-se garantias e direitos fundamentais, entre os quais está o direito à moradia, percebe-se a controvérsia legal, tendo em vista os inúmeros requisitos que a Lei Federal 9.514 de 1997 dispõe a serem preenchidos.

Nessa linha, o objetivo da presente pesquisa é incentivar a reflexão acerca dos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis, devido à sua importância para a sociedade por envolver o direito à moradia, o qual se relaciona a dignidade da pessoa humana. Tendo em vista que o mesmo proporciona à circulação de riquezas, devido seu importante papel no desenvolvimento social.

Concernente à metodologia utilizada na pesquisa foi adotado o procedimento documental, bibliográfico e explicativo, com o estudo descritivo acerca da realidade fática. Documental no sentido que visa apresentar alguns apontamentos teóricos que tragam contribuição efetiva para a elucidação do problema. Bibliográfico a partir de levantamentos bibliográficos, pois se buscou trazer fundamentos ao tema proposto, sendo utilizados diversos recursos como doutrinária, normas legais, fontes legislativas, entre outras. Explicativo, pois visa ampliar a visão generalizada do caso concreto, e trazer hipóteses que visam explicar fatores existentes. Nesse sentido, buscou identificar possíveis soluções a controvérsia suscitada.

## **2. OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO CIVIL**

Neste capítulo será tratada a relevância dos princípios gerais da ordem civil na análise dos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, tendo como parâmetro norteador a Constituição Federal de 1988, marco importante no reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, diploma democrático auxiliador da efetivação dos direitos.

Os princípios podem incidir direta e imediatamente sobre as relações de direito, demonstrando a necessidade de a norma ser interpretada em conjunto com estes e em conformidade com o caso concreto.

Temos que os:

[...] princípios que se irradiam por todos os segmentos da ordem jurídica, cumprindo o relevante papel de assegurarem organicidade e coerência integradas à totalidade do universo normativo de uma sociedade política. Nessa linha, esses princípios gerais, aplicando-se aos distintos segmentos especializados do direito, preservam a noção de unidade da ordem jurídica, mantendo o direito como um efetivo sistema, isto é, um conjunto de partes coordenadas (DELGADO, 2006, p. 88).

Nesse sentido, os princípios norteiam o ordenamento jurídico contribuindo com a efetivação do estado democrático de direito, servindo como orientadores à interpretação na aplicabilidade da lei diante do caso em concreto, entre os quais temos: a função social do contrato, a boa-fé objetiva, o adimplemento substancial, a teoria do diálogo das fontes, a concreção das relações e interpretação dos contratos.

A Carta Magna de 1988 em seu preâmbulo traz um ideal de Estado a partir de uma democracia, sendo esse essencial para efetividade dos direitos humanos.

Além do mais, a hermenêutica que se aplica aos diplomas normativos deve ser pautada nos comandos normativos constitucionais, sendo um paradigma a ser seguido.

## 2.1 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Dada à importância dos princípios na resolução de controvérsias esses tem demonstrado grande relevância ao direito, trataremos neste tópico do princípio da função social como essencial a tutela do equilíbrio nas relações contratuais.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incisos XXII e XXIII, põe a salvo o direito de propriedade, com observância a função social.

De acordo com Fernando Noronha “a função social do contrato existe independente de previsão legislativa, eis que a funcionalização depende da verificação do próprio papel a ser desempenhado pelo contrato em determinada sociedade, localizada historicamente”, (NORONHA, 1994, p. 83).

Nesse sentido, considera-se atendida a função social quando as partes observam não apenas o interesse particular, como também o direito e interesse de terceiros.

Sabendo que não se admite que as cláusulas contratuais sejam analisadas apenas sob a ótica dos pressupostos de existência e validade, sem a análise de seus reflexos, sejam de âmbito social, ambiental, jurídico, entre outros.

Importante observar que:

[...] O contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da ideia de função social. O contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade – quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade – em suma, que o contrato seja socialmente justo. (SANTOS, 2002, p. 29).

No mesmo diapasão, não podemos deixar de mencionar que o contrato não pode servir de sucedâneo a arbitrariedades, conforme a fala de GAGLIANO E PAMPLONA FILHO (2010, p. 48): “O contrato não pode ser considerado como instrumento de opressão, mas sim de realização. Lamentavelmente, não é raro um dos contratantes pretenderem utilizá-lo como açoite, visando a subjugar a parte economicamente mais fraca, em franco desrespeito à sua função social”.

No direito brasileiro o legislador tem o papel de responsável pela elaboração das leis, deve sempre garantir o equilíbrio entre a norma que está em processo de elaboração e as garantias conferidas pelo diploma normativo maior.

De acordo com Miguel Reale (1998, p. 22-30) a partir do Código Civil de 2002, tem-se a superação do individualismo, partindo da identificação da questão da “socialidade”, o qual ocorreu devido o forte apelo social que gerou a positivação do princípio da função social do contrato.

Sabendo que, não estará atendida a função social do contrato quando de acordo com o art. 187 do CC/02, as partes ultrapassam os limites legais estabelecidos, sendo que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, assim, temos que a partir deste comando normativo para que o contrato possa produzir efeitos jurídicos se observa obrigatoriamente os limites impostos.

Relevante mencionar “A Teoria da Autonomia”, que fala sobre:

É, pois, a melhor interpretação dentre as muitas possíveis, aquela que mais eficácia traga ao princípio da função social, direito fundamental que angula o ordenamento jurídico trazendo ao bojo valores protetivos da pessoa humana, com vista a uma sociedade fraterna, justa e igualitária.

[...]

Percebe-se, deste modo, implicitamente no art.170 e 5º, XXIII da CF, a positivação do princípio da função social posse como via de realização, concretização no dizer de Hesse, do princípio da função social da propriedade (ARONNE, 1999, p. 205).

Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

O Código Civil de 2002 é importante marco na superação de paradigmas do direito contratual, diante do qual se tem que a liberdade de contratar e a função social, devem atender não apenas as exigências legais para formalização, mas guardar observância com a ordem pública, assim, temos que o art. 421 ao inserir a função social do contrato no ordenamento jurídico trouxe um conceito novo.

Além do mais, de acordo com Orlando Gomes (2008, p. 324 - 325) o contrato de alienação fiduciária não se trata de um contrato preliminar comum, porém, trata-se de uma promessa bilateral *sui generis* a qual gera o direito real a aquisição da coisa que comporta execução específica.

Nesse sentido, para que o contrato de alienação fiduciária seja considerado pleno, são inúmeras as exigências a serem preenchidas, muitas das vezes o sujeito que aderente ao contrato não consegue cumprir com o conteúdo das cláusulas estipuladas.

Importante mencionar Canotilho (2000, p. 1123- 1126), o qual define que o sistema jurídico deve ser conceituado como um sistema normativo aberto de regras e princípios, sendo que os princípios seriam verdadeiros padrões vinculantes, ao passo que as regras seriam normas vinculativas com conteúdo meramente funcional. Portanto, tanto os princípios como as regras seriam espécie do gênero norma jurídica. Para Canotilho (2000, p. 1128) os princípios “pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”.

Nesse passo, tem-se que os princípios são exigências de equidade, que junto com as regras compõem o sistema jurídico, a partir das premissas levantadas percebe-se que algumas normas geram injustiças ao entrarem em confronto com os princípios gerais do direito.

## 2.2 A BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé objetiva não se encontra expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, mais este fato não lhe retira o caráter de essencialidade, pois este está em plena consonância com a função do Estado Democrático de Direito, que visa garantir a harmonia social.

Diante da presença do Estado nas relações sociais se encontra o intervencionismo estatal, importante observar os dizeres de Cláudia Lima Marques:

Haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social (MARQUES, 2006, p. 211).

A vontade contratual deve ser realizada em conformidade com a conduta da boa-fé, e para tanto deve ser observada as condições em que o contrato foi firmado, pois não se admite que o contrato tenha sido firmado sem que seja observada a boa-fé.

Importante mencionar que:

Trata-se de incluir nos contratos, em virtude da interpretação e da construção, deveres secundários ou derivados de informação, conselho e até cooperação, assim como a proibição de certas omissões. Cria-se, assim, um dever de lealdade na contratação e na execução do contrato que está vinculado basicamente às noções de confiança e de equilíbrio. Confiança entre as partes contratantes, que devem ter e manter, uma em relação à outra, o comportamento do bom pai de família e até, conforme o caso, do parceiro sério, diligente e confiável, sob pena de responsabilidade se uma delas não corresponder à expectativa da outra (WALD, 2003, p. 47).

Nesse sentido, “[...] Em uma dada relação jurídica, presente o imperativo dessa espécie de boa-fé, as partes devem guardar entre si a lealdade e o respeito que se espera do homem comum”, (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2010, p. 102 -103). Temos que a confiança guarda íntima relação com o princípio da boa-fé objetiva, sendo este um dever contratual, os quais fazem parte a lealdade, a assistência, a informação, o sigilo, e que impõe as partes comportamentos necessários.

O princípio da boa-fé é elemento de manifestação presente no Código Civil de 2002, que tem como finalidade a ampliação do direito, vejamos:

O Código atual, oriundo do projeto de 1975, em várias disposições busca uma aplicação social do direito, dentro de um sistema aberto, ao contrário do espírito do código de 1916, de cunho essencialmente patrimonial e individualista. Sob esse prisma, o princípio da denominada boa-fé objetiva é um elemento dessa manifestação. Nos contratos e nos negócios jurídicos em geral, temos que entender que os declarantes buscam, em princípio, o melhor cumprimento das cláusulas e manifestação a melhor, a correção desses negócios. (VENOSA, 2010, p. 378-380).

Neste contexto, destaca-se o Código Civil de 2002, o qual traz de maneira expressa o princípio da boa-fé objetiva, o qual se extrai sua função interpretativa e integração contratual:

Art. 113 Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[...]

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

O princípio da boa-fé objetiva tem uma grande abrangência, pois diante de um conflito entre o pactuado e o que deve ser adimplido, se buscará dirimir a controvérsia em prol do equilíbrio.

O contrato não se extingue após o cumprimento da obrigação principal e outras questões devem ser observadas, vejamos:

Com isso, queremos dizer que, livrando-nos das amarras excessivamente tecnicistas da teoria clássica, cabe-nos fazer uma releitura da estrutura obrigacional, revista à luz dessa construção ética, para chegarmos à inafastável conclusão de que o contrato não se esgota apenas na obrigação principal de dar, fazer ou não fazer (GAGLIANO, 2008, p. 67).

Noutro contexto, ao afirmar que a intervenção no direito contratual trouxe profundas alterações ligadas à autonomia privada e os valores sociais que a depender do caso, haverá ponderação entre os bens jurídicos tutelados.

Diante da concepção que o contrato não é um instituto individual do direito privado, porém um instituto individual inserido no contexto social que nasce diante do cenário que tem como espelho o equilíbrio como ideal de “socialização”.

Assim, pode-se dizer que a boa-fé é uma importante diretriz que direciona a uma valorização, seja no plano das relações jurídicas, da lealdade, do equilíbrio, esperando que ambos os sujeitos contratuais tenham a mesma conduta.

O direito contratual antes se preocupava apenas em regular o interesse das partes contraentes, evoluiu de acordo com as realidades interpostas e a partir da socialização das normas passou a regular a relação de maneira diferente. Tendo como parâmetro a função social, o Código Civil de 2002, é sabido que esse atribui nulidade diante da não observância dos preceitos expressos e implícitos presentes no comando normativo.

Para Cláudia Lima Marques (2009, p. 137-138) a boa-fé se trata de uma espécie de cooperação, o qual reflete uma conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações. O princípio da boa-fé objetiva traz como ideia a justiça contratual e o equilíbrio, relativizando os efeitos decorrentes do desequilíbrio, limitando a liberdade contratual, onde se pretende que seja interpretado o contrato de acordo com a vontade das partes, pois reflete em toda à sociedade.

Temos que a “Declaração que não corresponda ao preciso intento das partes é corpo sem alma” (MONTEIRO, 1977, p. 181). Isso significa dizer que é necessário observar à manifestação de vontade e que esta deve vim aliada ao contexto social.

### 2.3 A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

O Código Civil de 2002 não traz, expressamente, em seu bojo a teoria do adimplemento substancial, sendo essa uma criação doutrinária e jurisprudencial, temos que sua aplicação deriva dos princípios, entre os quais estão: o abuso de direito (art. 187 CC/02); a função social dos contratos (art. 421 CC/02); a boa-fé objetiva (art. 422 do CC/02) e o enriquecimento sem causa (art.884 CC/02).

Destaque, entretanto, que essa teoria tem sido aplicada em inúmeros casos que tramitam na justiça, sendo que com maior frequência envolvem bens móveis, com relação aos bens imóveis ainda há grande resistência à aplicabilidade.

No mais, tendo em vista a busca pela melhor resolução de controvérsias contratuais se faz necessária análise de sua aplicabilidade. Temos que “O adimplemento substancial analisa a obrigação em seu aspecto essencial, e não secundário. Examina se, no caso concreto, a obrigação foi cumprida em seus pontos relevantes, importantes, essenciais” (BUSSATA, 2007, p. 37).

Nessa mesma linha de raciocínio é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, corroborando com a teoria do adimplemento substancial, no entanto, traz requisitos para sua aplicação.

Nestes termos:

**Ementa:** AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO JURÍDICO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. CULPA EXCLUSIVA DO PROMITENTE VENDEDOR. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS PARCELAS PAGAS. SÚMULA 543/STJ. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE O VALOR DAS PARCELAS A SEREM RESTITUÍDAS. DATA DA CITAÇÃO. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DESTES STJ. SÚMULA 83/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015. APLICAÇÃO NÃO AUTOMÁTICA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que "na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer à 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" (Súmula 543/STJ).

2. Cuidando o presente caso de resolução de contrato de compra e venda de imóvel por culpa exclusiva do promitente vendedor, como concluído pelo

Tribunal de origem, a consequência jurídica, estampada na referida súmula, é a imediata e integral restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador. Assim, não há que se falar na aplicação da teoria do adimplemento substancial, tendo em vista que o acórdão estadual está em consonância com o posicionamento deste Tribunal Superior, nos termos da Súmula 83/STJ.

3. O Tribunal a quo, soberano na análise probatória, consignou estar devidamente demonstrado o dano moral, ao fundamento de que o atraso na entrega do imóvel exorbitou o simples inadimplemento contratual. Nesse contexto, reverter a conclusão da Corte local para acolher a pretensão recursal demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos e a análise e interpretação de cláusulas contratuais, o que se mostra inviável ante a natureza excepcional da via eleita, consoante enunciado das Súmulas n. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. A Corte local, ao fixar a data da citação como o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre o valor das parcelas a serem restituídas, nos casos em que a rescisão do contrato foi causada exclusivamente pelo promitente vendedor, alinhou-se ao entendimento deste Superior Tribunal de Justiça.

5. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, a incidência da Súmula n. 7 do STJ impede o conhecimento do recurso lastreado, também, pela alínea c do permissivo constitucional, uma vez que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em conta a situação fática de cada caso.

6. A aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015 não é automática, não se tratando de mera decorrência lógica do desprovido do agravo interno em votação unânime. A condenação do agravante ao pagamento da aludida multa, a ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno mostre-se manifestamente inadmissível ou que sua improcedência seja de tal forma evidente que a simples interposição do recurso possa ser tida, de plano, como abusiva ou protelatória.

7. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1729742 / SE, AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2018/0057279-6, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA, Data do julgamento: 15/05/2018, Data de publicação: DJE 28/05/2018).

A teoria do adimplemento substancial tem como finalidade a melhor análise acerca da resolução de um contrato que já teve grande parcela de sua obrigação adimplida, evitando, assim, o enriquecimento sem causa de uma das partes.

O adimplemento substancial constitui:

[...] Um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva), (COUTO E SILVA, 1980, p. 56).

Nesse mesmo sentido, a teoria do adimplemento substancial visa evitar o abuso de direito por parte do seu titular, que por vezes excede os limites e comete ato ilícito. Logo, diz o Código Civil de 2002, art. 187 “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Assim, considerando-se que quando o credor está diante da “inexecução insignificante” e exige o desfazimento contratual em virtude do inadimplemento, esta situação pode caracterizar abuso, devendo a sua incidência ser afastada diante da análise do caso concreto.

Na verdade, o que se pretende é evitar os exageros acerca do formalismo na execução dos contratos, mitigando os efeitos de uma determinada obrigação contratual assumida e não adimplida, onde a parte credora poderá exigir o cumprimento ou a resolução contratual, pois deve se analisar se o descumprimento é insignificante e em consequência adimplida grande parcela da obrigação.

É importante salientar, ainda, que as expectativas devem ser legítimas, para possibilitar a conservação do negócio sem prejuízo ao credor, por essa razão a obrigação poderá sofrer mitigação diante da relevância social do contrato, de acordo com a boa-fé

objetiva, a função social. Sabendo que não pode a resolução ser utilizada como sucedâneo a injustiça contratual.

## 2.4 A TEORIA PÓS-MODERNA DO DIÁLOGO DAS FONTES

A teoria do diálogo das fontes é uma importante ferramenta hermenêutica, hábil a auxiliar o poder jurisdicional, tendo em vista a complexidade do ordenamento jurídico e o enorme número de fontes legislativas.

Verifica-se que, essa doutrina foi introduzida no Brasil por Cláudia Lima Marques, preceitua que:

[...] “diálogo das fontes”, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (*cohérence dérivée* ou *restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e a microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não coerência” (MARQUES, 2009, p. 89-90).

Cláudia Lima menciona a importância da aplicação coerente das leis, superando, dessa forma, os conflitos coexistentes entre estas, subsistindo a funcionalidade de um sistema que é plural, onde as normas existem devem ser aplicadas como um todo unitário.

Outro ponto relevante é a Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro (LINDB), Decreto Lei de nº 4.657/1942, que adota critérios distintos diante do conflito das normas, onde segundo o qual se deve analisar, *a priori*, a especialidade, posterioridade, hierarquia.

Temos que:

Em relação às fontes legislativas, não existe “a” fonte; existe uma multiplicidade delas, sem que nenhuma ocupe uma posição de absoluta proeminência, excludente das demais. Além disso, ficou no passado a divisão rígida e inflexível entre direito público e direito privado. As influências recíprocas são muito fortes. Tudo, sob certo aspecto, interpenetra-se (BRAGA NETTO, 2012, p. 46).

Eis que, o diálogo entre as fontes se dará a partir da aplicação conjunta das normas, onde, uma norma complementa a outra, possibilitando a subsidiariedade.

Nesse turno, Cláudia Lima (2009, p. 90) menciona que a “doutrina atualizada, porém, está a procura, hoje, mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão”. Nesse sentido, a possibilidade de interpretação das diferentes leis existentes no ordenamento, servindo como orientadores a fim de que não se afaste a proteção e garantia aos direitos já conquistados.

Admitindo-se a importância da interpretação, a qual deve estar relacionada à atitude interpretativa, temos que:

[...] Há dois pressupostos comuns à atitude interpretativa, seria que a prática não apenas existe e que esta tem uma finalidade de acordo com o interesse que se pretende alcançar e como também as regras sociais devem ser compreendidas, aplicadas ou modificadas de acordo com essa finalidade.

[...]

A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova interpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior (DWORKIN, 1999, p. 57 - 58).

Assim, pelo fato de o direito ser uma ciência normativa que tem como finalidade regulamentar condutas humanas, e que uma mesma realidade pode apresentar diferentes aspectos, se faz necessário que esta se amolde de acordo com âmbito normativo existente, se existirem normas de diferentes âmbitos deve haver a integração para melhor aplicação.

Diante da teoria do diálogo das fontes, temos como importante exemplo o Código de Defesa do Consumidor que é aplicado às relações de consumo, sendo uma norma que visa tutelar direitos e garantias em virtude de situações de vulnerabilidade, traz em seu bojo de forma clara a possibilidade da aplicação desta, nesse sentido:

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

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 7º confere aplicação à teoria do diálogo das fontes, segundo qual a lei não deve afastar os direitos dos consumidores e sim

propiciar garantias, sendo um microsistema de normas que visa tutelar a relação de consumo diante das relações consumeristas especificadas pelo diploma.

Em verdade, de acordo com o tema proposto, a alienação fiduciária de bem imóvel tem regramento próprio, porém é entendimento consolidado nos tribunais superiores sobre a aplicabilidade do código de defesa do consumidor, extrai-se que ambos os diplomas podem conviver harmonicamente.

Nesse sentido é a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.198.898 - MS (2017/0286102-8) RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE AGRAVANTE: MRV PRIME CITYLIFE INCORPORACOES SPE LTDA ADVOGADOS: RENATO CHAGAS CORRÊA DA SILVA - MS005871 ANDRÉ JACQUES LUCIANO UCHOA COSTA - MG080055 GAYA LEHN SCHNEIDER - MS010766 LEONARDO FIALHO PINTO - MG108654 AGRAVADO: MAIKO BORGES AVILA ADVOGADO: ROBERTO MENDES DA SILVA E OUTRO (S) - MS012513 AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. SIMPLES DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL AFASTADO. ACÓRDÃO ESTADUAL CUJA CONCLUSÃO DESTOA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL MAIS RECENTE DA TERCEIRA TURMA DO STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO.

[...]

De início, é importante salientar que o presente recurso foi interposto contra decisão publicada já na vigência do Novo Código de Processo Civil, de maneira que é aplicável ao caso o Enunciado Administrativo n. 3 do Plenário do STJ, segundo o qual: "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC". Na hipótese ora examinada, o Tribunal de Justiça concluiu pela caracterização do dano moral apenas em consequência do descumprimento da obrigação contratual (atraso na entrega do imóvel), consoante se destaca do seguinte trecho do acórdão recorrido (e-STJ, fls. 281-290, sem grifos no original): - Mérito: Na hipótese dos autos, a relação instaurada entre as partes é de consumo e, portanto, regida pelo Código de Proteção e de Defesa do Consumidor, que em seu art. 3º, § 2º, considera serviço, para efeitos de definição de fornecedor, "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." Se assim é, os contratos envolvendo relação de consumo têm de ser interpretados à luz do novo paradigma protetivo e de princípios tais como: "vulnerabilidade do consumidor" (art. 4º, I, do CDC); "da interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor" (art. 47, do CDC), entre outros, competindo ao julgador, no caso concreto, ponderar os fatos apresentados, de sorte a tomar a decisão que mais se aproxima do justo. Demais disso, em caso de conflito entre o interesse do usuário e o interesse do fornecedor, o contrato deverá ser

interpretado favorável ao usuário- consumidor, segundo a disposição constante do artigo 47 1 do CDC. **Vale destacar que, segundo a melhor doutrina consumerista, o CDC é lei principiológica, trazendo em seu bojo, um modelo que inexistia no ordenamento jurídico nacional, atingindo toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo, podendo inclusive interagir com outras normas, num verdadeiro "Diálogo das Fontes", diálogo este, que permite uma relação de convivência, harmonia e coordenação, entre as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico, tendo como norte os princípios da Constituição Federal, que objetivando a defesa do consumidor e a dignidade da pessoa humana, irradiam seus efeitos para o Código e Defesa do Consumidor, Código Civil e outras leis infraconstitucionais. Incidindo o CDC, a construtora requerida responde objetivamente pelos danos causados, não sendo necessária a prova de culpa ou dolo na conduta de seu agente, segundo disposição do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. (grifo nosso)**

[...]

RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADMISSIBILIDADE PELO CPC/1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2/STJ. PROCESSAMENTO PELO CPC/2015. CORRETAGEM. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. RITO DOS ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015. I - RECURSO ESPECIAL DA INCORPORADORA. LEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM'. TEORIA DA ASSERTÃO. PRESCRIÇÃO E CASO FORTUITO. ALEGAÇÃO GENÉRICA. ÓBICE DA SÚMULA 284/STF. II - RECURSO ESPECIAL ADESIVO DOS CONSUMIDORES. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL. ATRASO DA OBRA. CURTO PERÍODO. MERO INADIMPLEMENTO. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. ÓBICE DA SÚMULA 7/STF. REPETIÇÃO EM DOBRO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. III - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 3.1. Legitimidade passiva 'ad causam' da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder a demanda em que é pleiteada pelo promitente-comprador a restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, alegando-se prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor. IV. RECURSO ESPECIAL DA INCORPORADORA: 4.1. Aplicação da tese ao caso concreto, rejeitando-se a preliminar de ilegitimidade passiva. 4.2. Incidência do óbice da Súmula 284/STF no que tange às alegações de prescrição e de caso fortuito, tendo em vista o caráter genérico das razões recursais. V. RECURSO ESPECIAL ADESIVO DOS CONSUMIDORES: 5.1. Inocorrência de abalo moral indenizável pelo atraso de alguns meses na conclusão da obra, em razão das circunstâncias do caso concreto. 5.2. Incidência do óbice da Súmula 7/STJ, no que tange à pretensão de condenação da incorporadora ao pagamento de indenização por lucros cessantes durante o curto período do atraso na entrega da obra. 5.3. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal 'a quo' (Súmula 211/STJ). 5.4. Ausência de prequestionamento da questão referente à repetição em dobro dos valores da comissão de corretagem e do serviço de assessoria imobiliária. VI - RECURSOS ESPECIAIS DESPROVIDOS. (REsp n. 1.551.968/SP. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 6/9/2016.

Sem grifo no original). Em razão da discordância com o recente entendimento da Terceira Turma desta Corte, o acórdão recorrido deve ser reformado no ponto. Prejudicados os demais pedidos. Ante o exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial a fim de julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais. Publique-se. Brasília, 19 de fevereiro de 2018. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator. (STJ – AREsp: 1198898 MS 2017/0286102-8, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 26/02/2018).

Dessa forma, o operador do direito poderá se deparar com situações onde haverá mais de uma norma passível de aplicação diante do caso concreto, nesse sentido propõe a teoria do diálogo das fontes que não deve haver exclusão formal entre as espécies existentes no ordenamento, deve existir uma relação de convivência e adequação, privilegiando-se a hermenêutica, partindo da ideia do ordenamento como um sistema coordenado e coerente, que tem como critérios valores e princípios.

## 2.5 A LEI DE Nº 9.514/1997 *VERSUS* CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Cinge-se a controvérsia acerca da aplicabilidade dos institutos jurídicos da Lei Federal 9.514 de 1997, norma específica que trata dos contratos de mútuo com alienação fiduciária de bem imóvel pelo Sistema de Financeiro Imobiliário e o Código de Defesa do Consumidor, diploma normativo que visa tutelar as relações de consumo de maneira geral.

O questionamento acerca de qual diploma deve prevalecer diante do caso em concreto demanda soluções, entre as quais, a jurisprudência vem sendo aplicada de acordo com a análise dos comandos normativos e à luz dos princípios da Carta Magna de 1988.

Admitir a existência do conflito entre a lei de alienação fiduciária de bem imóvel e o Código de Defesa do Consumidor é estar diante de contradições que não deveriam existir, tendo em vista a relevância social.

Nesse sentido, é interessante salientar alguns critérios que poderiam resolver as contradições entre as normas, partindo da observação que ambos os diplomas são leis ordinárias, nesse sentido, não existe hierarquia. Então, outros critérios devem ser observados com a finalidade de afastar ou não a incidência, que são o critério cronológico e o da especialidade. Temos que em relação ao critério cronológico a Lei 9.514 é do ano de 1997 e o CDC é do ano de 1990, portanto, a lei que trata da alienação fiduciária é mais recente, afastaria, nesse caso, a incidência do CDC. Além disso, há o critério da especialidade e a Lei

9.514 de 1997 que disciplina o assunto sobre os contratos de alienação fiduciária de bens imóveis é lei especial, mas uma vez afastaria a incidência.

Em virtude da irradiação dos princípios constitucionais, temos que apesar dos critérios adotados para definir a aplicabilidade das normas, deve existir sempre a prevalência e a ponderação diante do que está disposto na Constituição Federal de 1988. Por isso, a relevância da jurisprudência diante da análise do caso em concreto.

Entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

**Ementa:** AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 567.462 - PR (2014/0214767-1). RELATOR: MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA AGRAVANTE: C E D DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA ADVOGADO: ALBERTO XAVIER PEDRO E OUTRO(S) - PR026935 AGRAVADO: YOLANDA RIBEIRO DE FREITAS ADVOGADO: ANNA LUIZA PUPO CABRAL E OUTRO(S) - PR037781 DECISÃO. Trata-se de agravo nos próprios autos interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial por incidência das Súmulas n. 7/STJ e 282/STF (e-STJ fls. 366/368). O acórdão recorrido está assim ementado (e-STJ fl. 308): PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. MÉTODO DE AMORTIZAÇÃO. "SAC" - SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO CONSTANTE. CABIMENTO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS INCONTROVERSA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA PERMISSIVA. MULTA MORATÓRIA 10%. ABUSIVIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 52, § 1º, DO CDC. REPETIÇÃO SIMPLES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, COM A READEQUAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA. Os embargos declaratórios opostos ao acórdão recorrido foram rejeitados (e-STJ fls. 330/334). **Nas razões do especial, fundamentadas no art. 105, III, alínea "a", da CF, a recorrente apontou afronta aos artigos 5º, III, da Lei n. 9.514/97, 52, § 1º, do CDC e 412 do CC/2002. Sustenta que, nas operações de financiamento imobiliário no âmbito do SFI - Sistema Financeiro Imobiliário, o anatocismo é condição essencial do negócio, conforme dispõe o art. 5º, III, da Lei n. 9.514/97. Aduz que "A adoção do Sistema de Amortização Constante - SAC como parâmetro para a fixação das parcelas do financiamento é objeto de cláusula específica no 'Contrato de Compra e Venda com Alienação Fiduciária' celebrado entre as partes, o que, por si só, é suficiente para revestir de legalidade os termos avençados no referido instrumento" (e-STJ fl. 351). Afirma que, ao afastar os juros capitalizados, o acórdão recorrido desnaturou a compra e venda com alienação fiduciária celebrada entre as partes no regime SFI. "Se a capitalização de juros é condição essencial da Compra e Venda com Alienação Fiduciária (art. 5º, III, Lei 9.514/97), tal disposição legal sequer precisaria constar do instrumento contratual, pois a letra da lei não precisa ser repetida no contrato para ter efeito" (e-STJ fl. 352). Sustenta, por fim, possuir a multa prevista no contrato natureza compensatória, e não moratória, não se aplicando, portanto, a limitação do art. 52, § 1º, do CDC. No agravo (e-STJ fls. 371/379), refuta os**

**fundamentos da decisão agravada. Não houve contraminuta (e-STJ fl. 381). É o relatório. Decido. (grifo nosso)**

[...]

Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. AÇÃO DE RESOLUÇÃO PARCIAL DE CONTRATO E RESTITUIÇÃO DE VALORES COM PEDIDO DE ADIMPLEMENTO DE CONTRATO DE PLANTA COMUNITÁRIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO À RESTITUIÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. ARTS. 538 E 884 DO CC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 DO STF E 211 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. O Tribunal de origem entendeu que "não tendo a demandada retribuído o investimento realizado pelo consumidor, conforme determinava a portaria que regulamentava a relação entabulada entre as partes à época, nada impede que o contratante postule e veja reconhecido seu direito em ver o valor investido devidamente devolvido. Rever esta conclusão esbarraria no óbice das Súmulas 5 e 7 do STJ".

2. A matéria referente ao art. 884 do CC não foi objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial (Súmulas 282/STF e 211/STJ). O Superior Tribunal de Justiça não reconhece o prequestionamento pela simples interposição de embargos de declaração. Persistindo a omissão, é necessária a interposição de recurso especial por afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil, sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 663.279/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe de 28/08/2015) Da natureza jurídica da multa contratual O Tribunal a quo manteve a redução da multa contratual para 2% sob os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 310/313): Quanto à alegação de que "a multa de 10% constante no contrato é de natureza compensatória, não incidindo o artigo 52, § Io, do Código de Defesa do Consumidor", não merece prosperar, eis que o contrato foi celebrado, no dia 31.03.2004, ou seja, em plena vigência das normas consumeristas, motivo pelo qual correta à aplicação do artigo 52, § Io, do Código de Defesa do Consumidor.

[...]

(STJ – AREsp: 567462 PR 2014/0214767-1, Relator: Ministro ANTÔNIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 22/08/2018).

Importante salienta-se que os contratos de alienação fiduciária são produzidos em “massa”, pois grande parcela da população não detém o poder aquisitivo para pagar à vista, deste fato extrai-se a relevância do assunto, seja do ponto de vista econômico, o qual reflete no político, social e jurídico.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXII, tutela a proteção dos direitos do consumidor, o qual devem se materializar por meio de prestações positivas a

serem realizadas pelo Estado, sejam por meio de leis e políticas públicas que promovam a igualdade material.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de alienação fiduciária em garantia ocorreu em virtude de questiona-se os eventuais desequilíbrios entre as partes contratantes.

Tendo que “a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos direitos dos consumidores no Brasil [...], garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor”, (MARQUES, 2009, p. 27). Portanto, não se pode admitir que uma lei infraconstitucional viesse a restringir direitos conquistados, retrocedendo às garantias e fundamentos Constitucionais.

O contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, realizado através do Sistema Financeiro Imobiliário é um típico contrato de adesão, assim dispõe o art. 54 do código de defesa do consumidor, “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

O Código de Defesa do Consumidor é um importante diploma normativo que veio a amparar legalmente as relações de consumo a fim de coibir excessos e abusos, tendo como finalidade o equilíbrio entre as partes contratantes.

Prevê o caput do art. 53 do CDC que:

**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.

Assim, a fim de se garantir a segurança jurídica nas relações contratuais como maior estabilidade no mercado imobiliário, pois o abuso no poder contratual evidencia a desvantagem do consumidor e pode ocasionar a nulidade/anulabilidade das cláusulas e até do contrato.

Nesse sentido, temos que:

[...] não se pode esquecer que alienação fiduciária em garantia, em regra, constitui um negócio jurídico de consumo, subsumindo-se a Lei 8078/1990. O próprio art.53 do CDC, dispositivo que ainda será analisado, menciona a alienação fiduciária em garantia, ao prever a nulidade absoluta da cláusula de perda de todas as parcelas pagas, em caso de inadimplemento (nulidade da cláusula de decaimento), (TARTUCE, 2005, p. 628).

A alienação fiduciária é uma promessa de compra e venda em garantia, tem natureza instrumental e serve de liame a garantia e proteção ao crédito, como também facilita a obtenção do objeto por parte do aderente.

Importante trazer o conceito de contrato de compra e venda:

Compra e venda é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo em contraprestação determinada soma de dinheiro ou valor fiduciário equivalente. (GOMES, 1997, p. 244).

Tendo em vista a tutela da proteção dos direitos do consumidor em virtude das desigualdades, com fundamento na boa-fé e o no equilíbrio, traz-nos a Constituição Federal de 1988 garantias e valores de modo a humanizar as relações jurídicas.

### **3. A MORADIA**

Neste capítulo propõe demonstrar a relevância do direito a moradia, normatizada no art. 6º da Constituição Federal de 1988, o qual traz como “direito social o direito a moradia”, sendo este fundamental ao ordenamento jurídico.

O direito a propriedade tem como razão o Estado democrático, advindo da constitucionalização do direito civil condicionada à observância da função social, o qual se exige do Estado uma prestação jurisdicional, não podendo este vincular-se apenas a acepção econômica.

Preconiza o art. 23, inciso IX, da CF/88 que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. A tutela do Estado em promover a concretização do direito a moradia tem como parâmetro das garantias

fundamentais, (COMPARATO, 1989, p. 46) “o núcleo essencial dos direitos humanos reside na vida e na dignidade da pessoa”.

Ademais, a alienação fiduciária que tem como garantia bem imóvel tem como finalidade essencial o direito à moradia, o qual tem o cunho social, a partir da construção de um vínculo obrigacional, porém apresenta vantagens e desvantagens, já tratadas.

Oportuno se faz mencionar o art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

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

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, marco normativo, o qual se aplica ao ordenamento jurídico, e, define pressuposto de conduta estatal a ser garantida:

Art. 25 Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Também no mesmo sentido, o Brasil ratificou o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, sociais e culturais por meio do Decreto nº591/92:

Art. 11 Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

O direito a moradia é um direito humano, consagrado como fundamental e indispensável à dignidade da pessoa humana, sem o qual não há garantia ao mínimo existencial, sendo de responsabilidade do Estado brasileiro viabilizar a efetividade.

No mais, tem-se como importante diploma normativo a Constituição Cidadã de 1988, da qual emanam as demais normas, com sua publicação e promulgação trouxe em seu texto normativo importantes fundamentos jurídicos, entre os quais, a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, diante de situações conflitantes serve como definidora de problemáticas, tendo em vista a sua amplitude, por ser necessária a observância aos seus preceitos, sendo norma que assegura garantias e tem como finalidade a efetividade a direitos fundamentais.

### 3.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL

Nesta linha, a Constituição Federal de 1988, disciplina que o ordenamento jurídico brasileiro traz no seu bojo um rol de direitos fundamentais, rol exemplificativo, questão pacificada na doutrina e jurisprudência. Na doutrina temos importantes contribuições de Rodolfo Arango, Julieta Lemaitre, Celso Ribeiro Bastos, entre outros.

Nesse sentido está a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO. LEI 8.009/90. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. DEVEDOR NÃO RESIDENTE EM VIRTUDE DE USUFRUTO VITALÍCIO DO IMÓVEL EM BENEFÍCIO DE SUA GENITORA. DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ESTATUTO DO IDOSO. IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL.

**1. A Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental. (grifo nosso)**

2. A Carta Política, no capítulo VII, intitulado "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso", preconizou especial proteção ao idoso, incumbindo desse mister a sociedade, o Estado e a própria família, o que foi regulamentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que consagra ao idoso a condição de sujeito de todos os direitos fundamentais, conferindo-lhe expectativa de moradia digna no seio da família natural, e situando o idoso, por conseguinte, como parte integrante dessa família.

3. O caso sob análise encarta a peculiaridade de a genitora do proprietário residir no imóvel, na condição de usufrutuária vitalícia, e aquele, por tal razão, habita com sua família imóvel alugado. Forçoso concluir, então, que a Constituição Federal alçou o direito à moradia à condição de desdobramento da própria dignidade humana, razão pela qual, quer por considerar que a genitora do recorrido é membro dessa entidade familiar, quer por vislumbrar que o amparo à mãe idosa é razão mais do que suficiente para justificar o fato de que o nu-proprietário habita imóvel alugado com sua família direta, ressoa estreme de dúvidas que o seu único bem imóvel faz jus à proteção conferida pela Lei 8.009/1990.

4. Ademais, no caso ora sob análise, o Tribunal de origem, com ampla cognição fático-probatória, entendeu pela impenhorabilidade do bem litigioso, consignando a inexistência de propriedade sobre outros imóveis. Infirmar tal decisão implicaria o revolvimento de fatos e provas, o que é defeso a esta Corte ante o teor da Súmula 7 do STJ.

5. Recurso especial não provido. (REsp: 2007/0106323-9 SC, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data do julgamento: 10/04/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data da publicação: DJe 23/04/2012).

Nesse sentido, temos entre os direitos fundamentais, o direito à moradia, sendo este essencial e fundamental a dignidade da pessoa humana, portanto, significativa a sua tutela.

Luiz Edson Fachin, em sua obra Estatuto do Patrimônio Mínimo, menciona o dever obrigacional do Estado em garantir o mínimo patrimonial ao particular, sendo este o “desiderato a que almeja a Teoria é proporcionar uma situação de equilíbrio nas relações privadas”.

O Estado Democrático tem o poder/dever de promover a efetivação dos direitos sociais, destaca-se:

[...] nesse passo, não se tratar de interesses opostos ou excludentes. Não há, pois, defesa da ilegitimidade do crédito em si mesmo. Cogita-se, tão-somente, do estabelecimento de limites à pretensão creditícia e não sua impugnação ontológica. E diante de um dano injusto, cuja reparação busca o credor em face do autor do ato, a tutela patrimonial buscará equilíbrio no juízo de proporcionalidade entre os interesses envolvidos. (FACHIN, 2006, p. 157).

A Teoria do Estatuto do Patrimônio Mínimo vincula-se ao direito à moradia, constitucionalmente previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, nesse sentido, importante, trazermos que, “Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”, (BOBBIO, 1992, p. 30).

Tendo como finalidade resguardar a dignidade o Estado não pode privar o ser humano do direito a moradia ou tornar esse algo impossível de ser atingido tendo em vista a grande diferença social.

A intervenção estatal tem papel primordial nessa consecução da garantia ao mínimo existencial, seja em virtude das condições da efetividade por meio de acesso a políticas voltadas para esse fim de proporcionar mecanismos que facilitem a aquisição da moradia, promovendo meios que viabilizem, seja por meio de programas e planos de ação que criem mecanismos de inclusão social. Com o advento da Lei nº 9.514 de 1997 que trata sobre o sistema de financiamento imobiliário, restou incentivado o direito social à moradia.

Nesse passo, se questiona a relação entre moradia e o mínimo existencial quando o caso envolve contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, pois alguns princípios basilares devem ser utilizados para dirimir a controvérsia, em busca de um resultado satisfatório e equilibrado. Não se pode mais admitir a supressão de direitos, pois todo direito fundamental tem como fundo de base à dignidade da pessoa humana.

Desse modo, não há como desvincular o direito a moradia como fundamental sendo de responsabilidade do Estado Democrático promover por meios legítimos a possibilidade da efetivação, tratando com isonomia e tutelando os direitos da classe menos favorecida economicamente diante do histórico de grandes desigualdades sociais.

### 3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Importante mencionar Immanuel Kant (2005) em sua obra a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, o qual constrói um conceito sobre Dignidade Humana, isso, a partir da análise de influências. Ressalta a maneira que o homem deve agir perante a sociedade. Segundo Kant, o homem de fato age de acordo com a vontade humana, esperando, assim, uma “boa ação”, de acordo com o “dever puro”, como também, de acordo com interesses extrínsecos. Para Kant o homem age de acordo com a “Lei universal”, ou seja, o “imperativo categórico”, pois se utiliza da sociedade “sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio”. O ensinamento de Kant nos leva a refletir sobre as vontades do homem, seus anseios e qual seria, para ele, a melhor descrição da Dignidade Humana, em sua obra fala que esta se constrói, seja a partir da finalidade das ações como da autonomia da vontade, pautadas na racionalidade.

A Constituição Federal de 1988 em observância aos direitos fundamentais consagra no ordenamento jurídico o princípio da dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

Importante, nessa linha de raciocínio trazer o conceito de vulnerabilidade, de acordo com a revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em Belo Horizonte:

O dicionário *Robert* reconhece também à palavra ‘vulnerável’ dois sentidos maiores. O adjetivo pode qualificar aquele que pode ser ferido, afetado, atingido (por um mal físico), bem como ele pode exprimir a qualidade daquele que pode ser facilmente atingido (abstrata ou moralmente) ou que mal se defende (diz-se, por exemplo, que a inexperiência torna ‘vulnerável’). Aquilo que é preciso reter em nossa perspectiva é que ‘vulnerável’ não é ter alguma ‘fraqueza’. Mais do que um ser atingido por uma tal ‘deficiência’, o emprego do termo serve para qualificar um ser que se encontra em uma *situação* ou *posição*. Trata-se da ocorrência de uma situação ou oposição física ou moral que torna este ser mais frágil do que ele é normalmente, ou que ele não deveria ser. Porém, sobre o plano da existência, a título de indivíduos, a ‘vulnerabilidade’ diz respeito ao sentido que ela revela da ‘condição humana’. (Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, pp. 641 - 673, jul./dez. 2017).

A vulnerabilidade está ligada a dignidade da pessoa humana, onde aquela não é defeito é, porém um estado de fato.

Salienta-se ainda que, mesmo reconhecendo a relevância social do direito a moradia e a proteção institucional aos vulneráveis, existe uma desvantagem contratual quando o credor for instituição financeira.

Segundo LÔBO (1999), o direito Civil vem passando por constantes mudanças sociais, no Código Civil de 1916 a prioridade era a proteção patrimonial, o Código Civil de 2002 vêm com um novo viés “o olhar voltado para homem” e a proteção é direcionada de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, este fenômeno contemporâneo se deve ao grande espaço que este tem conquistado, quais sejam, de direitos e garantias fundamentais, retirando o patrimônio do centro das atenções do ordenamento jurídico e dando destaque principal à dignidade da pessoa humana.

Na medida em que temos a construção do princípio da dignidade da pessoa humana como norteador do ordenamento, não podemos afastar sua aplicabilidade diante da função social da propriedade, ideologia contratual intimamente ligada aos contratos de alienação fiduciária, tendo em vista a dignidade da pessoa humana.

Vejamos:

Garantia da dignidade humana decorre, desde logo, verdadeiro imperativo axiológico de toda ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado. (SARLET, 2001, p. 88).

Diante de um contexto social tem-se também como importante que os contratos devem sempre acompanhar as mudanças sociais, e, isso não pode ser diferente quando se fala em contratos formalizados com instituições financeiras, pois o que se pretende é equilíbrio.

Conquistou-se também, a consciência da necessidade de se formalizar o acordo estabelecido por meio de um contrato a fim de dirimir controvérsias, pois a partir de sua formação com regras pré-estabelecidas, as partes têm uma maior segurança para dirimir os conflitos que possam surgir.

É precisa a assertiva que:

A dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplici esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade (SARLET, 2001, p. 46).

Frise-se, no entanto, que as instituições financeiras deveriam observar a necessária informação, precisa e clara, isso, em virtude do dever jurídico da lealdade contratual, para que aquele que confia não venha a sofrer inúmeros transtornos, tornando inviável a aquisição a moradia por desconhecer detalhes específicos que são aplicados a esta modalidade contratual.

Tem se mostrado cada vez mais a importância da análise interpretativa sobre o conteúdo dos contratos e seus efeitos jurídicos, pois estes vêm sofrendo grandes mudanças, por no passado terem sido sucedâneo ao desequilíbrio social e financeiro.

Atualmente, na maior parte dos contratos em espécie o princípio da *pacta sunt servanda*, "o pacto assumido deve ser respeitado", vem sofrendo mitigação/relativização dos efeitos, e, o caso concreto deve ser observado.

Porém, quando a questão envolve contrato de alienação fiduciária, temos que a questão não tomou os contornos que vem sendo definido, o princípio da pacta sunt servanda ainda é aplicado, e a mitigação dos seus efeitos em favor do aderente é afastada, mesmo sabendo que é prejudicial.

#### **4. OS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL**

Tendo como cenário o direito contratual vigente, neste capítulo serão abordados os contratos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, seu aspecto histórico e surgimento no direito positivo brasileiro, o conceito, a natureza jurídica, as regras aplicáveis e os requisitos para formalização.

Extrai-se, das seguintes lições o aspecto relevante sobre análise dos contratos:

Deve, pois, ser reforçada a ideia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente. (NEGREIROS, 2002, p. 209).

Nesse sentido, os contratos têm um importante papel de funcionalidade no mundo jurídico, permeados que são de normatividade e carga valorativa.

O instituto da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis foi instituído no Brasil com o advento da Lei Federal de nº. 9.514 de 1997, em virtude da criação do Sistema de Financiamento Imobiliário, tendo como finalidade a busca em garantir o financiamento imobiliário e a consecução de empreendimentos.

Buscou-se também, uniformidade no trato das relações o qual só se tornou viável diante de uma lei específica e um contrato prevendo previamente as cláusulas a serem estipuladas.

Tem-se a seguinte observação de Melhim Namem Chalhub:

Com a generalização, o legislador deixa clara sua intenção de dotar o setor imobiliário, em toda a sua amplitude, de um novo instrumento para dinamização de suas atividades, em atenção à sua função multiplicadora na economia e à sua capacidade de geração de empregos em larga escala e, em

especial, viabilizar o funcionamento do mercado secundário de créditos imobiliários. (CHALHUB, 2006, p. 202-203).

Também será abordado neste capítulo que, independente da modalidade contratual, a importância de ser observada a vontade real dos contratantes, para que o contrato cumpra com a sua função.

Interessante observa a seguinte conceituação acerca dos contratos:

O contrato hoje pode ser conceituado como um instrumento de tutela à pessoa humana, um suporte para o livre desenvolvimento de sua existência, inserindo-se a pessoa em sociedade em uma diretriz de solidariedade (art. 1º, III, Constituição Federal), na qual o “estar para o outro” se converte em linha hermenêutica de todas as situações patrimoniais (PINTO, 2018, p. 351).

De outro lado, importante observar que como a evolução contratual alguns conceitos sofreram relativização. Atualmente, admitir que os contratos contemporâneos tenham com base o *pacta sunt servanda*, ou seja, possam exigir que o contratante cumpra, *ipsis litteris*, o pactuado, sem que haja possibilidade de interpretar suas cláusulas, engessaria o ordenamento jurídico e o afastaria da análise do caso concreto.

Ademais, com base na nova ordem jurídica, exigir o cumprimento forçado de uma obrigação, sem se extrair das cláusulas contratuais uma interpretação equitativa seria um retrocesso, em virtude disso surgiu a teoria da imprevisão contratual, na qual temos o princípio da *rebus sic stantibus*, que traz a possibilidade de mitigação dos efeitos advindos do contrato de trato sucessivo, admitindo-se que fatores externos ou internos podem influenciar, e que a alteração contratual é possível a partir de certas circunstâncias. Porém, também não se pode negar que o que fora pactuado, em regra, deve ser cumprido, mas que para isso deve-se buscar a equidade contratual.

Assim, os instrumentos contratuais vêm se amoldando em conformidade com as alterações sociais, seguindo valores éticos e respeitando os requisitos legais sem os quais haveria margem de insegurança jurídica.

#### 4.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E SURGIMENTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Dada à importância que o Direito Contratual tem assumido no decorrer dos anos, diante de sua socialização, existem significativas mudanças a serem tratadas neste capítulo.

A alienação fiduciária teve origem na antiga Roma, porém foi introduzido no Brasil através da Lei 4.728 de 1965, que tratou sobre o mercado de capitais. Nesse sentido, o termo utilizado era de domínio resolúvel, ou seja, aquele sujeito à extinção pelo inadimplemento da obrigação resolutiva como condição que limitava o direito de propriedade.

No entanto, o legislador percebeu que aquela denominação gerava controvérsias acerca do objeto e resolveu alterá-la para o termo propriedade fiduciária, ou seja, aquela constituída para fins de garantia do cumprimento da obrigação mediante o registro no cartório de registro de imóveis competente. Constatou-se, que assim atenderia melhor a denominação do instituto.

Além do mais, a alienação fiduciária surgiu a partir dos contratos envolvendo os bens móveis, porém de maneira restrita e que gerava inúmeras injustiças. Quanto a isso temos o seguinte esclarecimento:

[...] na década de 90, alienação fiduciária estava restrita aos bens móveis, diante da redação do caput do art.66-A, inserido na Lei 4.728/1965 pela Medida Provisória 2.160-50/2001. Esclareça-se que a última norma não mencionava se o bem móvel poderia ser fungível ou substituível. De qualquer modo, já não se admitia a alienação fiduciária de bem fungível, diante das dificuldades de sua individualização, requisito essencial à especialização da garantia real (TARTUCE, 2005, p. 627).

No entanto, no ano de 1997, surge a Lei 9.514, denominada de Lei de Financiamento Imobiliário que traz a alienação fiduciária de bem imóvel como propriedade resolúvel, onde o objeto contratado se subordina à condição resolutiva, permitindo à participação de pessoa física ou jurídica, e não sendo mais exclusividade das instituições financeiras (CANUTO, 2003, p.109-110).

O Código Civil Brasileiro de 1916 adotava um modelo jurídico onde a *fidúcia* não recebia a devida proteção, gerando inúmeras inseguranças e dificuldade de concretização de negócios. Somente a partir do Código Civil de 2002, passou a *fidúcia* a figurar como direito real em garantia e receber a importância devida, o qual passou a ser denominado de propriedade fiduciária.

Outrossim, é de lembrar da contribuição da sociedade liberal burguesa que, por volta século XIX, rompeu com a nobreza, mostrando-se flexível às mudanças que vinham ocorrendo e apta a adequar-se às novas realidades, pois os valores sociais passavam por grandes alterações no decorrer dos anos.

Em termos históricos, poderíamos situar características marcantes no direito contratual, ou seja, seus efeitos numa época em que a sociedade buscava um modelo social.

No livro *A Alienação Fiduciária Sobre Bens Imóveis* (SAAD 2001, p. 44), diz que os contratos de alienação fiduciária surgiram a partir dos negócios jurídicos fiduciários germânicos com o *trust receipt* (recibo de confiança) e a *mortgage* (hipoteca) do direito anglo-americano.

Para os romanos havia uma preocupação com o cumprimento do que fora pactuado, o negócio jurídico depois de concluído se sujeitava à máxima *pacta sunt servanda* (GONÇALVES, 2006, p.168- 169). Nesse sentido, era dado ao credor o poder sobre o corpo do devedor, pelo qual aquele poderia dispor caso não houvesse o cumprimento da obrigação pactuada, sendo esse ônus corporal uma garantia pessoal onde à pessoa do devedor era responsável e não o seu patrimônio.

Importante evolução se deu no sentido de que com o decorrer dos tempos o inadimplemento da obrigação deixou de atingir o corpo do devedor e passou a vigorar sobre o seu patrimônio. Temos grande contribuição do Direito Romano nesse sentido, pois a alienação era uma figura clássica. Nesse sentido, a alienação fiduciária teve início a partir da figura da *fidúcia cum amico*, espécie de contrato baseado na confiança e na lealdade, o que possibilitava o acautelamento dos bens a fim de se prevenir riscos (ALVES, 2010, p. 363). Assim, este instituto é oriundo da antiga *fidúcia cum amico*, ou seja, baseada na confiança e que poderia levar ao perdimento de bens.

No caso, a *fidúcia cum creditore* se configurava quando, “o devedor transferia, por venda, bens seus ao credor, com a ressalva de recuperá-los se, dentro de certo tempo, ou sob dada condição, efetuasse o pagamento da dívida” (GONÇALVES, 2012, p. 434), a *fidúcia* transformou-se, dessa maneira no *cum fidúcia cum creditore*, que se configurava numa garantia real onde o credor se tornava proprietário de uma coisa do devedor, pois existia a obrigação de restituir (*pactum fiduciae*).

Diz José Carlos Moreira Alves que:

[...] Que o devedor, para reaver a coisa, ficava primitivamente na dependência exclusiva da vontade do credor, pois não dispunha contra este de um *actio* (ação) para compeli-lo à restituição da coisa e mesmo mais tarde quando surgiu *actio fiduciae* era ela uma relação pessoal contra o credor, razão porque se este alienasse a coisa a terceiro ao invés de restituir o devedor, pelo *actio fiduciae*, podia obter apenas indenização pelo não cumprimento do pacto da restituição da coisa (*pactum fiduciae*) e não a anulação da venda ao terceiro (ALVES, 2010, p. 351).

No Direito Romano aplicava-se a ideia de que somente as coisas fungíveis poderiam figurar como objeto de um contrato, e a *fidúcia* significava a transferência plena e ilimitadamente sobre a coisa, sendo baseada na garantia real e incondicional, já que havia a responsabilização pessoal quando do inadimplemento da obrigação. Sobre isso, tem-se que “A *fidúcia* romana é uma convenção pela qual aquele que recebeu uma coisa ou um direito pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*, se obriga a restituição, quando satisfeito o fim ou preenchida a destinação”, (CHALHUB, 1998, p.14).

Ademais, somente em 1997 com advento da Lei Federal de nº. 9.514, houve a instituição de uma lei específica para tratar sobre a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis no Brasil, com criação do Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, pois se buscou através deste reativar o crédito imobiliário.

A marcha da história coloca em movimento o Direito Contratual, não admitindo esse retrocesso. O contrato para a sociedade se apresenta na forma de um ideal que vem acompanhando as mudanças históricas e sociais, pois assim, como outros ramos do direito, este também serve para regular as relações humanas, e isso em conformidade com a realidade do momento.

#### 4.2 CONCEITO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

De início, para melhor compreensão importante uma breve reflexão acerca do conceito de alienação fiduciária. Interessante observar as lições de ALVES sobre o tema:

A alienação fiduciária em garantia é, tão-somente, o contrato que serve de título à constituição da propriedade fiduciária, que – esta, sim – é a garantia real criada, em nosso direito. [...] como ocorre no sistema jurídico brasileiro com as garantias reais até então conhecidas, há, de um lado, o contrato que serve de título a ela (contrato de penhor, contrato de hipoteca, contrato de anticrese, contrato de alienação fiduciária em garantia) e, de outro, a garantia real cujo título é um desses contratos (o penhor, a hipoteca, a anticrese, a propriedade fiduciária), (1973, p. 169).

Os Doutrinadores civilistas apresentam inúmeros conceitos acerca da definição de contratos, pois não há um único conceito aplicável. Nesse sentido, temos grande contribuição de alguns doutrinadores. Dentre estes temos GAGLIANO E PAMPLONA FILHO (2010, p. 47) os quais definem que “[...] O contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes

declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades”. Portanto, extrai-se desse conceito a necessidade de se definir o que é contrato e através deste tecer comentário o qual o relacionem a sua função social.

Nesse viés, a alienação fiduciária em garantia é:

[...] um contrato instrumental em que uma das partes, em confiança, aliena a outra a propriedade de um determinado bem, ficando esta parte (uma instituição financeira, em regra) obrigada a devolver àquela o bem que lhe foi alienado quando verificada a ocorrência de determinado fato. (RAMOS, 2012, p. 565).

Nessa senda, importante colacionar o que afirma GOMES (1983, p. 325) ao dizer que 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 que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição”.

A alienação fiduciária sobre bens imóveis trata-se de “contrato de efeitos reais que visa à constituição de direito real acessório de garantia, segundo o qual se transfere ao fiduciário (credor) a propriedade resolúvel e a posse indireta de uma coisa, com a finalidade de assegurar o cumprimento da obrigação principal pelo fiduciante (devedor)”, (SAAD, 2001, p. 44).

Observa-se, de tais entendimentos, que a finalidade de contrato é atender à função social para que ele não seja utilizado como instrumento de injustiça, buscando-se a harmonia entre as partes. Assim, descreve Eduardo Sens Santos (2002) que o contrato não pode ser entendido apenas como uma relação individual e que seus efeitos devem ser considerados, devendo sempre se buscar o bem comum e não apenas a garantia da equidade entre as partes. Na mesma linha, a partir de contrato bem redigido as partes compreendem suas obrigações e conseguem, assim, evitar litígios.

A maior parte dos doutrinadores diz que em a regra geral o contrato é um negócio jurídico bilateral, porém sem esquecer a importância da manifestação de vontade para sua validade. Entretanto, até a formação daquele alguns aspectos devem ser observados, entre os quais os deveres que decorram da relação jurídica obrigacional.

Registra-se, nesse ponto, a observação de Clovis Beviláqua (2000) em sua obra *O Direito Das Obrigações*, quando deixa clara a importância do “iter de formação” do contrato,

ou seja, o nascimento contratual e que este segue um caminho, como também ressalta a importância de seus reflexos.

Para Pontes de Miranda, o negócio jurídico fiduciário se traduz em duas relações, a do negócio jurídico e a da fidúcia, sendo importante sua distinção. Senão, vejamos:

Explica que é essa distinção que faz com que o fiduciário tenha o dever e a obrigação de exercer os seus direitos, oriundos da relação jurídica negocial, tal como lhe foi confiado na outra relação jurídica, a da fidúcia. Conclui que o termo mais adequado seria 'negócios jurídicos com fidúcia', para expressar melhor essa dualidade de relações (MIRANDA, 2000, p. 87).

De fato, em virtude das mudanças sociais ocorridas, principalmente a da socialização dos contratos, tem-se a necessidade de aplicação de parâmetros.

Além dos conceitos doutrinários, há ainda o conceito legal extraído do diploma normativo que regulamenta a matéria a partir de 1977, dado à relevância de uma Lei que trouxesse minúcias a esta modalidade contratual.

Extrai-se que:

A primeira norma específica a dispor sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário é a Lei de nº 9.514/97, o qual regulou o instituto que tinha como finalidade possibilitar e facilitar o financiamento imobiliário em geral, construiu-se, assim, um mecanismo jurídico com estrutura própria (VENOSA, 2010, p. 423).

A Lei Federal 9.514 de 1997, com o claro objetivo de proporcionar um eficiente sistema de garantia, definiu a alienação fiduciária em seu artigo 22, que reza: “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 móvel”.

Assim, sendo este o alcance dessa modalidade de contrato de alienação fiduciária de bens imóveis, que surgiu para maior segurança e garantia aos contratantes, como também para ampliar o seu campo de atuação e reduzir significativamente os riscos, ele ensejou uma maior segurança jurídica às partes.

Flávio Tartuce (2017) descreve que alienação fiduciária é uma convenção que somente produz efeitos contratuais entre as partes e que de acordo com art. 53 do código de defesa do consumidor é um negócio jurídico de consumo.

É importante mencionar que os negócios jurídicos celebrados a partir da Lei 9.514 de 1997 ficam sob a condição resolutiva e o devedor fiduciário somente torna-se titular do direito de aquisição depois de implementar da condição suspensiva. Dessa maneira, podemos falar que o desdobramento da posse direta e indireta constitui um direito real de garantia.

Sendo que “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 verifica o acontecimento a que se subordina tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição”, (GOMES, 1970, p. 16).

Silvio Venosa (2010, p. 453) diz que o instituto de alienação fiduciária, disciplinada pela legislação específica, a Lei 9.514 de 1997, teve como finalidade possibilitar e facilitar o financiamento da aquisição de imóvel seja por pessoa física ou jurídica, já que a lei não faz distinção, porém estabelecendo que aquele imóvel seja objeto em garantia ao adimplemento da obrigação.

Ressalta que, “A alienação fiduciária, o ato de alienar em si, é negocio contratual. Trata-se de instrumento, negócio jurídico, que almeja a garantia fiduciária, esta sim direito real”, (VENOSA, 2010, p. 443).

No mais, a fidúcia é o ato “entre declarantes ou manifestantes de vontade, um dos quais confia (espera) que o outro se conduza como ele deseja e, pois, tem fé”, (MIRANDA, 2000, p. 148).

No mais, a figura do negócio jurídico é:

[...], paralelamente à do negócio jurídico indireto, surgiu no final do século XIX, a partir da construção doutrinária de juristas alemães e italianos, pela qual se utiliza a transmissão do direito de propriedade com escopo de garantia, a exemplo do que já ocorria com a fidúcia romana e com o penhor da propriedade do direito germânico. O marco inicial da doutrina moderna do negócio fiduciário está na obra de Regelsberger, que o define em 1880 como ‘um negócio seriamente desejado, cuja característica consiste na incongruência ou heterogeneidade entre o escopo visado pelas partes e o meio jurídico empregado para atingi-lo. (CHALHUB, 2006, p. 41).

A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis foi instituída no mercado para facilitar o acesso ao crédito em decorrência das necessidades e anseios do mercado.

### 4.3 NATUREZA JURÍDICA

De acordo com RIZZARDO (2005), a alienação fiduciária possui natureza instrumental, sendo um contrato pelo qual se transmite uma obrigação ou direito, constituindo para o credor uma garantia por meio do qual facilita ao devedor a conquista do objeto desejado.

Para melhor se compreender a natureza jurídica do instituto de alienação fiduciária, faz-se necessário entender que “[...] a estrutura idealizada do legislador para a alienação fiduciária imobiliária como ocorre com os direitos reais em garantia revela dois momentos que sempre devem se distinguir: o da contratação e o do surgimento do direito real (VIEGAS LIMA, 2003, p. 49)”.

Nesse sentido, é sabido que o devedor detém a posse direta enquanto o credor a posse indireta. No mais, com relação à sua natureza jurídica, faz-se necessário observar os elementos fundamentais que a constituem, como estipula o Código Civil brasileiro de 2002 em seu art. 1.368-B: “A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor”.

Além do mais, “Determinar a natureza jurídica de um instituto é estabelecer o seu enquadramento dentro de uma das categorias dogmáticas admitidas no sistema jurídico de um país”, (ALVES, 1979, p. 88).

Considera-se o instituto da alienação fiduciária de bem imóvel como um direito real à sua aquisição, pelo qual o devedor vai adquirindo o bem à medida que vai adimplindo a sua obrigação.

Portanto, disso tudo se extrai que o Instituto da alienação fiduciária serve de garantia real do bem alienado, guardando, assim, relação com o direito real de aquisição, pois confere o direito real de aquisição ao fiduciante, já que nessa modalidade de contrato não há transmissão do imóvel, quem permanece com a propriedade é a instituição financeira até o adimplemento absoluto, ocorrendo, apenas, a transferência da posse direta do bem ao devedor fiduciante.

#### 4.4 REQUISITOS PARA FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

O contrato é um importante instrumento para concretização de direitos, por isso necessários requisitos legalmente previstos para sua composição. Para tanto, impõe-se observar a solenidade da Lei 9.514 de 1997, como também o regramento do Código Civil de 2002.

Os requisitos necessários a serem observados para conferir validade aos negócios jurídicos estão expostos no artigo 104 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Já a Lei 9.514 de 1997, que trata do Instituto, elenca os requisitos específicos dessa modalidade a serem observados para formalização do contrato:

Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterà:

I - o valor do principal da dívida;

II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;

III - a taxa de juros e os encargos incidentes;

IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;

V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;

VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;

VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

Parágrafo único. Caso o valor do imóvel convencionado pelas partes nos termos do inciso VI do caput deste artigo seja inferior ao utilizado pelo órgão competente como base de cálculo para a apuração do imposto sobre

transmissão inter vivos, exigível por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, este último será o valor mínimo para efeito de venda do imóvel no primeiro leilão. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

Segundo, Cristiano Vieira Sobral Pinto (2018) compõem elementos contratuais os estruturais que consistem no consentimento recíproco e os funcionais que compõem os interesses contrapostos.

#### 4.4.1 Requisitos Subjetivos

De acordo com a Lei 9.514 de 1997, a alienação fiduciária poderá ser contratada tanto por pessoa física como jurídica. As partes serão, necessariamente, credor-fiduciário e devedor-fiduciante.

Também, conforme o Código Civil de 2002, para formalização de contrato, necessário faz-se a aferição dos requisitos subjetivos, quais sejam:

- a) A existência de duas ou mais pessoas;
- b) O consentimento livre;
- c) A capacidade genérica das partes contratantes; e
- d) A aptidão específica para contratar.

No entanto, deve ser observada a capacidade das partes contratantes, em regra, qualquer pessoa pode contratar se for capaz, observado o disposto nos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002. A lei faz algumas restrições para formalização do negócio jurídico, no que concerne a proteção patrimonial, do relativamente e absolutamente incapaz.

#### 4.4.2 Requisitos Objetivos

São requisitos objetivos do contrato:

- a) A licitude do objeto;
- b) A possibilidade física;
- c) A possibilidade jurídica;
- d) O objeto determinado ou determinável; e
- e) O interesse economicamente viável.

Segundo RIZZARDO (2018, p. 12) o objeto contratado deve revelar-se lícito, sendo esse pressuposto para validade, devendo obedecer a moral, ordem pública e bons costumes. Deve também girar em torno de uma operação realizável, não se admite contrariedade à natureza humana e a Lei. Quanto a possibilidade deve existir a viabilidade de traduzir o valor econômico, nem que seja indiretamente. Quanto, a ser determinado ou determinável espera-se que se possa ser individualizado e descrever o objeto.

#### 4.4.3 Requisitos Formais

O contrato de alienação fiduciária é celebrado por instrumento escrito conforme exigência legal. Descreve RIZZARDO (2018, p. 13) que “A forma é o conjunto de solenidades a serem observadas para que o contrato alcance a eficácia jurídica”.

Atinente à forma do contrato, de acordo com Código Civil de 2002 (arts. 129 c/c 1.079), a regra é a liberdade de forma, celebrando-se o contrato pelo livre consentimento das partes contratantes.

A Lei 9.514 de 1997 exige contrato formal e solene, facultando apenas a possibilidade de que ele seja realizado por instrumento público ou particular, a saber:

Art. 38 Os atos e contratos referidos na Lei 9.514/97, ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública.

Dentro das formalidades de conformidade com o artigo 1.362, I a IV do Código Civil de 2002, no instrumento do contrato escrito devem constar: o valor da dívida; o prazo para pagamento; a taxa de juros; cláusula penal; estipulação da atualização monetária com indicação dos índices aplicáveis; descrição do objeto da alienação os elementos de sua identificação.

Deverá o contrato, para ter validade *erga omnes*, ser averbado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, conforme o artigo 1.227 do Código Civil de 2002.

Ademais, o contrato não pode está incluído nas hipóteses em que a lei comina nulidades, impõe-se obediência às solenidades consideradas essenciais (RIZZARDO, 2018, p. 13).

## **5. MORA NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL**

Este capítulo tem como finalidade trazer breves explanações acerca do conceito da mora, como se dará a notificação do devedor, as consequências do inadimplemento da obrigação avençada, possibilidade do pagamento após a mora e os requisitos para convalidação da propriedade.

De outra forma, importante mencionar que, é de pleno direito a resolução no caso de inadimplemento absoluto e não pode o credor-Fiduciário se escusar de fornecer a devida quitação. O art. 25 da Lei Federal de nº. 9.514/1997 determina que “com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel”.

Quanto a isso, “o evento caracterizador do implemento da condição, criando automaticamente para o credor a obrigação de dar quitação ao fiduciante e viabilizando para este a recuperação da plena propriedade do imóvel, (CHALHUB, 2006, p. 214)”.

Vale salientar que o instituto da mora de acordo com a Lei de nº 9.514 de 1997 da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel traz suas especificidades, as quais devem ser observadas, e serão demonstradas a seguir.

No mais, imprescindível não esquecer a importância da tutela estatal em face dos direitos fundamentais, considerando que a lei que disciplina a alienação fiduciária de bem imóvel não põe a salvo o direito à moradia diante de determinadas circunstâncias.

### **5.1 MORA**

Para melhor compreensão se faz necessário transcorrer sobre o conceito de mora, o Código Civil de 2002 estabelece que a situação caracteriza-se a partir da inadimplência, isso, de acordo com o art. 394, o qual “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”. Extrai-se que tanto o devedor como o credor pode incorrer em mora, compreendendo esta como uma prestação a ser adimplida.

Além do mais, de acordo com o art. 26 da Lei 9514/97, “vencida e não paga, [...], a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade [...]”. Neste

contexto, havendo a inexecução do que fora pactuado de acordo com uma obrigação assumida, fala-se em mora.

Para a configuração dos efeitos da mora exige-se a notificação do devedor da obrigação, que poderá ocorrer por meio do Cartório de Registro de Imóveis, oficial do registro de títulos e documentos ou pelo correio com aviso de recebimento, e de acordo com a Lei para satisfação da obrigação deverá ser realizada dentro do prazo de quinze dias nos termos do § 3º do art. 26 da Lei 9514/97.

Nesse sentido, com a constituição em mora do devedor haverá a extinção do contrato de alienação fiduciária como também a consolidação da propriedade no patrimônio do fiduciário. Porém, se houver a ausência de constituição em mora do devedor (notificação), suspendem-se os efeitos desta.

Vejamos os seus artigos 26 e 27:

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.

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.

Como efeitos da purgação da mora na forma do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, no caso de descumprimento contratual havendo o decurso do prazo para a purgação da mora, convalidará a alienação fiduciária do imóvel em nome da credora fiduciária.

Dessa forma, descumprida a obrigação caracterizada estará a mora e a partir desta surtiram seus efeitos legais.

## 5.2 A NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR

A notificação é um importante instrumento, configura um ato de comunicação por meio do qual se pretende dar conhecimento ao interessado acerca de determinado fato que poderá ter repercussão em sua vida, garantindo-se, assim, o “direito a informação” como também da “ampla defesa e contraditório”, constitucionalmente protegido.

Nesse sentido, estando o devedor inadimplente surge para o credor o direito/possibilidade de cobrar a satisfação da obrigação assumida, e, esta poderá ocorrer por meio da intimação/notificação, no caso a Lei de nº 9.514/97 disciplina como será o

procedimento adotado para que não ocorram vícios que possam inquinar a nulidade do ato, devido a sua importância.

Vejamos:

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.

[...]

§ 3º A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

§ 3º-A. Quando, por duas vezes, o oficial de registro de imóveis ou de registro de títulos e documentos ou o serventuário por eles credenciado houver procurado o intimando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita motivada de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, retornará ao imóvel, a fim de efetuar a intimação, na hora que designar, aplicando-se subsidiariamente o disposto nos arts. 252, 253 e 254 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 3º-B. Nos condomínios edilícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso, a intimação de que trata o § 3º-A poderá ser feita ao funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu cessionário, ou seu representante legal ou procurador encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventuário encarregado da diligência e informado ao oficial de Registro de Imóveis, que, à vista da certidão, promoverá a intimação por edital publicado durante 3 (três) dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutra de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária, contado o prazo para purgação da mora da data da última publicação do edital. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014).

Podemos extrair da Lei de nº 9.514 de 1997 que as intimações/notificações direcionadas ao devedor deverão, em regra, serão realizadas pessoalmente, pois deve ser dada a oportunidade de adimplir a obrigação. A Lei admite a realização através do representante legal ou procurador.

Será realizada por meio do Cartório de registro de imóveis competente ou o Cartório de registro de títulos e documentos do domicílio do devedor. Caso haja suspeita de ocultação é válida a intimação realizada a qualquer pessoa da família que se encontre no local. Também será considerada válida quando a pessoa do devedor se encontrar em local incerto e não sabido, onde ocorrerá por meio de edital publicado em jornal de grande circulação por três dias. Todas estas formas de procedimentos estão elencadas na Lei específica e, portanto devem ser observadas.

### 5.3 A POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO

A partir da inadimplência do devedor este será intimado/notificado para purgar a mora, ou seja, providenciar o pagamento integral do débito. O art. 26, § 1º, da Lei nº 9.514/97, assegura a possibilidade de adimplemento até a assinatura do auto de arrematação, por não haver prejuízo ao credor, esse não poderá recusar o seu recebimento. Sabendo-se que a purgação da mora tem por finalidade a conservação do negócio jurídico, dada sua importância.

O art. 39, II, da Lei nº 9.514/1997 estabelece o seguinte:

Art. 39. Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei:

[...]

II - aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.

Assegura o inciso II, art. 34 do Decreto nº 70/1966:

Art 34. É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o artigo 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos:

I - se a purgação se efetuar conforme o parágrafo primeiro do artigo 31, o débito será acrescido das penalidades previstas no contrato de hipoteca, até 10% (dez por cento) do valor do mesmo débito, e da remuneração do agente fiduciário;

II - daí em diante, o débito, para os efeitos de purgação, abrangerá ainda os juros de mora e a correção monetária incidente até o momento da purgação.

Nesse sentido, é possível o adimplemento decorrente de contrato de alienação fiduciária de bem imóvel após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, porém desde que se dê até o auto de arrematação.

A recusa injustificada de se permitir ao devedor o exercício do direito de adimplir a obrigação pode ser considerada como abuso de poder por parte do credor, e a partir deste comportamento nasce para o devedor o direito de se buscar o auxílio do poder judiciário, para análise do caso e obtenção da tutela, isso em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição conforme inciso XXXV, art. 5º da Constituição Federal de 1988.

#### 5.4 OS EFEITOS DA MORA

Os contratos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel subordinam-se a *conditio juris*, ou seja, as exigências da lei, onde os efeitos da mora decorrem da aplicação desta, ou seja, transcorrido o prazo para adimplemento do débito será o devedor intimado/notificado, caso não haja o cumprimento do avençado haverá, a *posteriori*, consolidação da propriedade e, conseqüentemente, os efeitos da mora.

Importante mencionar que o entendimento consolidado na jurisprudência dos tribunais superiores é no sentido que devido à omissão legislativa da Lei 9.514/97, deve ser aplicado subsidiariamente, com relação à fixação do prazo para purgação da mora, o art. 34 do Decreto-lei 70/1966, que trata do funcionamento de associações de poupança e empréstimo, no entanto, vem sendo aplicado pelos Tribunais Superiores e autoriza que a purgação da mora poderá ocorrer até a data do auto de arrematação do imóvel.

Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nesse sentido:

Ementa: APELAÇÃO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - LEI Nº 9.514/97 - CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE - ART. 34 DO DECRETO-LEI 70/66 - PURGAÇÃO DA MORA ATÉ A ASSINATURA DO AUTO DE ARREMATAÇÃO - POSSIBILIDADE - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

I - Na exordial, sustentam os autores, em suma, que adquiriram um imóvel residencial mediante contrato de mútuo do SFH com alienação fiduciária e

que desde fevereiro de 2014 deixaram de efetuar o pagamento das parcelas do financiamento. Aduzem que, posteriormente, ao obterem recursos para a purgação da mora, se dirigiram à agência da CEF para quitar o débito, mas foram informados de que a ré já teria consolidado a propriedade e que o imóvel estaria destinado a leilão.

II - O Magistrado de primeiro grau entendeu que o procedimento adotado pela CEF satisfaz ao procedimento previsto no contrato e previsão contida no artigo 26 da Lei 9.514/97. No entanto, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito fundamental à moradia dos autores, desconstituiu a consolidação da propriedade averbada no imóvel, autorizando a consignação em pagamento, com o depósito em juízo, do valor destinado a purgar a mora, conforme liminar concedida às fls. 86/87.

III - Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, o contrato de mútuo não se extingue com a consolidação da propriedade em nome do fiduciário, mas pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, havendo a possibilidade de purgação da mora até a lavratura do auto de arrematação.

**IV - A purgação da mora implica no pagamento da integralidade do débito, inclusive dos encargos legais e contratuais, portanto, deve o fiduciante arcar com as despesas decorrentes da consolidação da propriedade em favor do fiduciário, conforme estabelece o art. 34 do DL n.º 70/66. (grifo nosso)**

**V- Autorizada a purgação da mora, na forma do artigo 26, § 1º, da Lei 9.514/97, pela aplicação subsidiária do artigo 34 do DL 70/66, até a assinatura do auto de arrematação, perante a instituição bancária, a quem compete apresentar, diretamente ao devedor, planilha com o montante referente ao valor integral do débito em seu favor. (grifo nosso)**

VI - In casu, a parte autora comprovou ter efetuado o depósito judicial do valor destinado a purgar a mora no valor de R\$ 5.465,99, a CEF a apresentar contestação às fls. 98/101 informou que o montante da dívida em 25/02/2015 seria de R\$ 7.447,74, incluídas as despesas de execução (fl. 98). Foi juntada guia de depósito judicial no importe de R\$ 352,72 (fl. 128). À fl. 135, a parte autora foi intimada a complementar o valor depositado. Tal providência foi cumprida pelos requerentes (R\$ 1.981,75 - fl.139). Houve nova complementação à fl. 144. VII - No que tange ao cancelamento da averbação da consolidação da propriedade, tais custas deverão correr por conta da própria autora.

VIII - Em face do princípio da causalidade, são devidos honorários em desfavor da CEF, pois a ação foi movida pela parte autora, a qual decaiu de parte mínima do pedido, sendo reconhecida a possibilidade de purgação mesmo com a consolidação da propriedade em nome da credora fiduciária.

IX - Ademais, a pretensão foi resistida pela Ré ao alegar, em sede de contestação, que a parte autora é carecedora do direito por falta de interesse de agir, eis que o imóvel já teve a sua propriedade consolidada a favor da Caixa, além de afirmar que, com o vencimento antecipado da dívida, o saldo

devedor total de R\$ 51.064,51 e mais as despesas, recusando expressamente o valor depositado como pagamento.

X - Fixada a verba honorária no percentual mínimo de 10% do proveito econômico obtido, a cargo da CEF, nos termos do art. 85, 2º do CPC. XI - Apelação da parte autora provida e recurso da CEF parcialmente provido. (TRF-3-AP: 00000835420154036116 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, Data de julgamento: 08/05/2018, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial, DATA: 17/05/2018).

E mais,

**APELAÇÃO - PROCESSUAL CIVIL - SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO - LEI Nº 9.514/97 - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE - ART. 34 DO DECRETO-LEI 70/66 - PURGAÇÃO DA MORA ATÉ A ASSINATURA DO AUTO DE ARREMATACÃO - PAGAMENTO DE VALORES INCONTROVERSOS - ARTIGO 50 DA LEI Nº 10.931/2004.**

I - O contrato firmado entre as partes possui cláusula de alienação fiduciária em garantia, na forma do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, cujo regime de satisfação da obrigação difere dos mútuos firmados com garantia hipotecária, posto que na hipótese de descumprimento contratual e decorrido o prazo para a purgação da mora, ocasiona a consolidação da propriedade do imóvel em nome da credora fiduciária.

II - O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia, não ofende a ordem constitucional vigente, sendo passível de apreciação pelo Poder Judiciário, caso o devedor assim considerar necessário. Precedentes desta E. Corte: AC 00117882720114036104, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. MAURICIO KATO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/12/2015; AC 00096348420124036109, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/12/2015; AC 00137751320114036100, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. CECILIA MELLO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/09/2015.

III - Não há ilegalidade na forma utilizada para satisfação dos direitos da credora fiduciária, sob pena de ofender ao disposto nos artigos 26 e 27, da Lei nº 9.514/97.

**IV - Muito embora o STJ venha admitindo a aplicabilidade da Lei consumerista aos contratos regidos pelo Sistema Financeiro Imobiliário e que se trate de contrato de adesão, sua utilização não é indiscriminada, ainda mais que não restou comprovada abusividade nas cláusulas adotadas no contrato de mútuo em tela, que viessem a contrariar a legislação de regência. (grifo nosso)**

**V - Segundo entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mesmo após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, a purgação da mora até a assinatura do auto de arrematação não encontra nenhum entrave procedimental, desde que cumpridas todas as exigências previstas no art. 34 do Decreto-Lei nº 70/1966. (grifo nosso)**

**VI - A purgação da mora implica no pagamento da integralidade do débito, inclusive dos encargos legais e contratuais, não sendo a hipótese dos presentes autos, uma vez que os agravantes postulam seja autorizado tão somente o depósito das prestações nos valores que entendem corretos, o que não atende ao disposto no art. 34 do DL nº 70/66. (grifo nosso)**

VII - O pagamento da parte incontroversa, por si só, não protege o mutuário contra a execução, assim para obter tal proteção, é preciso depositar integralmente a parte controvertida (§ 2º, artigo 50, Lei nº 10.931/2004) ou, obter do Judiciário, decisão nos termos do § 4º do artigo 50 da referida lei. Precedentes desta E. Corte: AI 00286063820084030000, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. RAMZA TARTUCE, e-DJF3 Judicial 2 DATA:28/04/2009, p. 1010 e AI 00071542520154030000, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/06/2015.

VIII - No caso dos autos, o depósito de R\$ 37.835,26 foi realizado em 22/05/2015 segundo os valores que os autores consideram devidas as prestações, conforme planilha por eles acostada (fls. 57/58).

IX - Como bem consignou o Magistrado de primeiro grau, a CEF demonstrou à fl. 134 vº que, em 28/01/2014 (data de consolidação da propriedade), o valor da dívida estava em R\$ 101.712,00, de modo que a purgação parcial da mora não autoriza a aplicação do disposto no artigo 34 do Decreto-lei nº 70/66.

X - Não conhecida à alegação no sentido da inconstitucionalidade do DL 70/66, por não estar contida na petição inicial. Precedentes desta E. Corte. XI - Apelação desprovida. (TRF-3-Ap: 0000987022015436140 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, Data de julgamento: 12/07/2018, SEGUNDA TURMA, Data de publicação: e-DJF3 Judicial, DATA: 19/07/2018).

Extrai-se do comando normativo que os efeitos da mora se darão a partir do momento em que se constata o não implemento da condição estipulada no contrato, não havendo que se falar em reversão do objeto contratado ao patrimônio do devedor, como também se caracteriza o inadimplemento absoluto da obrigação, assim, resolver-se-á o contrato, resultando na expropriação do imóvel, sob forma de consolidação da propriedade. Tem-se que a purgação da mora poderá ocorrer até a assinatura do auto de arrematação, cumprindo todas as exigências previstas no art. 34 do Decreto-Lei nº 70/1966.

Segundo LOUREIRO (2015, p. 1.324): “o inadimplemento absoluto marcará o momento a partir do qual não mais poderá o devedor fiduciante pagar as parcelas em atraso e, portanto, cumprir a condição resolutiva da propriedade fiduciária, que, então, tornar-se-á plena nas mãos do credor”.

Importante observar que:

A alienação fiduciária é a convenção que somente produz efeitos entre os negociantes, tendo efeitos contratuais. Como consequência, com a alienação 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. Extrapola-se o campo obrigacional para se adentrar no terreno dos direitos reais (TARTUCE, 2005, p. 629).

Caso haja a resolução do contrato em virtude do inadimplemento, estará inviabilizada a continuidade do vínculo obrigacional e ocorrerá o convalhecimento do objeto contratado por efeito da purgação da mora.

Nesse sentido, será averbada a consolidação e perderá o devedor fiduciante o direito real de aquisição ao imóvel. Consolidada a propriedade, o imóvel estará incorporado ao patrimônio do credor fiduciário, havendo liberação para realização do leilão, que se dará por meio da arrematação e após a assinatura se torna impossível à reversão.

## 5.5 OS REQUISITOS PARA CONVALIDAÇÃO DA PROPRIEDADE

A convalidação da propriedade ocorre após a parte devedora ser notificada e não adimplir a obrigação, e a partir desta ocorrerá o procedimento de execução previsto na Lei nº 9.514 de 1997. Aplica-se ao devedor inadimplente com relação à obrigação assumida a condição resolutiva, por meio da intimação/notificação, abre-se o prazo para purgação da mora, caso o devedor não pague, ocorrerá à convalidação da propriedade plena.

Nesse turno por meio de requerimento do credor ao Cartório de Registro de Imóveis competente, instruído com certidão de não purgação da mora e os comprovantes de pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis-ITBI.

A Lei Federal nº 9.514/97 não faculta a realização do leilão do imóvel e a convalidação da propriedade, estas ocorreram obrigatoriamente, e dentro do prazo de 30 dias obedecendo ao comando normativo.

Após o leilão, nos termos dos parágrafos 4º e 6º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, haverá a consolidação, e isso quer dizer que haverá a incorporação do bem ao patrimônio do credor fiduciário, no mais, este apenas não ocorrerá na hipótese de ausência de arremate em leilão.

De outro modo, tem-se que com a promulgação da Lei Federal nº 9.514 de 1997, nasceu um importante diploma normativo, que passou a regulamentar as relações jurídicas advindas dos contratos de alienação fiduciária de bem imóvel, no entanto, no decorrer da aplicação da lei observou-se que esta traz em seu bojo comandos que geram inúmeras desigualdades, tendo que os bens jurídicos disciplinados nessa norma, quais sejam, a moradia e o adimplemento da obrigação, não estão disciplinados de maneira equitativa.

Nessa toada, é sabido que o direito deve-se preocupar com o ser humano, e a partir do direito constitucional contemporâneo questiona-se a aplicabilidade de normas que restringem direitos já conquistados, tendo como finalidade a busca pela efetivação dos direitos fundamentais, no tocante ao direito à moradia e ao mínimo existencial, temos que estes devem ser garantidos pelo Estado.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem como proposta discorrer sobre a análise dos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis à luz dos princípios de direito, o qual tem um papel de extrema importância, mostrando-se atual no tocante à realidade social.

Não raramente, a lei traz incongruências que podem fazer do sistema uma estrutura injusta, em virtude de não atingir as peculiaridades. Chancelar formalmente as leis sem a necessária adequação aos direitos fundamentais, adotando padrões pré-estabelecidos, fere o ordenamento jurídico Constitucional.

No mais, a atuação ativa do Poder Judiciário buscando soluções que supram as realidades não isonômicas e não tuteladas pela lei faz diferença na solução e controvérsia dos litígios.

De outro modo, a liberdade de contratar e o estímulo à formalização do contrato tem como escopo a segurança jurídica. Nesse sentido, o contrato não pode ser traduzido apenas como obrigação principal, pois existe a obrigação acessória, os quais formam um conjunto obrigacional indivisível.

Não podendo os contratos ser analisados sem observância dos seus reflexos, pois já não se admite violações a direitos conquistados, devendo estar sempre pautados em consonância com a conjuntura social.

Extraí-se que, nos contratos de alienação fiduciária que envolve o direito a moradia não há equivalência aos limites e obrigações impostas. Temos que o legislador deu proteção diferenciada às partes contratantes, trazendo privilégios às instituições financeiras, deixando o consumidor em grande desvantagem contratual, existindo verdadeiro abuso de poder na busca pela tutela da dignidade humana.

Nesse diapasão, sem esquecer que o direito a moradia é bem jurídico que detém proteção Constitucional em virtude da repercussão social, percebe-se que as garantias constitucionais não podem ser neutralizadas em virtude do interesse oposto. Por tal razão, o contrato deve ser uma relação negocial equitativa, delimitando impactos, considerando a vulnerabilidade e hipossuficiência dos envolvidos a fim de evitar injustiças.

Em verdade, o direito a moradia é tutelado e protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, necessário para que se garanta o mínimo existencial à dignidade humana. O Estado Democrático de Direito amparado pelo sistema constitucional consagra em seu artigo 5º no inciso XXII “a garantia do direito a propriedade”.

Embora demonstrada à necessária aplicabilidade dos princípios constitucionais aos contratos de alienação de bem imóvel, o Estado Democrático tem como dever a tutela de promover a efetivação de maneira equilibrada dos direitos e garantias esculpidos na norma Constitucional.

O comando normativo constitucional põe a salvo direitos e garantias fundamentais entre os quais está o direito a moradia, a Lei Federal 9.514 de 1997, que é posterior a crise do crédito da década de 80, teve como proposta recriar/reinventar/renovar o Sistema de Financiamento Habitacional, trazendo uma modalidade contratual que tivesse maior eficácia, reativando o crédito imobiliário, porém percebe-se que esta modalidade acaba gerando algumas injustiças, seja devido a sua complexidade ou pelo fato de não trazer garantia ao devedor diante da impossibilidade de cumprimento integral do avençado, pois este não terá como renegociar as cláusulas contratuais, em curto lapso temporal perderá o bem e haverá a consolidação da propriedade em nome da parte credora.

No mais, a Constituição Federal de 1988 põe a salvo que diante da lesão ou ameaça a direitos deve-se buscar o Poder Judiciário, e esta questão é tema de inúmeros processos que acabam assoberbando o judiciário.

Outra situação, é que a sociedade se encontra negligenciada pelo Estado, havendo violação ao núcleo de direitos fundamentais, o mínimo existencial é um direito fundamental extraído da Constituição Federal de 1988, que impõe limites de atuação ao Estado, visando propiciar situações de igualdade. A ideia de justiça é dinâmica, pois o que é justo hoje, amanhã poderá não ser, e as leis devem ser aplicadas da melhor forma possível.

Diante dos argumentos expostos, conclui-se que a pesquisa se dispõe a análise da desproporção dos poderes contratuais, razão pela qual é compatível com as atuais premissas, justificada a partir do interesse público e privado, o qual busca a viabilidade do provimento conforme os princípios consagrados no ordenamento jurídico, afastando violações de direitos e garantias contra eventuais excessos.

Longe de buscar anuência plena diante da análise proposta, a aplicabilidade dos princípios nos contratos de alienação fiduciária é necessária, e, pretende-se que o assunto discutido sirva de fundamento para que futuras soluções sejam idealizadas e trazidas à discussão, frise-se a realidade.

## REFERÊNCIAS

- ABREU FILHO, José. **O negócio Jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Da Alienação Fiduciária em Garantia**, São Paulo: Saraiva, 1973.
- \_\_\_\_\_. **Direito Romano**, Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARANGO, Rodolfo e LEMAITRE, Julieta. **Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital. Estudios ocasionales CIJUS**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.
- ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BEVILÁQUA, CLÓVIS. **Direito das Obrigações**. Campinas: RED Livros, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRAGA NETO, Felipe. **MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodium, 2012.
- BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. et., al. **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1988.
- CANUTO, Elza Maria Alves. **Alienação Fiduciária de Bem Móvel**. Belo Horizonte; Del Rey, 2004.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CHALHUB, Melhim Namen. 5. ed. **Negócio Fiduciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm). > Acesso em: 10 jul. 2018, 10:34:27.

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). > Acesso em: 10 jul. 2018, 11:24:16.

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm). > Acesso em: 12 jul. 2018, 19:17:38.

Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549893106/agravo-em-recurso-especial-aresp-1198898-ms-2017-0286102-8> > Acesso em: 28 jul. 2018, 17:33:45.

Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=teoria+do+adimplemento+substancial&b=ACOR&p=true&l=10&i=1> > Acesso em: 28 jul. 2018, 19:02:33.

Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/206100451/trf-3-judicial-i-interior-29-08-2018-pg-469> > Acesso em: 29 de jul. 2018, 10:07:22.

Disponível em: < <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/582932278/apelacao-civel-ap-835420154036116-sp?ref=serp> > Acesso em: 30 de jul. 2018, 20:07:47.

DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Harvard University, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução e notas em espanhol por Luis Sancho Mendizibal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PLANPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Novo curso de direito civil: contratos e teoria geral**, 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas,** 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação crítica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Trad. De Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Da Alienação Fiduciária em Garantia de coisa Imóvel.** Ed Jurua, 2003.

LÔBO, 1999. **Jus Navigandi.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 13 de mai. 2018, 20:35:38.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** Introdução. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** parte geral. 3 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil. Direito das obrigações.** 1ª Parte. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA ALVES, J. C, **Direito Romano**, Rio de Janeiro, Forense, 2010.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Milagres. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direitos Reais**, 21 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito civil sistematizado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral, 1978 – **Direito Civil Sistematizado**. 9 Ed. rev., atual., e ampli. – Salvador: Juspodivm, 2018.

Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, nº. 71, jul./dez. 2017.

REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 752, jun. 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. - 17 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – Direito das coisas**. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

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

SANTOS, Eduardo Sens. **O novo código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato**, in *Revista Brasileira de Direito Privado*. nº 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002.

SARLT, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 4.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LOUREIRO, Francisco Eduardo et al., **Código Civil comentado**. 9. ed. Coordenador: Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**, 7. ed., São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, FLÁVIO. **A Função Social dos Contratos**. Do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito das Coisas**. 9. ed. rev., atual., ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. 9. Ed. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Direitos reais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - Obrigações**, 6 ed., Salvador: JusPODIVM, 2012.

WALD, Arnaldo. **O novo Código Civil e o solidarismo contratual**. Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem. São Paulo, 2003.