

## **A propriedade fiduciária de imóvel e o Código de Defesa Do Consumidor –**

### **Tema 1095 do STJ**

#### **TEMA 1095 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Alexandre Laizo Clápis<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este trabalho analisa a questão de aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor às relações fiduciárias imobiliárias, bem como o Tema 1095 do STJ e seus requisitos para afastamento do código consumerista. Avaliam-se também os precedentes dos tribunais estaduais proferidos após a fixação do referido Tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Alienação fiduciária; Código de Defesa do Consumidor; Decaimento; tema 1095 do STJ; Lei Federal nº 9.514/1977.

**SUMMARY:** The application or not of the Consumer Defense Code to fiduciary relations concerning real estate properties as well as the Repetitive Theme 1095 issued by the Brazilian Superior Court of Justice and its requirements to dismiss the legislation related to consumer rights are subject of this work. Precedents issued by State Courts after the fixation of such theme are also analyzed in this document.

**KEY-WORDS:** Fiduciary mortgage; Consumer Defense Code; Expiry; Theme 1095 by the Superior Court of Justice; Federal Law No. 9514/1997

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. ASPECTOS GERAIS DA CONTROVÉRSIA. 2. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL E O CDC: 2.1 A CRONOLOGIA E A ESPECIALIDADE DA LEI DO SFI EM RELAÇÃO AO CDC; 2.2 DAS CARACTERÍSTICAS ESPECIAIS DA LEI DO SFI; 2.3 DOS LEILÕES EXTRAJUDICIAIS. NOTAS ESSENCIAIS. 2.4 INFLUÊNCIA JURISPRUDENCIAL DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISAS MÓVEIS – DECRETO-LEI Nº 911/1969; 2.5 DO CONTRATO DE MÚTUO GARANTIDO POR PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA; 2.6 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; 2.6.1 O TEMA 1095 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; 2.6.1.1 CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA; 2.6.1.2 O INADIMPLEMENTO E A MORA DO FIDUCIANTE; 2.6.1.3 QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE O TEMA 1095 DO STJ; 2.6.2 PRECEDENTES JUDICIAIS PÓS FIXAÇÃO DO TEMA 1095 DO STJ. CONCLUSÕES. BIBLIOGRAFIA.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Registral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direitos Reais pela Universidade de Coimbra. Foi substituto do 13º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo. Tem experiência na área de Direito Privado, com ênfase em Direito Civil, Contratual e Imobiliário. Sócio fundador do escritório Stocche Forbes Advogados.

## INTRODUÇÃO

A propriedade fiduciária imobiliária foi introduzida em nosso sistema pela Lei Federal nº 9.514/1997 (“Lei do SFI”) e estabeleceu naturezas distintas para os direitos do fiduciário e do fiduciante, bem como regramento especial e específico no que se refere ao modo de execução dessa modalidade de direito real de garantia imobiliária, em caso de inadimplemento do fiduciante.

Este estudo pretende analisar se o Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) deve ou não ser aplicado às relações fiduciárias imobiliárias, bem como avaliar a fixação do Tema 1095 pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) e, especialmente a partir dele, em quais circunstâncias deve ou não ocorrer a aplicação do diploma consumerista.

O tema relativo à aplicação do CDC aos negócios jurídicos em que é contratada a propriedade fiduciária como garantia real imobiliária não é novo. É preciso fazer a conjugação de determinados elementos para uma melhor interpretação e conclusão sobre ser ou não possível aplicar as regras consumeristas à referida espécie de garantia real fiduciária.

Alguns autores afirmam que se deve aplicar o CDC às relações jurídicas decorrentes da alienação fiduciária de coisa imóvel, em razão da expressa previsão contida no art. 53 da Lei Federal nº 8.078/1990<sup>2</sup>.

A leitura do dispositivo legal referido indica expressamente a aplicação do CDC às garantias fiduciárias e declara nulas as cláusulas que estabeleçam, nas situações de resolução contratual por inadimplemento do devedor consumidor, a perda total das parcelas pagas ao credor. Há, no aludido texto normativo, referência direta à alienação fiduciária em garantia, geralmente instituída nos contratos de compra e venda definitiva de imóveis apoiados em um segundo negócio jurídico de financiamento concedido pelo vendedor ou por um terceiro (instituição financeira, por exemplo) a ser pago pelo comprador em prestações sucessivas.

---

<sup>2</sup> Esse dispositivo legal estabelece que 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”.

Eduardo Arruda Alvim<sup>3</sup> destaca que o quanto estipulado pelo *caput* do art. 53 já seria inequivocamente nulo de pleno direito pela regra geral contida no inciso IV do art. 51 do próprio CDC, mas o legislador, na opinião do autor, ao especificar a regra da proibição das perdas de todas as prestações ou do decaimento, pretendeu evitar controvérsias nas interpretações de tais situações, provavelmente pela recorrência do tema no cotidiano das relações de consumo.

José de Mello Junqueira<sup>4</sup> afirma que inexiste qualquer antinomia entre o art. 53 do CDC e as disposições da Lei do SFI, especialmente em relação ao § 2º do art. 27.

Já para Cláudia Lima Marques<sup>5</sup>, os contratos decorrentes da Lei do SFI estão incluídos no campo de aplicação do CDC. Registra expressamente a autora:

Para o consumidor, parece-me, salvo melhor juízo, altamente prejudicial a criação desta nova base de direito real (propriedade fiduciária de imóvel), pois a possibilidade de alienação fiduciária da 'sonhada casa própria' beneficia desnecessariamente o fornecedor-credor, ao evitar o atual trâmite judicial exigido para as hipotecas<sup>6</sup>.

A autora deixa evidente sua preocupação com a celeridade do procedimento extrajudicial. Chega a afirmar que o credor tem um benefício desnecessário ao não utilizar o trâmite judicial regido pelo Código de Processo Civil nas execuções hipotecárias.

Não entendemos que o procedimento judicial da execução hipotecária represente maior segurança jurídica ao devedor. Este, na execução da propriedade fiduciária, possui ferramentas jurídicas suficientes para garantir sua defesa, pois

---

<sup>3</sup> ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda Alvim; MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1995. p. 261.

<sup>4</sup> JUNQUEIRA, José de Mello. *Alienação fiduciária de coisa imóvel*. São Paulo: ARISP, 1998. p. 51.

<sup>5</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 493.

<sup>6</sup> Importa destacar, também, a posição adotada por Oliveira Yoshikawa, da qual discordamos, no sentido de que a consolidação da propriedade no fiduciário, em caso de inadimplemento do fiduciante, por se desenvolver em mecanismo extrajudicial, tem natureza de autotutela, pois não apresenta o efetivo controle de um terceiro com imparcialidade que, no caso, seria o registrador imobiliário. Não concordamos com essa posição, pois, além de o fiduciante ter acesso ao Poder Judiciário a qualquer momento, o procedimento de alienação extrajudicial está exaustivamente previsto na Lei do SFI, do qual o fiduciário não poderá se desviar se quiser garantir uma perfeita e tranquila execução da garantia que contratou. Ademais, no Código de Processo Civil, em especial pela redação dada aos arts. 825, II e 879, I, é possível notar que o legislador pretendeu possibilitar ao credor, antes da venda em hasta pública (venda forçada), a alienação por iniciativa particular, o que demonstra conformidade de entendimentos do legislador entre os textos legais, pois a alienação extrajudicial que é feita nos termos da Lei do SFI é considerada uma alienação privada. OLIVEIRA YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de. *Execução extrajudicial e devido processo legal*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 40.

poderá desde purgar a mora perante o registrador imobiliário, usar seu direito de preferência até o segundo leilão ou se valer do acesso ao Poder Judiciário em qualquer etapa da execução da garantia fiduciária, se for o caso, conforme garantia constitucional de acesso à justiça.

Vale consignar que, mesmo no âmbito da execução judicial, o devedor não tem asseguradas garantias semelhantes, a não ser pela via dos embargos. No processo de execução o devedor é chamado para pagar a dívida e não para contestar o direito expresso no título executivo.

O argumento de que o trâmite judicial exigido para a execução das hipotecas é garantia de segurança ao devedor parece não ser suficiente ao mercado atual, pois pensar que o fator *lentidão* representaria segurança pode, em contrapartida, acarretar injustiças ao credor na recuperação do seu crédito. Ademais, como dito, não sobra ao devedor, para exercer o seu direito de defesa na execução forçada, outras alternativas além do recurso de embargos, o qual dependerá, para ter efeito suspensivo, de prova de que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes (CPC, art. 919, § 1º).

É preciso lembrar que a própria execução hipotecária foi alterada para imprimir maior celeridade na recuperação do crédito. A Lei Federal nº 5.741/1971, entre outras alterações, permite a suspensão da execução somente mediante prova de pagamento da dívida feita em sede de embargos. Mesmo na execução judicial da garantia real hipotecária, pretendeu-se diminuir o tempo para satisfação do crédito.

Nesse contexto, importante analisar se as disposições do CDC devem ou não ser aplicadas às relações fiduciárias imobiliárias.

## **1. ASPECTOS GERAIS DA CONTROVÉRSIA**

Algumas outras considerações necessitam ser feitas antes de se adentrar ao objetivo deste trabalho.

Em qualquer caso, porém, a solução que deve prevalecer para a questão dos contratos existentes nos âmbitos da Lei do SFI e do CDC é aquela que mais se coloca em harmonia com os princípios gerais e norteadores de nosso direito e que inibe o enriquecimento sem causa<sup>7</sup> de uma das partes em relação à outra.

---

<sup>7</sup> Código Civil, artigos 884 a 886.

O dever de restituir previsto no art. 53 do CDC, porém, caso haja, não representa obrigação de o fiduciário devolver tudo o que recebeu do fiduciante ou de devolver sempre em qualquer situação, sem maiores considerações. Do valor da restituição, quando devida, poderão ser descontados as perdas e os danos gerados pelo inadimplemento do fiduciante<sup>8</sup>, incluído o valor decorrente da vantagem econômica auferida pelo devedor no período em que usufruiu do imóvel, além das despesas geradas pelo descumprimento da obrigação principal.

Em outras palavras, a Lei do SFI estabelece como se dará o procedimento que deverá ser seguido pelo fiduciário para a satisfação do seu crédito na hipótese de inadimplemento do fiduciante. Nesse contexto, como se verá adiante, tal satisfação não se dará pelas regras do CDC e sim por aquelas que integram a estrutura de execução da garantia fiduciária imobiliária da Lei do SFI, em especial os arts. 26 e 27.

De maneira geral o art. 53 do CDC adequa-se ao sistema jurídico que não permite aplicação de penalidades exacerbadas e que pretende coibir o enriquecimento sem causa do credor e o correspondente empobrecimento do devedor.

Nessa linha, as decisões de nossos Tribunais Superiores fizeram importantes adequações dos preceitos legais para coadunar diversos institutos jurídicos previstos em nosso ordenamento. Mas há um importante princípio geral de direito, apontado por Moreira Alves<sup>9</sup>, que não pode ser afastado dessa temática: o *favor debitoris*, que tem como consequência abrir exceções à rigidez dos princípios cardeais de crédito.

Tal princípio já se encontra presente em decisões dos Tribunais Superiores como fundamento limitador do grau da onerosidade que o débito pode causar na esfera de liberdade jurídica do devedor. Segundo consta em voto da Ministra Nancy Andrichi, proferido nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 59.870-SP<sup>10</sup>, do STJ, a limitação da liberdade jurídica do devedor pode ser revelada pela regra interpretativa e integrativa de que quem se obriga, obriga-se sempre pelo menos oneroso.

---

<sup>8</sup> ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda Alvim; MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1995. p. 261-262.

<sup>9</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. As normas de proteção ao devedor e ao *favor debitoris*: do Direito Romano ao Direito latino-americano. *Revista Synthesis*, Faculdade de Direito da UnB, nº 3, 1º sem. 1997. p. 164.

<sup>10</sup> “[...] pode ser revelada pela seguinte regra interpretativa/integrativa: quem se obriga, obriga sempre pelo menos. Nestes termos, corresponde o *favor debitoris* à manifestação específica do *favor libertatis* em sentido amplo, sendo o corolário, no Direito das obrigações, dos princípios jurídicos ínsitos nas expressões *in dubio pro libertatis* e *in dubio pro reu*”.

Pode-se concluir, com apoio também em Rizzatto Nunes<sup>11</sup>, que o fundamento em torno do qual gravita o art. 53 do CDC é o do não enriquecimento sem causa. A pretensão foi de evitar que aquele que não mais puder pagar por uma coisa, depois de quitada parte do preço, fique sem o objeto do negócio jurídico de compra e venda e, ainda, sem o valor das parcelas pagas.

Mas antes mesmo do CDC e, em especial, do art. 53, os tribunais brasileiros decidiam as questões similares com apoio no art. 924<sup>12</sup> do Código Civil de 1916. Nesse sentido, destaca-se a ementa do Recurso Especial nº 135.550/SP<sup>13</sup> do STJ, relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro, no qual expressamente consignou que, de acordo com a jurisprudência pacífica do Tribunal, não se aplica o CDC aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência, sendo válidas as cláusulas que estabelecem a perda total das prestações pagas em caso de inadimplemento, principalmente quando não prequestionada a possibilidade de redução da penalidade na forma prevista na legislação civil (CC, art. 413).

Entretanto, pela regra do art. 924 do Código Civil de 1916 o juiz poderia reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora ou de inadimplemento do comprador, de modo que não fosse prejudicado com a perda da coisa e daquilo que pagou por ela.

Nosso Direito sempre teve o objetivo de evitar que uma das partes fosse sacrificada em relação à outra no desfazimento do contrato, em virtude do inadimplemento do preço, que pode acontecer por diversos motivos, como perda do emprego, alteração das circunstâncias econômicas, a exemplo do que ocorreu na crise financeira mundial de 2008, e até mesmo pela insuficiência ou incapacidade financeira ulterior do devedor diante do valor das parcelas vincendas<sup>14</sup>.

Nesse contexto, é preciso destacar que a situação da compra e venda definitiva de imóvel com pacto adieto de propriedade fiduciária é diferente da hipótese do

---

<sup>11</sup> RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 590.

<sup>12</sup> “Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento”.

<sup>13</sup> “[...] de acordo com a jurisprudência pacífica do Tribunal, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados antes de sua vigência, permanecendo válida a cláusula que institui a perda total das prestações pagas em caso de inadimplemento, principalmente quando não prequestionada a possibilidade de redução da pena, prevista no artigo 924” do Código Civil.” No mesmo sentido: REsp 248.155/SP, julgado em 23/05/2000; REsp 314.517/RS, julgado em 17/05/2001; e REsp 508.492/RS, julgado em 21/08/2003.

<sup>14</sup> RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 590 e nota 809.

contrato preliminar de compra e venda de imóvel com pagamento em prestações. Naquele ocorre a transferência definitiva da propriedade – mesmo antes do pagamento do preço –, para possibilitar a subsequente constituição da garantia real fiduciária imobiliária, acessória de um contrato de mútuo, no qual o preço de aquisição é pago em prestações pelo fiduciante. Já neste outro o comprador paga o preço em parcelas e só recebe a propriedade definitiva quando paga a totalidade do preço de aquisição. Aqui não ocorre a constituição da propriedade fiduciária em garantia.

Resta avaliar como o desfazimento do contrato de venda e compra de imóvel com pacto adjeto de propriedade fiduciária imobiliária deve ser feito para se respeitar integralmente os direitos do fiduciário e do fiduciante. Deve-se aplicar o CDC ou a Lei do SFI? É o que procuraremos responder a seguir.

## **2. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL E O CDC**

Importa analisar se o art. 53 do CDC deve ser aplicado aos contratos que tenham como garantia a propriedade fiduciária de coisa imóvel. Ou seja, possibilitar a rescisão do contrato de compra e venda de imóvel com devolução pelo vendedor de parcelas pagas pelo comprador.

Há argumentos que devem ser considerados para melhor compreensão do tema. Dentre eles, destacam-se: no processo sistemático interpretativo das leis, a posterioridade da Lei do SFI em relação ao CDC, cumulado com a especialidade daquele diploma legal em relação a este; as características especiais da Lei do SFI; o ajuste de contas a ser feito entre fiduciário e fiduciante nos leilões; a influência das decisões dos tribunais que afastam a possibilidade de incidência do CDC na alienação fiduciária de coisas móveis; os aspectos gerais relacionados aos contratos de mútuo com pacto adjeto de propriedade fiduciária; a obrigação contida na Lei do SFI que estabelece como condição essencial a reposição integral do valor emprestado. Vejamos.

### **2.1 A cronologia e a especialidade da Lei do SFI em relação ao CDC**

A Lei do SFI entrou em vigor aproximadamente seis anos após o CDC. Sobre o aspecto temporal das leis, o § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro estabelece que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o

declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Incontestável que a Lei do SFI<sup>15</sup> é cronologicamente mais recente do que o CDC<sup>16</sup>.

Ademais, ao se analisar o seu conteúdo percebe-se que a Lei do SFI regula inteira e exaustivamente a propriedade fiduciária de imóvel, especialmente no que se refere à sua execução, o que a faz especial em relação ao CDC.

O CDC, por sua vez, não regula a garantia fiduciária imobiliária, mas cuida de estabelecer normas de condutas e princípios gerais como justiça contratual, equidade das prestações, boa-fé objetiva etc.

Carlos Maximiliano<sup>17</sup> registra entendimento em relação ao preceito estatuído no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Saliencia o autor que, se “a lei nova cria, sobre o mesmo assunto da anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, é claro que todo o outro sistema foi eliminado. Por outras palavras: dá-se ab-rogação, quando a norma posterior se cobre com o conteúdo todo da antiga”.

Em outra passagem o autor consigna:

Mais ainda: quando as duas leis regulam o mesmo assunto e a nova não reproduz um dispositivo particular da anterior, considera-se este como ab-rogado tacitamente. *Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* (“a lei geral posterior não derroga a especial anterior”) é máxima que prevalece apenas no sentido de não poder o aparecimento de norma ampla causar, só por si, sem mais nada, a queda da autoridade da prescrição especial vigente. Na verdade, em princípio não se presume que a lei geral revogue a especial; é mister que esse intuito decorra claramente do contexto. Incumbe, entretanto, ao intérprete verificar se a norma recente eliminou só a antiga regra geral, ou também as exceções respectivas. A disposição especial afeta a geral, apenas com restringir o campo da sua aplicabilidade; porque introduz uma exceção ao alcance do preceito amplo, exclui da ingerência deste algumas hipóteses. Portanto o derroga só nos pontos em que lhe é contrária. Na verdade, a regra especial posterior só inutiliza em parte a geral anterior, e isto mesmo quando se refere ao seu assunto, implícita ou explicitamente, para alterá-la. Derroga a

---

<sup>15</sup> Entrou em vigor na data de sua publicação, em 21/11/1997, retificada em 24/11/1997.

<sup>16</sup> Entrou em vigor 180 dias contados da data de sua publicação que foi em 12/09/1990.

<sup>17</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 358.



outra naquele caso particular e naquela matéria especial a que provê ela própria<sup>18</sup>.

Vale destacar que o CDC não regula tipos contratuais e tampouco direitos reais como é o caso da propriedade fiduciária imobiliária, mas se caracteriza por ser uma lei de função social com o objetivo de tutelar um grupo específico de pessoas, os consumidores<sup>19</sup>.

Sobre a prevalência das leis especiais em relação ao CDC, como no caso da Lei do SFI, Cláudia Lima Marques<sup>20</sup> destaca que:

A lei especial nova geralmente traz normas a par das já existentes (art. 2º da Lei de Introdução), normas diferentes, novas, mais específicas do que as anteriores, mas compatíveis e conciliáveis com estas. Como o CDC não regula contratos específicos, mas sim elabora normas de condutas gerais e estabelece princípios, raros serão os casos de incompatibilidade.

Se os casos de incompatibilidade são poucos, há neles, porém, clara prevalência da lei especial nova pelos critérios da especialidade e cronologia. Somente o critério hierárquico pode 'proteger' o texto 'geral' anterior incompatível. Assim, o CDC como lei geral de proteção dos consumidores poderia ser afastado para aplicação de uma lei nova especial para aquele contrato ou relação contratual, como no caso da lei sobre seguro-saúde, se houver incompatibilidade de preceitos.

Também Álvaro Villaça Azevedo<sup>21</sup> consigna tal entendimento ao salientar que “o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) é uma lei geral e só pode ser aplicada no que não contrariar a lei especial, no caso a Lei nº 9.514/1997”.

Essa é a situação existente entre o CDC e a Lei do SFI. Esta, além de mais recente, é especial em relação àquela, pois regula exaustivamente matéria pertinente à propriedade fiduciária imobiliária, especialmente as consequências da mora e a excussão dessa garantia real.

---

<sup>18</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.p. 358-360.

<sup>19</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 679.

<sup>20</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 715.

<sup>21</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Alienação fiduciária de bem móvel. *Revista Magister de Direito civil e processual civil*, v. 1. Porto Alegre: Magister, 2004. p. 47.

Arruda Alvim<sup>22</sup> salienta que o conteúdo normativo do § 1º, do art. 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, não permite a vigência paralela do CDC e da Lei do SFI, “pela razão de que as disposições da Lei nº 9.514/1997 são abundantemente incompatíveis com a aplicação do art. 53 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor”. E o autor complementa: “Sobrevivem, contudo, ambos os diplomas (CDC [art. 53]) e a Lei nº 9.514/1997, exatamente porque essa é lei especial, ocupando o seu espaço normativo, onde não há, por isso mesmo, espaço para o CDC”. Ou seja, por sua própria natureza a lei geral deixa um espaço que é ocupado pela lei especial. Consequentemente, não ocorre colisão espacial, uma vez que cada diploma ocupa espaços legislativos próprios e específicos, impossível de se chocarem, pois são materialmente diferentes<sup>23</sup>.

Chalhub consigna que se trata exatamente da hipótese. Para o autor, “visto que a Lei nº 9.514/1997 é norma especial nova em relação ao CDC e prevalece sobre este naquilo que tem de específico, observados os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, entre outros, que são aplicáveis a toda espécie de contrato”<sup>24</sup>. No caso da propriedade fiduciária de bens imóveis, destaca o autor, “a prevalência se dá não só em razão do critério da especialidade da lei, como, também, pelo critério da cronologia, pois a lei que disciplina a alienação fiduciária de bens imóveis é posterior ao CDC”<sup>25</sup>.

Arruda Alvim<sup>26</sup>, sobre a questão do direito intertemporal, é ainda mais categórico ao afirmar que por ser a Lei do SFI posterior ao CDC e, ainda, por ser lei

[...] específica em que se disciplina exaurientemente todo o assunto referente à alienação fiduciária sobre imóveis, fazendo-o em face de

---

<sup>22</sup> ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Alienação fiduciária de bem imóvel. O contexto da inserção do instituto (Parecer)*. *Alienação fiduciária e Direito do Consumidor*. São Paulo: Abecip, s/d. p. 29.

<sup>23</sup> “A Lei nº 9.514/1997 disciplina exaurientemente o tema da alienação fiduciária em garantia de imóvel (arts. 22 a 33); se a Lei nº 9.514/1997 disciplina exaurientemente o tema, não é possível cogitar-se da aplicação de outra lei – o art. 53 do CDC – com vistas a interferir, influir, no sistema da Lei nº 9.514/1997; esta última é lei especial, e, o CDC, é lei geral, ocupando, cada diploma, o seu espaço normativo, sendo que esses espaços são diferentes.” (ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Alienação fiduciária de bem imóvel. O contexto da inserção do instituto (Parecer)*. *Alienação fiduciária e Direito do Consumidor*. São Paulo: Abecip, s/d. p. 44).

<sup>24</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária. Negócio Fiduciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 422.

<sup>25</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A Lei 9.514, de 20.11.97. Os procedimentos de realização da garantia fiduciária à luz dos princípios enunciados pelo artigo 53 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). (Parecer). *Alienação fiduciária e direito do consumidor*. São Paulo: Abecip, s/d. p. 66.

<sup>26</sup> ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Alienação fiduciária de bem imóvel. O contexto da inserção do instituto (Parecer)*. *Alienação fiduciária e Direito do Consumidor*. São Paulo: Abecip, s/d. p. 21.

negócio jurídico não compatível com a devolução a que se refere o art. 53 do CDC, deverá prevalecer inteiramente o sistema da Lei nº 9.514/1997 diante da lei que pretende ser genérica e que é anterior (CDC), e, que, ademais, é contrária à própria natureza do contrato de alienação fiduciária.

Nesse sentido da especialidade, a Lei do SFI estabelece regras próprias e específicas referentes às consequências do adimplemento, do inadimplemento e da mora do fiduciante, bem como dos direitos e dos deveres atribuídos ao fiduciário em decorrência do adimplemento ou do inadimplemento da obrigação principal.

Em caso de adimplemento, o fiduciário entregará ao fiduciante, no prazo de 30 dias contados do pagamento, o termo de quitação. Já na situação de inadimplemento do fiduciante há expressa disposição legal que obriga o fiduciário a vender, em leilão público extrajudicial, o imóvel objeto da propriedade fiduciária, pagar o seu crédito e, se for o caso, a entregar ao fiduciante a quantia que exceder o valor de seu crédito. Existe exaustiva previsão de todos os procedimentos nos arts. 25, 26 e 27 da Lei do SFI.

O art. 53 do CDC estabelece princípio geral baseado na noção de equidade e de equilíbrio das relações contratuais, com o objetivo de evitar, como referido, o enriquecimento sem causa do credor.

Denota-se, portanto, com apoio no referido § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que há uma incompatibilidade aparente entre a regra geral estabelecida pelo art. 53 do CDC para as situações de inadimplemento do fiduciante e as regras especiais dos art. 26 e 27 da Lei do SFI. Entretanto, sobrevivem ambos os diplomas, cada qual em seu espaço normativo próprio e específico, com a lei posterior e especial (SFI) prevalecendo na regulação das relações fiduciárias imobiliárias sobre o CDC, que é lei geral.

## **2.2 Das características especiais da Lei do SFI**

A Lei do SFI apresenta uma estrutura específica ao disciplinar as consequências decorrentes do inadimplemento do fiduciante (arts. 26 e 27). Apurados os resultados dos leilões extrajudiciais, o credor somente poderá reter o *quantum* correspondente ao seu crédito, com os acréscimos permitidos em lei, sendo proibido ficar com aquilo que a isso exceder. Nesse sentido, a Lei do SFI já tutela os direitos do devedor e inibe

eventuais abusos por parte do credor, preservando o equilíbrio e a equidade da relação contratual, o que torna desnecessária e imprópria a aplicação do CDC.

Há um antigo precedente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que trata da questão da Lei do SFI e do CDC. O acórdão preferido na Apelação Cível nº 400.962.4/0<sup>27</sup> reformou a sentença de primeira instância que havia rescindido contrato

---

<sup>27</sup> Em referido acórdão foi consignado: “Não purgada a mora, a ré requereu a consolidação da propriedade plena do imóvel para que fosse promovido o leilão, nos termos do disposto no § 7 do art. 26 da mencionada Lei de Alienação Fiduciária (fls. 143/144). Após a intimação para purgar, os autores ingressaram com medida cautelar visando obstar a execução extrajudicial (fls. 77/82). O MM. Juiz, por sua vez, houve por bem indeferir a inicial sob o fundamento de que as disposições contidas na Lei nº 9.514/1997, mormente o art. 26, não estão eivadas de inconstitucionalidade e que são plenamente aplicáveis ao caso concreto (fls. 83/86). Não obtendo êxito naquela demanda, os autores ajuizaram a presente ação, invocando o Código de Defesa do Consumidor, especialmente o art. 53. Entretanto, em que pesem as assertivas dos autores e os fundamentos da sentença, o recurso comporta provimento. Com efeito, a Lei nº 9.514/1997 instituiu o regime da alienação fiduciária aplicável aos bens imóveis, segundo o qual o devedor (fiduciante) transmite ao credor (fiduciário) a propriedade do imóvel, temporária e condicionalmente, enquanto perdurar a dívida. É o que dispõe o art. 22: ‘A alienação fiduciária regulada nesta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel’. A Lei disciplina a questão da posse, que é fracionada: o devedor tem a posse direta, com a fruição do bem, enquanto que o credor possui a indireta. Ainda, explicita a formalidade do registro do contrato junto ao Cartório de Registro de Imóveis para a produção dos efeitos. O contrato é claro ao dispor das condições avençadas que estão, repita-se, de acordo com a lei. A alienação fiduciária foi instituída para a garantia do pagamento. Os autores, ao celebrarem o compromisso, tiveram ciência do financiamento, e a ré, por sua vez, precisava garantir o pagamento. No caso dos autos, portanto, a transação havida entre os autores e a construtora, que cedeu o crédito para a ré, é perfeitamente possível e está de acordo com os preceitos da Lei nº 9.514/1997, a qual é lei nova em relação do Código de Defesa do Consumidor e com este não é incompatível. Trata-se de instituto já existente na legislação, juntamente com a previsão de leilão extrajudicial, previsto na Lei nº 4.591/1964 (Incorporação e Condomínio), Decreto-lei nº 70/1966 (imóveis adquiridos pelo SFH), Lei nº 4.728/1965, modificada pelo Decreto-lei nº 911/1969 (alienação fiduciária de bens móveis). O procedimento visa resguardar ao fiduciário um meio ágil para a satisfação do seu crédito, não impedindo o do devedor ao Judiciário. Nesse sentido, são os julgados: ‘Alienação fiduciária – Reintegração de posse – Sistema financeiro imobiliário – Inconstitucionalidade da Lei nº 9.514/1997 – Afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa – Inocorrência – Não se vislumbra qualquer indício de inconstitucionalidade na Lei nº 9.514/1997, regulando o sistema imobiliário, facultando-se à parte a exposição dos motivos da controvérsia sob todas as formas admitidas em direito, em estrita observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa – AI nº 808.389-0/2 – 2º TAC-SP, Rel. Des. Américo Angélico, j. 16.09.2003’. Ainda, mais recente: ‘Alienação fiduciária de imóvel. Lei nº 9.514/1997. Ação de reintegração de posse. Consolidação da propriedade. Inteligência dos artigos 26 e 30 – Inconstitucionalidade – Inocorrência – Código de Defesa do Consumidor – A previsão de extrajudicial e consolidação da propriedade fiduciária por ato do legislador imobiliário não afronta a Constituição Federal, já que o acesso ao Judiciário, a ampla defesa e o contraditório continuam assegurados ao devedor que se sentir prejudicado – AI nº 880.879-0/2, 2º TAC-SP, Rel. Des. Pereira Calças, j. 27.01.2005’. Assim, superada a questão da aplicabilidade da Lei nº 9.514/1997, resta a reforma da sentença. Os autores deixaram de pagar as prestações avençadas no contrato e, em razão do seu inadimplemento e da ausência de purgação da mora, a ré exerceu seu direito que a lei lhe faculta de consolidar a propriedade resolúvel com a realização do leilão do imóvel e a devolução aos autores do saldo em seu favor, se for o caso, tudo em conformidade com a lei e o contrato e não, como foi pleiteado, com fundamento nos arts. 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor. **A forma da restituição do valor pago encontra-se regulada pelo § 4º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997 e não de acordo com a forma genérica do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.** Posto isto, matéria preliminar não conhecida e provido o recurso para julgar improcedente a ação, arcando os autores com os ônus da sucumbência.” (destaques acrescentados)

de compra e venda, garantido por propriedade fiduciária, com fundamento no art. 53 do CDC. Referido acórdão enfrentou a situação de validade da Lei do SFI diante das normas do CDC e decidiu pela aplicação daquele sistema em relação ao código consumerista.

Outro ponto de destaque é o fato de que pela sistemática da Lei do SFI o credor não solicita a resolução do contrato, como é a hipótese prevista na parte final do *caput* do art. 53 do CDC: “[...] que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, *pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado*”.

O fiduciário não tem a independência ou a permissão para solicitar, ainda que em juízo, o término do contrato e a retomada do imóvel. A compra e venda está perfeita e acabada e não cabe o desfazimento. Em caso de inadimplemento, porém, haverá execução da propriedade fiduciária. A lei atribui a ele, credor, uma série de normas de condutas que o impelem na direção da consolidação da propriedade em seu nome e na alienação pública extrajudicial, por meio dos leilões privados<sup>28</sup>.

Ademais, necessário destacar outro importante argumento do qual não se esqueceu o legislador da Lei do SFI: o direito à informação. O inciso VII do art. 24 dessa lei determina que o contrato de alienação fiduciária deverá conter cláusula dispondo sobre os procedimentos relativos aos leilões privados extrajudiciais (art. 27). Portanto, o fiduciante sempre estará previamente ciente dos procedimentos e da sequência dos eventos caso não cumpra com a obrigação principal.

### **2.3 DOS LEILÕES EXTRAJUDICIAIS. NOTAS ESSENCIAIS**

Em caso de inadimplemento do fiduciante, o fiduciário deverá requerer ao oficial de registro de imóveis em que registrada a garantia para que intime pessoalmente o devedor para purgar a mora no prazo de 15 dias contados do fim do prazo de carência previsto em contrato.

Ultrapassado esse prazo sem que o fiduciante tenha purgado a mora, o fiduciário consolidará a propriedade em seu nome e, no prazo de 30 dias, realizará os leilões extrajudiciais.

---

<sup>28</sup> ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. Alienação fiduciária de bem imóvel. O contexto da inserção do instituto (Parecer). *Alienação fiduciária e Direito do Consumidor*. São Paulo: Abecip, s/d. p. 27.

A Lei do SFI, especial que é em relação ao CDC, disciplinou um real acerto de contas entre o fiduciário e o fiduciante após a realização dos leilões públicos e na hipótese de eles serem positivos.

O objetivo é alienar o imóvel objeto da propriedade fiduciária para recompor o crédito do fiduciário. No primeiro leilão o valor mínimo do lance será aquele atribuído ao imóvel pelas partes no contrato. Caso não seja alcançado tal patamar, será obrigatória a realização do segundo, cujo valor mínimo para os lances deverá ser igual ou superior ao da dívida; se o lance oferecido for inferior, o credor não estará obrigado a aceitá-lo, nem a realizar o terceiro leilão e tornar-se-á proprietário do imóvel nos termos do art. 1.228 do Código Civil.

O § 4º do art. 27 da Lei do SFI determina que o fiduciário deverá, no prazo de cinco dias após a venda do imóvel no leilão público, entregar ao fiduciante “a importância que sobejar”. Portanto, por expressa disposição legal o fiduciário poderá reter somente a importância relativa ao seu crédito, com as inclusões permitidas na Lei do SFI. Toda a forma de restituição e de acertos entre o fiduciário e o fiduciante encontra-se regulada no art. 27, exaurindo-se aí essa disciplina.

Chalhub<sup>29</sup> consigna que, diante do conteúdo e finalidade das normas em análise, ao comparar as disposições do art. 27 da Lei do SFI com as do art. 53 do CDC, denota-se a inaplicabilidade deste à propriedade fiduciária imobiliária, pois o regime especial desse tipo de garantia real já abrange a tutela do devedor, e o faz com regras específicas, com rigorosa e obrigatória adequação do contrato à estrutura e função das regras da Lei do SFI e não ao art. 53 do CDC que apenas enuncia um princípio geral ao qual o art. 27 da Lei nº 9.514/1997 encontra-se adequado perfeitamente.

O valor arrecadado no leilão extrajudicial sempre será empregado no pagamento da dívida<sup>30</sup> e o que sobejar deverá ser devolvido ao devedor. Nota-se, portanto, que os direitos do devedor estão tutelados na própria estrutura legal da propriedade fiduciária imobiliária, sendo desnecessária a aplicação do art. 53 do CDC.

Alvaro Villaça Azevedo<sup>31</sup> destaca, ao tratar do art. 53 do CDC, que “neste ponto, o legislador quer evitar o enriquecimento sem causa, só admitindo a perda parcial. O

---

<sup>29</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária. Negócio Fiduciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 423.

<sup>30</sup> Nela compreendida a principal, mais encargos e taxas.

<sup>31</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Fundação Armando Álvares Penteado (Faap), ano 1, n. 1, p. 61-84, 2002. p. 79.

credor de pagar-se, reembolsando-se das despesas e dos encargos que teve, restituindo o saldo ao devedor”, pois “não pode ser o contrato instrumento de enriquecimento sem causa”.

E a estrutura do art. 27 da Lei do SFI traduz a ideia do equilíbrio contratual ao determinar a restituição do saldo ao fiduciante para que este sofra a perda apenas parcial, ou seja, o fiduciante deixará de receber tão somente o valor correspondente a sua dívida, evitando-se, assim, situações de enriquecimento sem causa<sup>32</sup>.

#### **2.4 A INFLUÊNCIA JURISPRUDENCIAL DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISAS MÓVEIS – DECRETO-LEI Nº 911/1969**

A alienação fiduciária de coisas móveis serviu de plataforma legislativa para a de coisas imóveis. Por conter questões e situações jurídicas consideradas análogas, é possível utilizar certos pontos tangenciais das garantias coirmãs para, em relação ao que já se avançou com a alienação fiduciária de coisa móvel, propor, à garantia imobiliária, soluções plausíveis e já testadas pelos tribunais.

A própria exposição de motivos indica como grande inovação da Lei do SFI estender aos imóveis a possibilidade de servir como objeto de propriedade fiduciária em garantia, destacando que se trata de estrutura jurídica capaz de oferecer segurança no que se refere à forma de execução<sup>33</sup>.

E se a questão da especialidade decorrente do processo sistemático interpretativo das leis – que seria o principal elemento técnico capaz de assegurar a aplicação da lei especial –, por si só não for suficiente para garantir a não subsunção do CDC ao Decreto-lei nº 911/1969, os tribunais, em especial o STJ, já entenderam que são diplomas incompatíveis<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Fundação Armando Álvares Penteado (Faap), ano 1, n. 1, p. 61-84, 2002. p. 79.

<sup>33</sup> Exposição de Motivos Interministerial nº 32/MPO/MP, de 09/06/1997, encaminhada pelos então ministros do Planejamento e Orçamento e da Fazenda, respectivamente, senhores Antonio Kandir e Pedro Malan, na qual ficou consignado que se trata “de verdadeira pedra angular do novo modelo de financiamento habitacional ora proposto”.

<sup>34</sup> TJSP, Apelação Cível nº 487.666-00/8, julgada em 02/09/1997 (*apud* ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Alienação fiduciária de bem imóvel. O contexto da inserção do instituto (Parecer)*. *Alienação fiduciária e Direito do Consumidor*. São Paulo: Abecip, s/d. p. 23).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu no sentido de que não se deve aplicar o CDC ao sistema de garantia real do Decreto-lei nº 911/1969<sup>35</sup>.

No STJ, vale destacar as razões consignadas no acórdão relatado pelo Ministro Castro Filho, no Recurso Especial nº 166.753<sup>36 37</sup>, em que se afastou a aplicação do art. 53 do CDC<sup>38</sup> da alienação fiduciária mobiliária.

Nota-se, portanto, que os tribunais já decidem sobre a não aplicação do art. 53 do CDC nos negócios jurídicos garantidos pela propriedade fiduciária de coisa móvel<sup>39</sup>.

O fundamento central que justifica tal entendimento é o de que os negócios jurídicos firmados no âmbito do Decreto-lei nº 911/1969 são estabelecidos para garantir o contrato de mútuo que tem como obrigação principal o pagamento da dívida pelo devedor.

---

<sup>35</sup> TJSP, Apelação Cível nº 1003671-20.2020.8.26.0032, julgada em 31/05/2021; TJSP, Apelação Cível nº 0003196-03.2015.8.26.0438, julgada em 24/11/2022; TJSP, Apelação Cível nº 1003342-03.2018.8.26.0606, julgada em 31/10/2022; TJSP, Apelação Cível nº 1038723-94.2020.8.26.0576, julgada em 31/08/2022; TJSP, Apelação Cível nº 849.793; TJSP, Apelação Cível nº 1.265.115-0/0; TJSP, Apelação Cível nº 1.023.012-0/5; TJSP, Apelação Cível nº 10.255.489-0/5; TJSP, Apelação Cível nº 1.0480.05.075.966-5/001; TJSP, Apelação Cível nº 70.018.559.211.

<sup>36</sup> A ementa desse REsp é a seguinte: “Alienação fiduciária em garantia. Inadimplência, restituição das parcelas pagas. Descabimento. Hipótese do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor não caracterizada. A rescisão do mútuo com alienação fiduciária em garantia, por inadimplemento do devedor, autoriza o credor a proceder à venda extrajudicial do bem móvel para o ressarcimento de seu crédito, impondo-lhe, contudo, que entregue àquele o saldo apurado que exceda o limite do débito. Daí não se pode falar na subsunção da hipótese à norma do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, o qual considera nulas, tão somente, as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, no caso de retomada do bem ou resolução do contrato pelo credor, em caso de inadimplemento do devedor, tampouco no direito deste de reaver a totalidade das prestações pagas. Recurso especial não conhecido”.

<sup>37</sup> No mesmo sentido os Recursos Especiais de números 193.056; 250.072; 302.230; e 437.451, todos do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>38</sup> Igual entendimento manifestou o Ministro Barros Monteiro ao relatar o REsp nº 363.810/DF, julgado pela Quarta Turma do STJ, em votação unânime, em que fez expressa referência ao REsp 250.072/RJ, cuja ementa é a seguinte: “Alienação fiduciária. Restituição das prestações pagas. No contrato de alienação fiduciária, o credor tem o direito de receber o valor do financiamento, o que pode obter mediante a venda extrajudicial do bem apreendido, tendo o devedor o direito de receber o saldo apurado, mas não a restituição integral do que pagou durante a execução do contrato. DL nº 911/1969. Art. 53 do CDC. Recurso não conhecido”. No mesmo sentido, REsp 997.287, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, julgado em 17/12/2009, em que ficou consignado que: (...) “O tema da alienação fiduciária se sobrepõe, no estado em que a lide se encontra, ao tema do consórcio. Com efeito, se é admitida aquela operação de crédito no âmbito deste plano e o consumidor já usufruiu do bem, as regras predominantes em caso de posterior inadimplemento devem ser as relativas ao Decreto-lei nº 911/69. Haveria indisfarçável desequilíbrio se fosse dado ao consumidor o direito à restituição integral do quanto pago após quase três anos de uso de um bem que, particularmente, sofre forte depreciação com o tempo.” Também no mesmo sentido, REsp 1.866.230/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/09/2020.

<sup>39</sup> REsp 401.702 e REsp 250.072, ambos do STJ.



De tal questão também cuidou Marcelo Terra<sup>40</sup>. No mesmo sentido entende o autor que não se aplica o art. 53 do CDC na sistemática da alienação fiduciária em garantia ao comentar que foi exemplar a posição adotada pelo 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, na Apelação Cível nº 479.247-00/6, ao confrontar o Decreto-lei nº 911/1969 com o art. 53 do CDC e decidir que o fiduciante não tem direito à restituição das parcelas pagas porque a alienação fiduciária é um contrato com características próprias, cuja legislação específica prevê a entrega ao devedor do saldo, caso haja, apurado na venda da coisa.

Assim, por ser a Lei do SFI, como referido anteriormente, posterior ao CDC, bem como por regular de forma exaustiva a matéria da garantia real fiduciária imobiliária, tal como o Decreto-lei nº 911/1969, em especial a prestação de contas que o fiduciário deve fazer ao fiduciante após os leilões, com a devolução a este daquilo que sobejar o valor da dívida (art. 27, § 4º), pode-se concluir também pelo afastamento do CDC da Lei do SFI.

## **2.5 DO CONTRATO DE MÚTUO GARANTIDO POR PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA**

Importante instituto que também merece destaque e que está presente em negócios jurídicos garantidos pela propriedade fiduciária imobiliária é o contrato de mútuo, regulado pelos artigos 586 a 592 do Código Civil.

O art. 586 estabelece que “mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade”.

São rotineiros os contratos de financiamento em que instituições financeiras concedem recursos para que o mutuário adquira determinado imóvel<sup>41</sup>. O banco, mediante a comprovação do registro da compra e venda definitiva no registro de imóveis competente e a subsequente e imediata constituição da propriedade fiduciária, tendo como adquirente o devedor, libera os recursos relativos à aquisição em conta corrente específica do alienante. Daí em diante, o

---

<sup>40</sup> TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: Safe, 1998. p. 73.

<sup>41</sup> Importante destacar que o Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução nº 4.676, de 31/07/2018, previu, em seu art. 7º, que as operações de financiamento imobiliário destinadas à aquisição, à construção ou à produção de imóvel poderão ser garantidas também pela propriedade fiduciária.

devedor/mutuário/fiduciante deve restituir ou recompor o *quantum* emprestado pelo mutuante para a operação de compra e venda.

Pelo conteúdo do referido art. 586 do Código Civil os mutuários são obrigados a devolver, ao credor, o objeto do mútuo. Caso o fiduciante deixe de ser obrigado a devolver o que tomou emprestado do fiduciário por causa do quanto estabelece o art. 53 do CDC, teremos a seguinte situação: a) o fiduciante obtém recursos do credor para adquirir o imóvel; b) utiliza-se do bem por certo tempo; c) nada paga por essa fruição; d) posteriormente deixa de adimplir o contrato de mútuo; d) caso obtenha devolução do que já pagou (a título de recomposição do mútuo), por aplicação do art. 53 do CDC, estar-se-ia configurado enriquecimento sem causa que decorreria do próprio sistema jurídico, porque o devedor receberia valores que pertencem ao mutuante credor desde a origem da relação contratual.

O contrato de mútuo, repita-se, somente estará integralmente satisfeito quando ocorrer, pelo mutuário, a completa recomposição da quantia emprestada pelo mutuante, pois, como ensina Carvalho Santos<sup>42</sup>, no contrato de mútuo “a restituição deve naturalmente ser completa; é da índole do contrato”. Se o mutuário não promover a recomposição do *quantum* emprestado do patrimônio do mutuante haverá, o que nosso ordenamento repudia: o enriquecimento sem causa<sup>43</sup>.

Vale destacar, portanto, que no contrato de mútuo o devedor se serve de recursos financeiros de titularidade do credor, ou seja, os valores utilizados para aquisição da coisa não lhe pertencem e nunca integraram seu patrimônio, razão pela qual, em caso de rescisão do contrato de mútuo, nada deverá ser a ele (fiduciante) devolvido, pois o que pagou foi feito em restituição ao mutuante (fiduciário).

Essa obrigação de restituição contida no dispositivo normativo que trata dos contratos de mútuo é significativa para afastar a aplicação do CDC, uma vez que encerram conceitos substancialmente opostos. Nas relações de consumo, o que se recebe está destinado à destruição ou deterioração pelo uso continuado; no contrato de mútuo, o que se recebe deve ser integralmente restituído ao mutuante pelo mutuário.

---

<sup>42</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*: Parte geral. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1944. v. XVII, p. 437.

<sup>43</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A Lei 9.514, de 20.11.97. Os procedimentos de realização da garantia fiduciária à luz dos princípios enunciados pelo artigo 53 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). (Parecer). *Alienação fiduciária e direito do consumidor*. São Paulo: Abecip, s/d. p. 79.

Caso não promova a integral recomposição no patrimônio do mutuante da exata quantidade de dinheiro que dele emprestou, estará o mutuário sujeito à execução da garantia fiduciária nos termos da Lei do SFI e, caso não purgue a mora, à alienação extrajudicial do imóvel que garante a obrigação.

Admitir a devolução das parcelas pagas no contrato de financiamento garantido por propriedade fiduciária de imóvel, pela aplicação do art. 53 do CDC, seria o mesmo que autorizar, nos contratos de financiamentos comuns celebrados com instituições financeiras, o devedor a exigir do credor a devolução das prestações recebidas a título de amortização da dívida. A simples análise demonstra ser isso um contrassenso, pois o dinheiro pago pelo devedor é do próprio credor. O que ocorreu foi um adiantamento da totalidade ao devedor para que realizasse o negócio aquisitivo, com a obrigação de devolver em determinado lapso de tempo e sob determinadas condições. Obrigar o credor a devolver o que o devedor pagou é penalizar aquele e beneficiar este sem qualquer causa juridicamente válida<sup>44</sup>.

A recomposição do patrimônio do credor no contrato de mútuo ocorre com o pagamento em dinheiro e não com a entrega do imóvel fiduciado, pois no contrato de mútuo o objeto é o dinheiro. O imóvel serve para dar maior eficácia ao recebimento do crédito, mas não substitui o dinheiro no contrato de mútuo<sup>45</sup>.

A combinação da regra do art. 586 do Código Civil, que obriga o mutuário a restituir integralmente o quanto emprestado ao mutuante, com a do inciso I<sup>46</sup> do art. 5º da Lei do SFI, permite concluir que, qualquer que seja o resultado dos leilões extrajudiciais, caso não seja suficiente para restituir o *quantum* emprestado, permanecerá o mutuário/fiduciante responsável pelo saldo remanescente. Mais um fato que demonstra não ser possível a aplicação do art. 53 do CDC.

Na configuração do próprio CDC, aponta Melhim Namem Chalhub<sup>47</sup>, o dinheiro como objeto do contrato de mútuo não se classifica como produto na definição do art. 2º do código consumerista, pois não é destinado ao consumo. A entrega do dinheiro ao mutuário caracteriza transmissão de propriedade dos recursos para que este os

---

<sup>44</sup> ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Alienação fiduciária de bem imóvel. O contexto da inserção do instituto (Parecer)*. *Alienação fiduciária e Direito do Consumidor*. São Paulo: Abecip, s/d. p. 20.

<sup>45</sup> ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Alienação fiduciária de bem imóvel. O contexto da inserção do instituto (Parecer)*. *Alienação fiduciária e Direito do Consumidor*. São Paulo: Abecip, s/d. p. 24.

<sup>46</sup> "Reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste".

<sup>47</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A Lei 9.514, de 20.11.97. Os procedimentos de realização da garantia fiduciária à luz dos princípios enunciados pelo artigo 53 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). (Parecer). *Alienação fiduciária e direito do consumidor*. São Paulo: Abecip, s/d. p. 65.

utilize com determinada finalidade e, nos termos e condições do contrato de mútuo, restitua ao mutuante em igual qualidade e quantidade e não para que o utilize “no sentido de destruí-lo ou torná-lo deteriorável pelo uso continuado”, salienta o autor.

Não é incomum notar certa tendência em relacionar a alienação fiduciária de coisa imóvel exclusivamente com atividades das instituições financeiras. Entretanto, importante destacar que essa modalidade de garantia real fiduciária não é exclusiva de tais entidades. Os particulares também podem se valer dessa espécie de direito real para garantir negócios jurídicos de compra e venda de imóvel ou até mesmo de outras espécies de obrigações, como de fazer, de dar etc.<sup>48</sup>. Nessas hipóteses o raciocínio jurídico é o mesmo, pois se houver empréstimo este deve ser integralmente pago pelo fiduciante, afastando-se a aplicação do CDC.

A propriedade fiduciária imobiliária pode ser contratada nas situações em que particulares, com a intenção de substituir a hipoteca como garantia real, adotam a propriedade fiduciária da Lei do SFI para seus contratos de compra e venda de imóvel.

Nos contratos de compra e venda de imóvel celebrados com apoio na propriedade fiduciária em garantia, o vendedor entrega definitivamente a coisa ao comprador que efetuará o pagamento do preço convencionado em outro negócio jurídico, o de mútuo, em que o vendedor passa a ser o credor fiduciário.

Nesse caso, os valores pagos pelo fiduciante ao fiduciário a título de aquisição do imóvel nunca pertenceram ao patrimônio deste, mas sim ao do devedor. Em tais circunstâncias, poderá haver parcelas que devam ser devolvidas pelo credor ao devedor de forma a evitar o seu enriquecimento sem causa. E isso ocorrerá se na alienação do imóvel nos leilões extrajudiciais o valor recebido pelo fiduciário for superior ao seu crédito; o que exceder deverá ser restituído ao fiduciante. Tal devolução deverá obedecer a estrutura de execução da garantia fiduciária, que está disciplinada nos arts. 26 e 27 da Lei do SFI. Deve-se destacar que em caso de inadimplemento do fiduciante o fiduciário não retomará o imóvel, mas executará a garantia que tem como finalidade a venda do imóvel em público leilão, como já referido anteriormente.

---

<sup>48</sup> CAMBLER, Everaldo Augusto. O regime jurídico da alienação fiduciária em garantia após o advento da Lei 10.931/04. *In*: ARRUDA ALVIM, Angélica; CAMBLER, Everaldo Augusto (coord.). *Atualidades do Direito Civil*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 247.

## 2.6 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É importante salientar qual tem sido a tendência do STJ na interpretação da possibilidade ou não de aplicação do CDC às relações fiduciárias.

Antes, porém, vale destacar a solução adotada pelo referido Tribunal Superior ao tratar da possibilidade ou não da subsunção da lei de incorporações à regra do art. 53 do CDC, situação muito semelhante à Lei do SFI.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o REsp nº 80.036/SP<sup>49</sup>, que trata de rescisão de contrato de compra e venda de fração ideal de terreno objeto de incorporação imobiliária, nos termos da Lei Federal nº 4.591/1964, bem observou que a proibição de o vendedor reter tudo o quanto foi pago pelo comprador durante a fase de execução do contrato desfeito é princípio geral que está presente na resolução, pela necessidade de serem as partes restituídas à situação anterior – pois não fosse isso não haveria razão para o desfazimento do contrato –, e para evitar o enriquecimento injustificado do vendedor que, pela posição contratual, retém as parcelas recebidas e obtém a devolução do bem. Nesse sentido, a cláusula do decaimento é abusiva no contrato de consumo, devendo ser reconhecida tanto na ação que é proposta pelo credor quanto naquela de iniciativa do devedor. No caso do referido recurso especial, entretanto, o contrato foi mantido e não desfeito, razão pela qual foi negada a devolução das prestações<sup>50</sup>.

O CDC foi afastado na hipótese do referido recurso especial porque o Tribunal entendeu que há disposição legal própria que trata dos contratos de incorporação imobiliária, a Lei Federal nº 4.591/1964. O CDC não foi aplicado de forma específica

---

<sup>49</sup> O Ministro Ruy Rosado de Aguiar noticiou resumidamente o entendimento do acórdão recorrido proferido pela Colenda Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Julgada improcedente a ação, os autores apelaram, mas a eg. Décima Segunda Câmara Cível do TJSP negou provimento ao recurso. Entendeu a eg. Câmara ser inaplicável o Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica regulada pela Lei nº 4.591/1964. Ainda que o fosse, inadmissível resolver o contrato com base na teoria da imprevisão; quanto à devolução, incorrente a hipótese do art. 53 do Codecon, prevista para o caso de ação proposta pelo credor contra o devedor inadimplente. Afastou a alegação de que a incorporadora teria agido com culpa; considerou que o comportamento dos autores não lhes permitia invocar a cláusula de desistência, prevista para o caso de não ser do Codecon, inclusive para os casos de responsabilidade do fornecedor e extinção da relação contratual”.

<sup>50</sup> “Depois de formular negativa genérica sobre a aplicação do Codecon, a verdade é que a eg. Câmara examinou a situação à luz do Código do Consumidor e lhe negou aplicação em razão das conclusões a que chegou pelo exame da prova e interpretação do contrato. Com isso, afastou a possibilidade do seu reexame através de recurso especial. Assim, rejeitou a existência dos pressupostos para a utilização da teoria da imprevisão e excluiu a alegação de que a empresa teria agido com culpa, concluindo pela manutenção do contrato. Mantida a avença, não há cogitar da devolução das prestações” (REsp nº 80.036/SP, relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

para determinar a devolução das parcelas pagas pelo comprador. Entendeu a Corte Superior que

[...] o contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei nº 4.591/1964), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva.

Entendeu-se que as leis consideradas especiais devem ser aplicadas aos correspondentes casos, e que o CDC funciona como vigia de tais relações jurídicas para garantir a aplicação dos princípios gerais, com a finalidade de impedir eventuais abusos decorrentes da vulnerabilidade do consumidor, garantir a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico.

No contrato preliminar de compra e venda com prestações continuadas, como é feito comumente nas incorporações imobiliárias, o devedor recebe uma coisa pela qual vai periodicamente pagando; caso haja rescisão antes do pagamento integral do preço o vendedor receberá de volta a coisa, e é por isso que o comprador deve receber as parcelas pagas por ela. Aqui é preciso destacar que essa devolução é regulada por outro conjunto normativo especial que é a Lei Federal nº 13.786/2018 (Lei dos Distratos).

Porém, esses contratos celebrados no âmbito das incorporações imobiliárias evoluem para um momento específico que é a chamada *entrega das chaves*, ocasião em que o comprador, para receber a unidade autônoma definitivamente, deve pagar a totalidade do saldo do preço. Nesse momento é que, se o devedor não tiver recursos próprios suficientes, nasce o contrato de mútuo para possibilitar o pagamento do restante do preço. Tal contrato de mútuo pode ser celebrado com o próprio vendedor da unidade autônoma ou com instituição financeira. De qualquer forma, o comprador utiliza do contrato de mútuo para efetuar o pagamento do saldo devedor, realizar a aquisição da propriedade plena do imóvel e outorgá-lo ao credor em garantia do pagamento do empréstimo.

Nessa sistemática, como já se explicou acima, o numerário que se destina à aquisição definitiva da coisa é originariamente do credor e por isso o devedor deve devolvê-lo, pois foi recebido ao início com a obrigação de restituição (CC, art. 586).

Caso o credor tivesse que devolver ao devedor esse mesmo numerário que recebera em pagamento do mútuo, estaria sempre perdendo<sup>51</sup>.

Em outras palavras, o fiduciário concede o “produto” (dinheiro) que é destacado de seu próprio patrimônio e o entrega ao fiduciante para que realize o investimento, mas este fica obrigado a restituir o que daquele recebeu. Em garantia do cumprimento dessa obrigação (de restituição do produto emprestado), o mutuário transfere, em caráter resolúvel, a propriedade fiduciária do imóvel adquirido ao mutuante. Denota-se que nessa situação jurídica o contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel em garantia é acessório em relação ao contrato principal, o mútuo<sup>52</sup>.

Não se pode perder de vista que o devedor deve cumprir suas obrigações e que as leis vigentes para sua proteção não se destinam a dar cobertura às situações de inadimplemento. O que a lei regulamentadora das relações de consumo pretende é proteger o consumidor contra eventuais abusos cometidos pela parte considerada mais forte na relação contratual<sup>53</sup> e não amparar comportamentos que visem ao inadimplemento.

O Ministro Ruy Rosado Aguiar, ao analisar questão referente ao Decreto-Lei nº 911/1969, no REsp 250.072/RJ do STJ, consignou que o credor tem direito ao valor financiado e o devedor não tem direito à restituição integral do que pagou durante a

---

<sup>51</sup> DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Método, 2005. p. 82.

<sup>52</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária. Negócio Fiduciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 431.

<sup>53</sup> REsp nº 129.732/RJ. Ementa: “Alienação fiduciária. Decreto-lei nº 911/1969. Código de Defesa do Consumidor. 1. Não tem apoio a interpretação que dá por revogado o § 1º do art. 3º do Decreto-lei nº 911/1969 diante da disciplina do Código de Defesa do Consumidor, [...] art. 6º, VI, dispõe que o consumidor tem o direito básico de ‘efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos’. Ora, essa regra legal não tem nenhuma relação com a purgação da mora em processo sob o regime do Decreto-lei nº 911/1969. O comando do art. 53, por outro lado, que faz alcançar as alienações fiduciárias, refere-se a cláusulas contratuais sobre a perda das prestações, que são nulas de pleno direito. Mas aqui não se cuida de cláusula contratual, e, sim, de regra jurídica impondo que, nos casos abrangidos pela lei, lei, portanto, especial, a purgação só será admitida se quitado o percentual indicado. Isso não viola direito algum do consumidor, não sendo razoável concluir pela revogação de uma lei por violar a *mens legis* de lei posterior, o que, claramente, não existe no direito positivo brasileiro, por conta da Lei de Introdução ao Código Civil. 2. Recurso especial conhecido, mas improvido”. Ver REsp1.622.555/MG, relatado pelo Ministro Marco Buzzi, julgado em 22/02/2017. Ver também Tema 722 do STJ: “Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial –, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária.”

execução do contrato, mas apenas ao saldo apurado na venda do objeto da garantia fiduciária. No mesmo sentido, REsp 166.753/SP, relatado pelo Ministro Castro Filho<sup>54</sup>.

No REsp 440.565<sup>55</sup> do STJ, o Ministro Barros Monteiro consignou que a Quarta Turma havia fixado entendimento no sentido de que no contrato de alienação fiduciária o credor tem o direito de receber o valor do financiamento e que pode obtê-lo mediante a venda extrajudicial do bem apreendido, tendo o devedor o direito de receber o que sobejar, sem se falar, portanto, em afronta ao art. 53 do CDC<sup>56</sup>.

Nota-se que o entendimento é no sentido de que o credor tem direito de receber o valor objeto do financiamento, e o devedor, em caso de inadimplemento, o de receber aquilo que sobejar na venda da coisa dada em garantia feita em leilão público, o que não se confunde com o direito de reaver as parcelas pagas até a rescisão. No mesmo sentido, em outra oportunidade, o Ministro Barros Monteiro, no REsp nº 401.702<sup>57</sup>, decidiu que, em se tratando de busca e apreensão de coisa alienada fiduciariamente, o credor tem o direito de receber o valor financiado, que poderá ser obtido por meio da venda extrajudicial da coisa apreendida, e o devedor, o de receber o saldo, se existente, mas não a restituição integral do preço que pagou.

Há similitude entre as disposições legais do Decreto-lei 911/1969 e a Lei do SFI no tocante à obrigação de restituir ao fiduciante aquilo que sobejar na hipótese de alienação em leilão público. Na Lei Federal nº 4.728/1965 tal previsão está contida no

---

<sup>54</sup> “Alienação fiduciária em garantia. Inadimplência. Restituição das parcelas pagas. Descabimento. Hipótese do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor não caracterizada. A rescisão do mútuo com alienação fiduciária em garantia, por inadimplemento do devedor, autoriza o credor a proceder à venda extrajudicial do bem móvel para o ressarcimento de seu crédito, impondo-lhe, contudo, que entregue àquele o saldo apurado que exceda o limite do débito. Daí não se poder falar na subsunção da hipótese à norma do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, o qual considera nulas, tão somente, as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, no caso de retomada do bem ou resolução do contrato pelo credor, em caso de inadimplemento do devedor, tampouco no direito deste de reaver a totalidade das prestações pagas. Recurso especial não conhecido”.

<sup>55</sup> “*Não cabe a prisão civil de devedor que descumpra contrato garantido por alienação fiduciária.*” Orientação traçada pela eg. Corte Especial (REsp nº 149.518-GO) – No contrato de alienação fiduciária, o credor tem o direito de receber o valor do financiamento, o que pode obter mediante a venda extrajudicial do bem apreendido, tendo o devedor o direito de receber o saldo apurado, mas não a restituição integral do que pagou (REsp nº 250.072-RJ). Recurso especial conhecido e provido”. Ver AgInt no REsp 1.430.971/SP, relatado pela Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 04/05/2020; REsp 401.702/DF, relatado pelo Ministro Barros Monteiro, julgado em 07/06/2005; e AgRg no REsp 506.882, relatado pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 13/02/2007.

<sup>56</sup> No mesmo sentido, REsp nº 327.215/DF (DJ 04/03/2002).

<sup>57</sup> “Em se tratando de busca e apreensão de coisa, objeto da garantia de alienação fiduciária, o credor tem o direito de receber o valor do financiamento, que pode obter mediante a venda extrajudicial do bem apreendido, e o devedor tem o direito de receber o saldo apurado, mas não a restituição integral do preço que pagou (REsp nº 205.072/RJ, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar; REsp nº 327.215/DF de minha relatoria).” Votação unânime (DJ, 29.08.2005, p. 346).



§ 3<sup>058</sup> do art. 66-B, introduzido pelo art. 55 da Lei Federal nº 10.931/2004. Na Lei do SFI, como já aduzido anteriormente, a obrigação legal decorre do conteúdo do § 4<sup>059</sup> do art. 27. Em relação à propriedade fiduciária de coisa móvel, o Código Civil estabeleceu idêntica obrigação no art. 1.364.

No que se refere à Lei do SFI, o STJ também

[...] já firmou entendimento no sentido de que, ocorrendo o inadimplemento de devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deverá observar a forma prevista nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, o que afasta, por consequência, a aplicação do art. 53 do CDC.<sup>60</sup>

As leis especiais que tratam da propriedade fiduciária contêm, portanto, dispositivos próprios e específicos que regulam essa garantia real, especialmente a restituição do saldo decorrente da venda em leilão público, em um autêntico acerto de contas entre fiduciário e fiduciante capaz de evitar ofensa ao art. 53 do CDC.

### **2.6.1 O TEMA 1095 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Como se falou acima, o CDC não estabeleceu um procedimento próprio e específico para a retomada do bem pelo credor e nem para a execução da garantia fiduciária, mas apenas considerou, em linhas gerais, que consiste prática abusiva estabelecer a perda total do que o devedor pagou ao credor, juntamente com a

---

<sup>58</sup> “§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada”.

<sup>59</sup> “§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil”.

<sup>60</sup> AgInt no REsp 1.791.893/SP, relatado pelo Ministro Marco Buzzi, julgado em 24/06/2019. Ver ainda: AgInt no REsp 1.427.901/SP, DJe de 19/11/2019; AgInt no REsp 1.750.435/DF, DJe de 22/11/2018.

retomada da coisa por este. Em outras palavras, age abusivamente o credor que retém todas as parcelas pagas pelo devedor e ainda promove a retomada da coisa.

Pelo que se expôs até aqui, não é isso o que acontece na estrutura da Lei do SFI. O fiduciário não retoma a coisa definitivamente para si no processo de execução da garantia. Os arts. 26 e 27 da Lei do SFI definem todo o procedimento que o fiduciário deverá observar na hipótese de inadimplemento da obrigação garantida pelo fiduciante. Já se afirmou anteriormente que por determinação legal, se o fiduciante não purgar a mora no prazo de 15 dias de sua intimação pessoal, o credor consolida a propriedade do imóvel em seu nome para ter legitimidade e disponibilidade para aliená-lo nos leilões públicos extrajudiciais e recompor seu crédito. Caso, como dito várias vezes, a venda ocorra por valor superior ao seu crédito este deverá ser entregue ao fiduciante e outorgada recíproca quitação.

Pode-se concluir, portanto, que o procedimento da Lei do SFI não colide com os princípios gerais contidos no CDC porque prevê expressamente a entrega ao fiduciante do valor que sobejar ao da dívida (caso exista), não cabendo falar em perda de todas as prestações adimplidas em favor do fiduciário. Este ficará apenas com o valor suficiente para recompor o seu crédito.

O CDC mantém-se, portanto, como guardião e vigia para garantir a aplicação dos princípios gerais de modo a coibir abusos que possam decorrer da vulnerabilidade do devedor, enquanto a Lei do SFI regula o direito real de garantia fiduciária imobiliária e sua forma de execução, razão pela qual ambos os sistemas (CDC e Lei do SFI) coexistem, mas cada um em seu espaço específico.

Nessa ordem de ideias, no âmbito dos precedentes jurisprudenciais sobre a prevalência ou não do art. 53 do CDC às relações fiduciárias imobiliárias da Lei do SFI, os Ministros da Segunda Seção do STJ, ao julgarem o REsp nº 1.891.498/SP, relatado pelo Ministro Marco Buzzi, por unanimidade, concordaram em fixar tese repetitiva e dar provimento ao recurso especial.

O presidente da comissão gestora de precedentes do STJ registrou na época do julgamento que existiam inúmeros recursos especiais ou agravos em recursos

especiais que tratavam da discussão acerca da matéria aqui tratada e sinalizou que o tema foi objeto de frequentes julgamentos no Superior Tribunal<sup>61</sup>.

Segundo consignou o Ministro Marcos Buzzi, em acórdão de 18/05/2021, os julgados aqui indicados (em nota de rodapé) como exemplos de precedentes, demonstravam a maturidade do tema, de modo a evidenciar que a matéria já havia

---

<sup>61</sup> Exemplificativamente, registram-se julgados proferidos pela eg. Terceira Turma do STJ: "(...) 4. Nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deve ocorrer nos termos dos arts. 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997, afastando-se a regra genérica e anterior prevista no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.5. Agravo interno desprovido." (AgInt no REsp 1.750.435/DF, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 27/11/2018). "(...) 2. "A Lei nº 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, é norma especial e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor – CDC. Em tais circunstâncias, o inadimplemento do devedor fiduciante enseja a aplicação da regra prevista nos arts. 26 e 27 da lei especial". (AgInt no REsp 1.822.750/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, julgado em 18/11/2019). "(...) 3. O inadimplemento, referido pelas disposições dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97, não pode ser interpretado restritivamente à mera não realização do pagamento no tempo, modo e lugar convencionados (mora), devendo ser entendido, também, como o comportamento contrário à manutenção do contrato ou ao direito do credor fiduciário. 4. O pedido de resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia por desinteresse do adquirente, mesmo que ainda não tenha havido mora no pagamento das prestações, configura quebra antecipada do contrato ("anticipatory breach"), decorrendo daí a possibilidade de aplicação do disposto nos 26 e 27 da Lei 9.514/97 para a satisfação da dívida garantida fiduciariamente e devolução do que sobejar ao adquirente. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO." (REsp nº 1.867.209/SP, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 30/09/2020). Ainda no mesmo sentido: AREsp 1.247.617, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* de 8/10/2018; AREsp 1.332.988, Rel. Min. Moura Ribeiro, *DJe* de 24/8/2018; REsp 1.462.210/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* de 25/11/2014; REsp 166.753/SP, Rel. Min. Castro Filho, *DJe* de 23/05/2005; AgInt no AREsp 1.049.510/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* de 30/06/2017; AgInt no REsp 1.750.435/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* de 22/11/2018; REsp 997.287/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* de 02/02/2010; REsp 437.451/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 10/03/2003; REsp 1.838.693/SP, decisão monocrática do Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* de 10/06/2020. "1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que, ocorrendo o inadimplemento de devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deverá observar a forma prevista nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, o que afasta, por consequência, a aplicação do art. 53 do CDC." (AgInt no REsp 1.791.893/SP, relatado pelo Ministro Marco Buzzi, julgado em 24/06/2019). "(...) 3. A Lei n. 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, é norma especial e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor - CDC. Em tais circunstâncias, o inadimplemento do devedor fiduciante enseja a aplicação da regra prevista nos arts. 26 e 27 da lei especial." (AgRg no AgRg no REsp nº 1.172.146/SP, relatado pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 26/06/2015). "1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que, ocorrendo o inadimplemento de devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deverá observar a forma prevista nos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97, por se tratar de legislação específica, o que afasta, por consequência, a aplicação do art. 53 do CDC. Precedentes." (AgInt no REsp nº 1.848.934/SP, relatado pelo Ministro Raul Araújo, julgado em 25/05/2020). "(...) 3. Descaracterizado o inadimplemento, não se cogita da aplicação do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor ao caso dos autos, diante da incidência do art. 27, § 4º, da Lei 9.514/1997, que disciplina de forma específica a aquisição de imóvel mediante garantia de alienação fiduciária." (AgInt nos EDcl no AREsp nº 975.829/SE, relatado pela Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 03/10/2017). Nesse sentido: REsp nº 1.839.190/SP, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 02/09/2020 (decisão monocrática); AgRg nos EDcl no Ag nº 1.192.342/MG, relatado pelo Ministro Marco Buzzi, julgado em 16/09/2014; AgInt no REsp nº 1.823.069/SP, relatado pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 16/10/2019; REsp nº 250.072/RJ, relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 07/08/2000; AgInt no AREsp nº 613.606/PR, relatado pela Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 17/05/2017.

sido bastante discutida e examinada por todos os Ministros que compõem a Segunda Seção, razão pela qual, segundo o relator, a afetação auxiliaria na efetividade da Justiça e na segurança jurídica da sociedade, pois poderia evitar decisões divergentes nas instâncias de origem e o desnecessário envio de recursos especiais e/ou agravos em recursos especiais para a Corte Superior. Na oportunidade, o Ministro relator informou que na época do julgamento do REsp 1.891.498/SP existiam cerca de 240 processos em tramitação sobre o assunto, os quais aguardavam solução definitiva, e que esta discussão já havia sido apreciada pelos órgãos colegiados da Segunda Seção em outros 279 casos, o que demonstrou ser a matéria relevante a ponto de afetar o referido REsp à sistemática de recursos especiais repetitivos, para consolidar o entendimento da seguinte questão jurídica:

Definição da tese alusiva à prevalência, ou não, do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de resolução do contrato de compra e venda de bem imóvel com cláusula de alienação fiduciária em garantia.

Antes, porém, de analisarmos o conteúdo do Tema 1095, para melhor compreensão vale registrar o caminho judicial percorrido no caso concreto até o julgamento pelo STJ.

Na origem, em breve resumo, os fiduciantes ajuizaram demanda contra a fiduciária pleiteando o desfazimento do contrato de compra e venda com pacto adjecto de propriedade fiduciária e a devolução das parcelas pagas, em razão de dificuldades financeiras que os impossibilitavam de prosseguir com o negócio. Alegaram que a fiduciária retomou o imóvel sem devolução das parcelas pagas. Em contestação, a fiduciária afirmou que consolidou a propriedade em razão do inadimplemento e da não purgação da mora pelos fiduciantes e que a Lei do SFI seria a aplicável à solução da dívida.

A sentença julgou improcedente o pedido dos fiduciantes. Estes interpuseram recurso de apelação cível e o Tribunal deu parcial provimento para obrigar a fiduciária a restituir para eles 90% dos valores pagos, devidamente corrigidos. A fiduciária interpôs recurso especial em que sustentou: (i) a validade da alienação fiduciária; (ii) ter sido regular a consolidação da propriedade do imóvel em razão do inadimplemento

incontroverso da obrigação pelos fiduciantes; e (iii) a inaplicabilidade do art. 53 do CDC.

Em decorrência, o STJ firmou a seguinte tese repetitiva (Tema 1095):

Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária devidamente **registrado** em cartório, a resolução do pacto, na hipótese de **inadimplemento** do devedor, devidamente **constituído em mora**, deverá observar a forma prevista na Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, afastando-se, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. (destaques acrescidos)

Além do que até aqui se comentou sobre a possibilidade de convivência de ambos os institutos (CDC e Lei do SFI) cada qual em seu espaço específico, com prevalência da Lei do SFI para a solução de inadimplemento do fiduciante, do conteúdo do Tema 1095 do STJ podemos destacar três requisitos objetivos que devem ser observados no caso concreto para que a solução da relação fiduciária ocorra pela Lei do SFI e não pelo CDC. São eles: (i) o registro do contrato de alienação fiduciária; (ii) o inadimplemento do fiduciante e (iii) a sua constituição em mora.

Podemos concluir que os requisitos trazidos pelo Tema 1095 são, de certa forma, cumulativos, ou seja, devem todos estar presentes para afastar a solução pelo CDC. Contudo, é possível afirmar que o registro do contrato seria o principal requisito porque sem ele não se constitui a garantia fiduciária imobiliária e, conseqüentemente, não se pode tratar do inadimplemento e mora do fiduciante.

#### **2.6.1.1 CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA**

Nesse sentido, o primeiro requisito objetivo trazido pelo Tema 1095 do STJ refere-se à constituição da garantia real fiduciária imobiliária, ou seja, para que esse direito real seja efetivamente constituído é imprescindível o registro do respectivo contrato na matrícula do imóvel fiduciado, como determina o art. 23 da Lei do SFI<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Como salienta Arruda Alvim, o “que se quis significar com a expressão *publicidade específica* é que esta se trata de publicidade disciplinada pelo direito. No direito brasileiro, é inviável ter-se como existente um direito real, *propriamente dito*, se não houver essa publicidade; salvo, naturalmente, as exceções legais expressas, v.g., como

Essa circunstância decorre da nossa sistemática para constituição de direitos reais imobiliários, consoante a regra geral do art. 1.227 do Código Civil com apoio no art. 172 da Lei Federal nº 6.015/1973 que exigem (a) o título, que se origina do acordo de vontade das partes sobre o direito real escolhido e que deverá reunir condições de ingresso no registro de imóveis; e (b) a inscrição registrária desse contrato que transforma a situação inicialmente obrigacional em direito real<sup>63</sup>. É importante salientar que enquanto não registrado o respectivo contrato de alienação fiduciária há apenas direito pessoal (obrigacional) entre os contratantes, razão pela qual não seria possível promover a execução da garantia nos termos da Lei do SFI.

O vínculo real entre o imóvel e a relação jurídica obrigacional surge com o registro no registro de imóveis. O vínculo real se caracteriza por ser um poder que afeta a coisa para a satisfação do crédito.

Pelo entendimento contido no âmbito do Tema 1095 do STJ, na falta de registro do contrato de alienação fiduciária a solução do desfazimento do contrato se dará, a depender do tipo de relação entre os contratantes, ou pelo Código Civil ou pelo CDC e não pela Lei do SFI. Portanto, para que a Lei do SFI seja aplicada na execução da garantia o contrato deverá estar registrado, pois só assim o fiduciante estará submetido ao procedimento de execução extrajudicial da garantia real fiduciária imobiliária.

#### **2.6.1.2 O INADIMPLENTO E A MORA DO FIDUCIANTE**

O segundo requisito relaciona-se com o comportamento do fiduciante que estará inadimplente se não efetuar o pagamento da dívida no tempo e na forma convencionados no contrato.

Vale aqui mencionar que o art. 397 do Código Civil estabelece que o “inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno

---

usucapião e sucessão aberta, em que, conquanto existente o direito de propriedade, não são objeto de publicidade e em que esta virá a ser *meramente* declaratória. Não há como reconhecer-se por outro meio de prova, senão que por meio dessa publicidade.” Arruda Alvim, Lei de Registros Públicos comentada: Lei 6.015/1973 / coordenação José Manuel de Arruda Alvim Neto, Alexandre Laizo Clápis, Everaldo Augusto Cambler. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 508

<sup>63</sup> Existe uma regra geral que deve ser aqui lembrada. Só quem tem o poder para alienar o imóvel poderá dá-lo em garantia, no caso a propriedade fiduciária.

direito em mora o devedor.” Em outras palavras, se no dia estipulado para o pagamento de dívida positiva e líquida o fiduciante não pagar, pela regra geral do Código Civil ele estaria automaticamente em mora.

Esse tipo de mora do devedor denomina-se *ex re* ou *automática*. Ocorre quando a obrigação é positiva (dar ou fazer), é líquida (certa quanto à existência e determinada quanto ao valor) e contém prazo certo para o pagamento<sup>64</sup>. Nesse tipo, o não cumprimento da obrigação nos termos ajustados acarreta a mora automática do devedor, sem que sejam necessárias providências complementares do credor como notificações, interpelações ou avisos (*dies interpellat pro homine* – o dia do vencimento interpela a pessoa).

O outro tipo de mora do devedor é a *ex persona* e caracteriza-se se não houver tempo certo para acontecer o pagamento, ainda que a obrigação seja positiva e líquida. Nessa hipótese, a determinação da mora se dará mediante interpelação judicial ou extrajudicial a ser promovida pelo credor (Código Civil, art. 397, parágrafo único).

No que se refere à mora do fiduciante, a sistemática da Lei do SFI propôs regras que envolvem os conceitos de mora *ex re* e de mora *ex persona*, pois apesar de a obrigação ser positiva, líquida e ter tempo certo para o pagamento, o fiduciante somente será considerado em mora após ser pessoalmente intimado pelo registrador imobiliário, a pedido do fiduciário. Se a obrigação não foi cumprida na data estipulada em contrato, a estrutura da Lei do SFI caracteriza isso como inadimplemento, mas não lhe confere os efeitos da mora, a qual dependerá da intimação pessoal do fiduciante. Logo, envolve os dois tipos de mora do devedor<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil; 11. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 215.

<sup>65</sup> TJSP, Agravo de Instrumento nº 2036410-23.2023.8.26.0000, julgado em 21/03/2023. Ementa: “TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. Indeferimento na origem. Manutenção. Resolução de contrato de venda e compra com pacto de alienação fiduciária em garantia. Suspensão da exigibilidade das parcelas vincendas e abstenção de inclusão do nome do comprador no cadastro de inadimplentes. Inadmissibilidade. Não se confundem o compromisso com a venda e compra garantida por alienação fiduciária para recebimento do preço. Discussão envolvendo o Tema 1095/STJ. Prestação líquida, positiva e a termo (artigo 397 do CC). Mora *ex re* configurada, independentemente da intimação do devedor para purgá-la. Intimação tem o objetivo de consolidação da propriedade resolúvel em mãos da credora. Determinação para que autora e réis esclareçam, de forma clara e objetiva, se almejam a resolução do contrato, nos moldes da tese fixada pelo STJ no Tema 1095, com leilão extrajudicial do imóvel. Recurso desprovido.”

É possível que o legislador tenha optado por essa estratégia para procurar dar maior proteção ao fiduciante, concedendo-lhe o prazo de 15 dias, contados do fim do prazo de carência do contrato, para organizar-se, purgar a mora e evitar a execução da garantia.

Entretanto, no que se refere ao afastamento do CDC nos termos do Tema 1095, o fiduciário deve atender ao que estabelecem os arts. 26 e 27 da Lei do SFI. E pelo quanto está disposto no art. 26 a propriedade somente será consolidada em nome do fiduciário se o fiduciante já tiver sido constituído em mora. E para isso, o fiduciário deverá, como referido, requerer ao registrador imobiliário que promova a intimação pessoal do fiduciante. A constituição do fiduciante em mora é, então, o terceiro requisito exigido pelo Tema 1095.

### 2.6.1.3 QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE O TEMA 1095 DO STJ

Algumas questões podem surgir para as situações em que os requisitos do Tema 1095 do STJ não estejam presentes no caso concreto, para as quais já encontramos decisões nos tribunais estaduais<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> TJSP, Apelação Cível nº 1018108-45.2018.8.26.0482, julgada em 05/04/2023. Rescisão contratual c.c. indenização. Compra e venda de imóvel com pacto de alienação fiduciária. Possibilidade de desfazimento do contrato com restituição dos valores pagos. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade do **Tema 1095** do STJ. **Ausência** de inadimplemento ou constituição do devedor em mora. Devolução dos valores pagos. Necessidade. Súmulas 1, 2 e 3 deste E. Tribunal de Justiça. Súmula 543 do STJ. Percentual fixado pelo juízo a quo a título de retenção pela promitente vendedora em 20% do valor pago que está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal e entendimento do STJ. Pretensão indenizatório pelo uso/fruição do imóvel. Impossibilidade, visto que se trata de lote sem edificação. Indenização indevida. Comissão de corretagem. Inobservância do dever de informação. Entendimento do STJ. Inaplicabilidade da Lei 13.786/2018. Contrato firmado antes de sua vigência. Multa por litigância de má-fé afastada. Recurso parcialmente provido. TJSP, Apelação Cível nº 2245520-96.2022.8.26.0000, julgada em 03/04/2023. "RESCISÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA COM PACTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Decisão que indeferiu a tutela de urgência. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Agravo de instrumento que deve analisar apenas se presentes os requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil. Possibilidade de suspensão das parcelas e, ainda, da não inscrição do nome do agravante em cadastro de proteção ao crédito, por ora. Precedentes desta c. Câmara. INAPLICABILIDADE DO **TEMA 1095** DO C. STJ. Firmada tese pelo C. STJ, segundo a qual "Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária devidamente registrado em cartório, a resolução do pacto, na hipótese de inadimplemento do devedor, devidamente constituído em mora, deverá observar a forma prevista na Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, afastando-se, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor". Caso sub judice. Contrato com cláusula de alienação fiduciária registrado na matrícula do imóvel, porém sem que houvesse constituição em mora do autor-adquirente. Aplicação da legislação consumerista. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.



Caso o contrato de alienação fiduciária não esteja registrado o credor não poderá se utilizar da execução extrajudicial da Lei do SFI. Isso porque o registro é condição essencial para a constituição dos direitos reais em nosso sistema. Os dois outros requisitos do Tema 1095 serão irrelevantes na falta do registro. Sem o registro do contrato o fiduciário não poderá requerer ao registrador de imóveis a constituição da mora do fiduciante porque o contrato inexistirá na realidade registrária. Os precedentes encontrados são no sentido de que na falta do registro aplica-se a regra do art. 53 do CDC<sup>67</sup>.

Nos contratos de compra e venda de imóveis com pacto adjeto de propriedade fiduciária, a falta de registro sujeitará a relação ao direito obrigacional e o desfazimento do contrato às regras dos arts. 472, 473, 474 e 475 do Código Civil ou do art. 53 do CDC, a depender do tipo de relação existente entre os contratantes. De qualquer forma, sempre se deverá buscar evitar o enriquecimento sem causa de uma parte em relação à outra.

Parece-nos, porém, que essa solução dependerá das condições concretas do negócio jurídico. Se a relação decorrer de um contrato definitivo de compra e venda, com a transferência do imóvel para o patrimônio do comprador, que, na sequência, aliena-o para o vendedor mediante a celebração de um contrato de mútuo com garantia fiduciária imobiliária, como explicamos anteriormente, não caberá, mesmo na falta de registro do contrato, a aplicação do art. 53 do CDC<sup>68</sup> para que o credor devolva as parcelas pagas pelo devedor porque a propriedade já foi transferida definitivamente e esses valores são de propriedade daquele que já se dispôs do imóvel. A devolução das quantias recebidas pelo credor acarretaria enriquecimento sem causa do devedor, que as receberia e continuaria proprietário do imóvel.

Na hipótese tratada no parágrafo anterior, quando uma instituição financeira comparece para conceder ao comprador os recursos necessários à aquisição, entre as partes remanesce para ser cumprido apenas o contrato de mútuo, com garantia fiduciária imobiliária, razão pela qual o fiduciante não pode pleitear a resolução do primeiro negócio (compra e venda) que se exauriu com a entrega da quantia

---

<sup>67</sup> TJSP, Apelação Cível nº 1021724-03.2019.8.26.0576, julgada em 31/03/2023; TJSP, Apelação Cível nº 1048043-94.2019.8.26.0224, julgada em 29/03/2023; TJSP, Apelação Cível nº 1002924-94.2022.8.26.0066, julgada em 28/03/2023.

<sup>68</sup> TJSP, Agravo de Instrumento nº 2098475-88.2022.8.26.0000, julgado em 09/03/2023.

necessária para o pagamento do preço e a transferência definitiva da propriedade. No contrato de mútuo inexistente prestação a ser cumprida pelo mutuante (fiduciário), sendo que este já entregou a quantia objeto do mútuo. Caberá prestação apenas ao mutuário (fiduciante), consistente no pagamento das parcelas faltantes para reposição do empréstimo, razão pela qual inaplicável o art. 53 do CDC.

Como referido, o segundo requisito do Tema 1095 é o inadimplemento do fiduciante, ou seja, a parcela devida está vencida e não paga. Porém, poderá haver situações em que o fiduciante, com contrato registrado, esteja adimplente e deseja o desfazimento do ajuste. Restará saber se nessa hipótese será aplicado o CDC ou a Lei do SFI.

Há precedentes do STJ no sentido de que na hipótese de resolução do contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária por desinteresse do adquirente adimplente, o que configuraria quebra antecipada do contrato (“anticipatory breach”), aplicam-se os arts. 26 e 27 da Lei do SFI para a satisfação da dívida e a devolução ao fiduciante do que eventualmente sobejar na venda do imóvel nos leilões extrajudiciais<sup>69</sup>. Contudo, esse entendimento não foi considerado na fixação da tese repetitiva ora analisada por não se encontrar suficientemente maduro dentro do Tribunal Superior, na avaliação dos Ministros da Segunda Seção.

Concordamos com o entendimento do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino de que, em caso de desinteresse do devedor adimplente em continuar com o contrato garantido por propriedade fiduciária, aplicam-se os arts. 26 e 27 da Lei do SFI, pois esse comportamento contraditório do fiduciante caracteriza inadimplemento antecipado, razão pela qual a solução deverá se dar pelas regras dos referidos artigos da Lei do SFI e não pelo art. 53 do CDC<sup>70</sup>.

Mas há precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>71</sup> no sentido de que na falta de inadimplemento do fiduciante não se aplica a lei do SFI, mesmo que o contrato de alienação fiduciária esteja registrado, regulando-se o desfazimento pelo CDC.

---

<sup>69</sup> REsp nº 1.867.209/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 08/09/2020; REsp nº 1.930.085/AM, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, julgado em 16/08/2022; AgInt no REsp 1.823.174/SP, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 15/06/2021.

<sup>70</sup> TJSP, Apelação Cível nº 1003329-80.2022.8.26.0309, julgada em 30/03/2023.

<sup>71</sup> TJSP, Apelação Cível nº 1000446-79.2022.8.26.0142, julgada em 09/03/2023. TJSP, Apelação Cível nº 1002688-35.2021.8.26.0404, julgada em 16/04/2023.

Não concordamos com tal entendimento, pois a propositura da ação de rescisão contratual pelo fiduciante, com a alegação de que não mais reúne condições para adimplir o contrato, enquadra-se na hipótese de quebra antecipada e, nesse sentido, configura-se o inadimplemento confesso do fiduciante, razão pela qual se deve aplicar a Lei do SFI e não o CDC. Nesse sentido vale o registro da ementa da Apelação Cível nº 1042100-73.2020.8.26.0576<sup>72</sup> do tribunal paulista:

Compra e venda. Ação de rescisão contratual. Sentença de procedência. Irresignação do réu. Pedido de rescisão que poderia em tese impactar o banco cessionário, que deve, pois, figurar no polo passivo. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. Autor proprietário registral do imóvel e devedor fiduciante. Garantia fiduciária registrada. Inaplicabilidade da tese vinculante aprovada pelo STJ no julgamento do Tema 1095. Autor adimplente ao tempo do ajuizamento da ação. Fato que não justifica a resolução do contrato na forma pretendida na inicial. Compromisso de compra e venda extinto diante do esgotamento de seu objeto. Resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia por desinteresse do adquirente que configura quebra antecipada do contrato ("anticipatory breach"), mesmo que ainda não tenha havido mora no pagamento das prestações. Precedentes do STJ. Resolução que deve se submeter aos ditames da Lei nº 9.514/97. Ação improcedente. Sentença reformada. Recurso provido.

Problema também haverá na situação em que, com o contrato registrado, o fiduciante está inadimplente, ou seja, a dívida está vencida e não paga, mas – por qualquer razão, inclusive o próprio ocultamento –; ele ainda não foi intimado pessoalmente para purgar a mora. Como aludido acima a Lei do SFI exige intimação pessoal do fiduciante para caracterizar a sua mora. Na falta dessa intimação pessoal, pelo conteúdo do Tema 1095, não poderá ser aplicada a Lei do SFI.

E se o fiduciante promover uma demanda judicial para resolver o contrato antes de sua intimação pessoal? Qual sistema legal deverá amparar os interesses das partes?

Nossa opinião é no sentido de que se o fiduciante inadimplente propuser uma ação judicial para resolver o contrato antes de sua intimação pessoal ele demonstrará – pelo seu comportamento –, que tem conhecimento inequívoco sobre a sua situação

---

<sup>72</sup> No mesmo sentido: TJSP, Apelação Cível nº 1005466-44.2021.8.26.0576, julgada em 28/02/2023; TJSP, Apelação Cível nº 1000965-23.2021.8.26.0099, julgada em 06/02/2023; TJSP, Apelação Cível nº 1042100-73.2020.8.26.0576, julgada em 14/03/2023; dentre outras.

de inadimplência e, portanto, será desnecessária a sua intimação pessoal para purgar a mora. Logo, a solução do contrato deve ocorrer nos termos do art. 27 da Lei do SFI. Esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da Apelação Cível nº 1001097-46.2022.8.26.0099, de cujo acórdão fazemos os seguintes destaques:

A ação objetiva rescisão de compromisso de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia cumulada com pedido devolução dos valores pagos, em decorrência da inviabilidade do autor continuar adimplindo com o pagamento do contrato.

Ocorre, contudo, a impossibilidade de rescisão do instrumento de venda e compra, face à incidência da Lei 9.514/1997, que especifica um procedimento próprio e distinto para o desfazimento de avenças em que há pacto de alienação fiduciária, e não o Código de Defesa do Consumidor.

Nesta toada, impera salientar ter havido o registro do respectivo instrumento contratual na matrícula do imóvel (fls. 212), nos termos do art. 23, da Lei 9.514/97, bem como a constituição em mora que decorre do próprio ato do recorrente em pleitear a rescisão.

Isso porque ao ingressar com a presente ação, sequer estava o recorrente em mora (fls. 76), porém pretendia o distrato por entender que não deveria mais prosseguir com este, hipótese não contemplada no contrato para a rescisão e sequer pode se valer da suposta ausência deste requisito para impor condição mais favorável para si.

Demais disso, a rescisão do contrato na forma pretendida impõe o retorno das partes ao estado anterior, o que não é mais possível no caso em apreço.

Isto porque, diante da transferência da propriedade do imóvel à credora fiduciária, ficando o autor apenas com a posse direta, a simples devolução do bem à vendedora não se revela viável. Para tanto, seria necessária a quitação do débito pelo comprador, para que recuperasse a propriedade imobiliária e, somente então, tornar-se-ia possível devolvê-lo à ré. Porém, diante da alegada insuportabilidade financeira do contrato, deve o autor se sujeitar ao procedimento da Lei 9514/97.

Mas e se o fiduciante estiver adimplente e propuser ação judicial para rescindir o contrato? Qual estrutura legal deverá ser utilizada para o desfazimento do contrato?

Nossa opinião é no sentido do que já apresentado acima. O comportamento do fiduciante é no sentido de finalizar a relação contratual com o fiduciário. Logo, mesmo que o fiduciante esteja adimplente, pelo seu comportamento (ao propor ação de rescisão contratual) estará caracterizado o descumprimento contratual, o qual é denominado “quebra antecipada” ou *antecipatory breach*<sup>73</sup>, tornando-se

---

<sup>73</sup> “Compra e venda. Rescisão contratual. Contrato registrado com pacto de alienação fiduciária em garantia. Resilição unilateral do negócio requerida pelo comprador. Inadmissibilidade. Hipótese que não se amolda à da tese aprovada pelo STJ no julgamento do Tema 1095. Autores adimplentes ao tempo do ajuizamento da ação. Esgotamento do objeto do contrato. Impossibilidade de resolução da

desnecessária a caracterização do inadimplemento e da constituição em mora do fiduciante na forma prevista na Lei do SFI<sup>74</sup>, especialmente em razão do princípio da eficiência processual. Nesse caso deve-se aplicar a solução da Lei do SFI<sup>75 76</sup>.

Seria um apego demasiadamente exagerado ao formalismo exigir que o fiduciante – que propõe ação de rescisão contratual –, tenha que ser considerado inadimplente – o que poderá não acontecer se ele continuar cumprindo a obrigação garantida – e constituído em mora –, o que também poderá não ocorrer se ele permanecer adimplente –, para aplicar a Lei do SFI. Sua própria conduta em requerer a rescisão judicial do contrato demonstra seu desinteresse na continuidade da relação jurídica com o fiduciário. Em tal circunstância, a relação fiduciária imobiliária deve ser

---

compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia por desinteresse do adquirente. Quebra antecipada do contrato ("anticipatory breach"), mesmo que ainda não tenha havido mora no pagamento das prestações. Precedentes do STJ. Aplicabilidade da Lei nº 9.514/97. Ação improcedente. Recurso provido" (TJSP, Apelação Cível nº 1005466-44.2021.8.26.0576, julgada em 28/02/2023).

<sup>74</sup> "AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DESISTÊNCIA DO COMPRADOR. RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PAGAS NOS TERMOS DA SÚMULA 543/STJ. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE LEILÃO EXTRAJUDICIAL DO BEM. PREVALÊNCIA DA LEI 9.514/1997 ANTE O CDC. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTA CORTE SUPERIOR. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO JULGADO IMPROCEDENTE. 1. Controvérsia pertinente ao confronto entre o direito que assiste ao promitente comprador de promover a rescisão unilateral do contrato de promessa de compra e venda no regime da incorporação imobiliária com base na Súmula 543/STJ, de um lado, e, de outro, a garantia da alienação fiduciária em garantia. 2. Existência de jurisprudência pacífica nesta Corte Superior no sentido de que o pedido de rescisão dá ensejo à alienação extrajudicial do bem segundo as regras da Lei 9.514/1997, não se aplicando nesse caso o enunciado da Súmula 543/STJ. 3. Inexistência de distinção para o caso de ausência de mora do devedor, pois o próprio pedido de rescisão configura quebra antecipada do contrato ("anticipatory breach"), decorrendo daí a possibilidade de aplicação do disposto nos 26 e 27 da Lei 9.514/97. Precedente específico desta TURMA. 4. Improcedência do pedido de restituição de parcelas pagas na espécie." (STJ, AgInt no REsp nº 1.823.174/SP, julgado em 15/06/2021).

<sup>75</sup> TJSP, Apelação Cível nº 1003915-22.2019.8.26.0019, julgada em 29/03/2023.

<sup>76</sup> "COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL. Insurgência da ré contra decisão que deferiu a tutela de urgência. Reforma. Contrato de compra e venda registrado com cláusula de alienação fiduciária em garantia. Ausência de probabilidade no direito alegado pelo autor quanto ao pedido de distrato unilateral. Necessidade de observância do procedimento previsto na Lei 9.514/97. Desistência que configura quebra antecipada do contrato. Entendimento do STJ no TEMA 1095 quanto à não aplicação do CDC no que se refere à resolução unilateral de contratos regidos pela Lei 9.514/97. Tutela de urgência revogada. AGRAVO PROVIDO" (Agravado de Instrumento nº 2233688-66.2022.8.26.0000, julgado em 13/12/2022).

resolvida nos termos do art. 27 da Lei do SFI<sup>77 78 79</sup>, com a realização dos leilões extrajudiciais.

Com a quebra antecipada do contrato decorrente da propositura da ação de rescisão contratual pelo fiduciante, o fiduciário, independentemente da constituição

---

<sup>77</sup> “Rescisão contratual c/c devolução de quantias pagas. Contrato de venda e compra de lote garantido por alienação fiduciária. Pedido formulado pelos Autores, como comprador, em razão de sua desistência do negócio. Inadmissibilidade, uma vez que o contrato estabelecido entre as partes se submete à Lei nº 9.514/97. Desfazimento do negócio jurídico que deve observar o disposto nos artigos 26 e 27 da lei especial e ao decidido pelo STJ, em sede de recursos repetitivos (Tema 1095). Falta do interesse de agir ora reconhecida. Ação julgada extinta, nos termos do art. 485, VI, do CPC. Precedentes jurisprudenciais desta C. Câmara. Sentença reformada, invertidos os ônus da sucumbência. Recurso provido” (TJSP, Apelação Cível nº 1001443-42.2021.8.26.0451, julgada em 24/01/2023).

<sup>78</sup> “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO C/C RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PACTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRETENSÃO DE RESILIÇÃO UNILATERAL. QUEBRA ANTECIPADA DO CONTRATO. ONEROSIDADE EXCESSIVA NÃO CARACTERIZADA. INCIDÊNCIA DA LEI 9.514/1997. 1. Ação de ressarcimento c/c resilição unilateral de contrato e compensação por danos morais ajuizada em 19/03/2015, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 19/01/2021 e concluso ao gabinete em 07/04/2021. 2. O propósito recursal é decidir sobre a resilição unilateral do contrato de compra e venda de imóvel com pacto de alienação fiduciária, por onerosidade excessiva, com a devolução dos valores pagos pelos adquirentes, bem como sobre a caracterização do dano moral e o julgamento além do pedido (ultra petita). 3. O pedido de resolução do contrato de compra e venda compacto de alienação fiduciária em garantia por desinteresse do adquirente, mesmo que ainda não tenha havido mora no pagamento das prestações, configura quebra antecipada do contrato ("anticipatory breach"), decorrendo daí a possibilidade de aplicação do disposto nos 26 e 27 da Lei 9.514/97 para a satisfação da dívida garantida fiduciariamente e devolução do que sobejar ao adquirente. Entendimento da Terceira Turma. 4. A intervenção judicial voltada à resolução do contrato por onerosidade excessiva pressupõe a ocorrência de fato superveniente que altere, substancialmente, as circunstâncias intrínsecas à formação do vínculo contratual, ou seja, a sua base objetiva, de modo a comprometer a equação econômica prevista pelos contratantes. 5. Hipótese em que não se justifica a resolução do contrato por onerosidade excessiva em virtude da mudança na capacidade financeira dos adquirentes, causada por fatos que não se relacionam com as circunstâncias que envolveram a conclusão do contrato e que tampouco alteraram a onerosidade da prestação inicialmente assumida, sendo de rigor a incidência da Lei 9.514/1997. 6. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 1.930.085/AM, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, julgado em 16/08/2022).

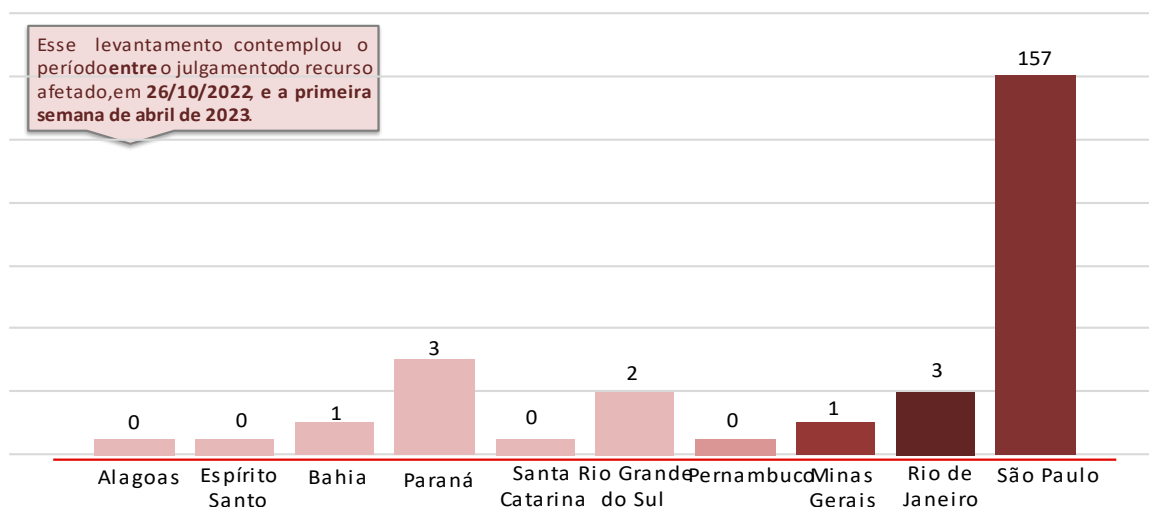
<sup>79</sup> “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO COM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL (LOTE) GARANTIDA MEDIANTE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AUSÊNCIA DE CULPA DO VENDEDOR. DESINTERESSE DO ADQUIRENTE. 1. Controvérsia acerca do direito do comprador de imóvel (lote), adquirido mediante compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia, pedir a resolução do contrato com devolução dos valores pagos, não por fato imputável à vendedora, mas, em face da insuportabilidade das prestações a que se obrigou. 2. A efetividade da alienação fiduciária de bens imóveis decorre da contundência dimanada da propriedade resolúvel em benefício do credor com a possibilidade de realização extrajudicial do seu crédito. 3. O inadimplemento, referido pelas disposições dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97, não pode ser interpretado restritivamente à mera não realização do pagamento no tempo, modo e lugar convenionados (mora), devendo ser entendido, também, como o comportamento contrário à manutenção do contrato ou ao direito do credor fiduciário. 4. O pedido de resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia por desinteresse do adquirente, mesmo que ainda não tenha havido mora no pagamento das prestações, configura quebra antecipada do contrato ("anticipatory breach"), decorrendo daí a possibilidade de aplicação do disposto nos 26 e 27 da Lei 9.514/97 para a satisfação da dívida garantida fiduciariamente e devolução do que sobejar ao adquirente. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.” (REsp 1.867.209/SP, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 30/09/2020).

em mora (que nessa hipótese é mero formalismo superado pela circunstância da demanda judicial), está autorizado a promover a consolidação da propriedade em seu nome e a realizar os leilões extrajudiciais, devendo comunicar ao fiduciante as datas e os locais em que serão realizados, mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato (inclusive o eletrônico).

## 2.6.2 PRECEDENTES JUDICIAIS PÓS FIXAÇÃO DO TEMA 1095 DO STJ

Em levantamento feito junto aos *sites* dos Tribunais Estaduais, no período compreendido entre a data do julgamento do REsp 1.891.498/SP, que ocorreu em 26/10/2022 até a semana de 07/04/2023, encontramos aproximadamente 176 precedentes julgados com apoio no Tema 1095 do STJ, distribuídos como indicado no quadro abaixo<sup>80</sup>.

### LEVANTAMENTO, EM NÚMEROS, DA APLICAÇÃO DA TESE NOS PRINCIPAIS TRIBUNAIS ESTADUAIS



No Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 acórdãos mantiveram a aplicação do CDC. Nos 157 acórdãos encontrados:

1. 100 afastaram o CDC porque presentes os requisitos de registro do contrato, inadimplemento e constituição em mora do fiduciante;

<sup>80</sup> Levantamento feito entre a data do Tema 1095 e a primeira semana de abril de 2023.

2. 40 aplicaram o CDC porque ou (i) o contrato de alienação fiduciária não foi levado a registro<sup>81</sup> ou (ii) o fiduciante não foi constituído em mora;
3. 6 aplicaram o CDC em razão da discussão do desequilíbrio contratual entre as partes<sup>82</sup>;
4. 2 aplicaram o CDC porque o caso concreto tratava de resilição e não de resolução contratual<sup>83</sup>; e
5. 9 afastaram a tese porque o objeto da ação era distinto ao discutido no Tema 1095 do STJ.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 3 casos afastaram o CDC e acolheram a Lei do SFI porque presentes os requisitos do Tema 1095 do STJ; e 2 afastaram a aplicação da tese pela falta de constituição em mora do fiduciante.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais encontramos apenas 1<sup>84</sup> caso em que se afastou o CDC e se aplicou a Lei do SFI. Trata-se de situação em que o devedor pleiteou a rescisão do contrato e que se decidiu pela manutenção do negócio, concluindo-se que a solução deveria se dar pela execução prevista na Lei do SFI.

No Rio Grande do Sul, houve incidente de uniformização de jurisprudência em que o Tema 1095 do STJ foi reconhecido, bem como utilizado para a aprovação do seguinte enunciado:

Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária, a resolução do pacto, na hipótese de inadimplemento do devedor fiduciante, observará as disposições da lei nº 9.514/97, dispensada vinculação da promitente vendedora ao sistema financeiro

---

<sup>81</sup> “A falta de registro, nos termos da Lei 6015/73, retira o poder magnético (propriedade resolúvel) do imóvel submetido ao sistema da garantia fiduciária e enseja a rescisão por iniciativa dos compradores (desistência, que é o mais intuitivo fundamento das autoras). A Lei 9514/79, para ser aplicado nos termos do tema repetitivo 1095, depende do registro”. (TJSP; Apelação Cível nº 1003848-61.2021.8.26.0286, julgada em 22/02/2023).

<sup>82</sup> “Destaco, inicialmente, que há relação de consumo entre as partes e como tal será apreciada. O autor, na condição de compromissário comprador de bem imóvel, é vulnerável na relação contratual estabelecida com a requerida, que, por outro lado, é grande empreendedora da área imobiliária, que atua objetivando lucro, sendo assim, fornecedora sujeita às normas consumeristas”. (TJSP, Apelação Cível nº 1025343-77.2020.8.26.0002, julgada em 31/01/2023).

<sup>83</sup> “A realidade fática traduz pretensão de resilição, que consiste no exercício potestativo de colocar fim à continuidade do contrato, e não de resolução, que pressupõe inexecução, cláusula resolutiva ou onerosidade excessiva hipóteses aqui sequer aventadas pela contratante. Bem por isso não se cogita a suspensão imanente ao processamento do Tema 1095 dos recursos repetitivos do Colendo Superior Tribunal de Justiça (...)” (TJSP; Apelação Cível nº 1002199-80.2020.8.26.0291, julgada em 14/12/2022).

<sup>84</sup> TJMG; Apelação Cível nº 1.0000.21.231709-3/001, julgada em 01/12/2022.



imobiliário – SFI – além de não serem aplicáveis as disposições do CDC, nem da súmula 543 do STJ.

## **CONCLUSÕES**

No processo sistemático interpretativo das leis, como vimos, em termos de cronologia e de especialidade, é a Lei do SFI que deve ser aplicada para a solução dos contratos de alienação fiduciária em caso de inadimplemento do fiduciante porque essa lei, além de posterior, é especial por regular exhaustivamente a garantia fiduciária imobiliária.

O CDC e a Lei do SFI convivem cada qual em seu espaço próprio de vigência. O CDC, lei geral que é, figura como vigia das relações consumeristas com o propósito de conferir uma nova concepção social do contrato, servir como fonte de obrigações aos que a ele se submetem, além daquelas contratualmente estabelecidas e determinar normas de condutas e princípios gerais como justiça contratual, equivalência das prestações, boa-fé objetiva, dentre outros.

A Lei do SFI, por sua vez, especial em relação ao CDC, estabelece a estrutura de constituição e de execução da garantia fiduciária imobiliária em caso de inadimplemento absoluto do fiduciante. Consolidada a propriedade em nome do fiduciário este deverá realizar os leilões extrajudiciais com a finalidade de obter os recursos necessários para recomposição do seu crédito, restituindo ao fiduciante o que eventualmente sobejar.

Nos contratos de mútuo com pacto adjecto de propriedade fiduciária, o fiduciante deve restituir integralmente os valores concedidos pelo fiduciário, não se aplicando o art. 53 do CDC, porque os valores emprestados não eram de propriedade do fiduciante, mas sim do fiduciário, razão pela qual obrigá-lo a restituir o que recebeu do devedor representaria enriquecimento sem causa deste.

O Tema 1095 do STJ, porém, estabeleceu entendimento no sentido de que para a aplicação da Lei do SFI é imprescindível que o contrato de alienação fiduciária esteja registrado na matrícula do imóvel, o fiduciante esteja inadimplente e tenha sido formalmente constituído em mora. Para o Tribunal Superior, na falta de um desses requisitos a solução do contrato deve se dar pelas disposições contidas nos arts. 472,

473, 474 e 475 do Código Civil ou pelo art. 53 do CDC, a depender do tipo de relação existente entre os contratantes.

Apesar de não ter sido tratado na fixação do Tema 1095, o pedido judicial de rescisão contratual, ainda que o fiduciante esteja adimplente, configura a quebra antecipada do contrato, devendo-se, como se viu dos precedentes do STJ, aplicar a Lei do SFI para o desfazimento da relação contratual.

Maior razão para também ser aplicada a Lei do SFI nas situações em que, com o contrato registrado, o fiduciante inadimplente oculta-se para evitar a sua intimação e conseqüente constituição em mora e ao mesmo tempo propõe ação judicial para resolver o contrato garantido por propriedade fiduciária, porque o seu comportamento demonstra ciência da sua situação de inadimplemento, devendo sofrer, portanto, os efeitos da mora e da execução da garantia fiduciária imobiliária.

## BIBLIOGRAFIA

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. Alienação fiduciária de bem imóvel. O contexto da inserção do instituto (Parecer). *Alienação fiduciária e Direito do Consumidor*. São Paulo: Abecip, s/d.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda Alvim; MARINS, James. Código do Consumidor comentado. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1995.

ARRUDA ALVIM NETO, Lei de Registros Públicos comentada: Lei 6.015/1973 / coordenação José Manuel de Arruda Alvim Neto, Alexandre Laizo Clápis, Everaldo Augusto Cambler. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Alienação fiduciária de bem móvel. *Revista Magister de Direito civil e processual civil*, v. 1. Porto Alegre: Magister, 2004, p. 41-49.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Fundação Armando Álvares Penteado (Faap), ano 1, n. 1, p. 61-84, 2002.

CAMBLER, Everaldo Augusto. O regime jurídico da alienação fiduciária em garantia após o advento da Lei 10.931/04. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; CAMBLER, Everaldo Augusto (coord.). *Atualidades do Direito Civil*. Curitiba: Juruá, 2006.

CHALHUB, Melhim Namem. A Lei 9.514, de 20.11.97. Os procedimentos de realização da garantia fiduciária à luz dos princípios enunciados pelo artigo 53 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). (Parecer). *Alienação fiduciária e direito do consumidor*. São Paulo: Abecip, s/d.

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

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária. Negócio Fiduciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Método, 2005.

JUNQUEIRA, José de Mello. *Alienação fiduciária de coisa imóvel*. São Paulo: Arisp, 1998.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: RT, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MOREIRA ALVES, José Carlos. As normas de proteção ao devedor e ao *favor debitoris*: do Direito Romano ao Direito latino-americano. *Revista Synthesis*, Faculdade de Direito da UnB, nº 3, 1º sem. 1997.

OLIVEIRA YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de. *Execução extrajudicial e devido processo legal*. São Paulo: Atlas, 2010

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: Parte geral*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1944. v. XVII.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*; 11. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: Safe, 1998.