



**Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito**

LOUISE LE CAMPION FERNANDES

**A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA
DE BENS MÓVEIS: Análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de
Justiça acerca da possibilidade de purgação da mora pelo devedor.**

**BRASÍLIA
2015**

LOUISE LE CAMPION FERNANDES

**A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA
DE BENS MÓVEIS: Análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de
Justiça acerca da possibilidade de purgação da mora pelo devedor.**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa.

**BRASÍLIA
2015**

LOUISE LE CAMPION FERNANDES

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS: Análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de purgação da mora pelo devedor.

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como exigência para aprovação no curso de graduação em Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do Professor Doutor Leonardo Roscoe Bessa.

Brasília, 02 de junho de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa
Orientador

Prof. Dr. Hector Valverde Santana
Indicado

Prof. Esp. Paulo Henrique Franco Palhares
Designado

RESUMO

No mercado brasileiro de consumo, milhares de contratos são celebrados diuturnamente com a condição de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, sendo largamente utilizada principalmente para a aquisição de veículos automotores. Esse instituto foi introduzido no Brasil com o intuito de alavancar o mercado de capitais através do chamado crédito direto ao consumidor, facilitando assim, a compra de bens através do financiamento. Sendo assim, tal modalidade de negócio é caracterizado como típico contrato de adesão, vez que é elaborado unilateralmente pelas Instituições Financeiras, ora credoras, possuindo no bojo de seus contratos cláusulas tidas como abusivas que prejudicam sobremaneira o consumidor, tido como parte vulnerável dessa relação jurídica. Pois bem, caso o devedor fique inadimplente de qualquer uma das parcelas do financiamento de seu automóvel, a instituição financeira valendo-se de uma liminar em ação de busca e apreensão extremamente célere e autônoma, estipulada pelo Decreto-lei 911/69 e sua posterior alteração dada pela Lei 10.931/2004, poderá requerer a retomada do bem caso o devedor não efetue o pagamento da integralidade da dívida pendente, ou seja, as parcelas vencidas e vincendas, em um curtíssimo prazo de 05 (cinco) dias. Serão estudados, portanto, os desdobramentos da alienação fiduciária em garantia, com a possível perda do bem ante a impossibilidade de purgação da mora contratual, entendimento este que foi consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça. Será realizada uma análise crítica da jurisprudência desta Corte enfatizando o necessário diálogo das fontes entre o CDC e as leis especiais da alienação fiduciária, passando também por uma breve explanação da possibilidade da purgação da mora através da teoria do adimplemento substancial, bem como, a proteção do consumidor que deveria incidir nesses contratos.

Palavras-chave: Alienação fiduciária. Decreto-lei 911/69. Lei 10.931/2004. Proteção do consumidor. Código de Defesa do Consumidor. Adimplemento substancial. Inadimplemento. Purgação da mora. Busca e apreensão. Contrato de adesão.

AGRADECIMENTOS

À minha família, principalmente aos meus pais e à minha avó Vitória, pelo apoio e suporte em todos esses anos de curso. Vocês que me ensinaram o significado das palavras amor, bondade e cuidado. Meu amor por vocês é incondicional e agradeço sempre a Deus pela família maravilhosa que tenho.

Aos meus amigos, que sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos. Vocês são a família que escolhi e agradeço por terem me escolhido também. Sou feliz por viver a vida cercada de pessoas de bom coração e que são essenciais no meu dia a dia.

Aos amigos e colegas da Turma D do período noturno, por todo apoio, ajuda e horas de estudo. Sem vocês tudo teria sido muito mais difícil. Foi gratificante passar esses cinco anos ao lado de uma turma tão especial. Sentirei saudades e estarei torcendo pelo sucesso pessoal e profissional de cada um. Obrigada por tudo.

Por fim, ao meu amor Marcelo Vianna, por toda compreensão, paciência e ajuda em tempo integral. Você me completa e me surpreende de uma forma boa diariamente. Caminhar ao seu lado tem sido leve e prazeroso. Que caminhemos juntos sempre.

“A viagem não acaba nunca. Só os viajantes acabam. E mesmo estes podem prolongar-se em memória, em lembrança, em narrativa. Quando o visitante sentou na areia da praia e disse: “Não há mais o que ver”, saiba que não era assim. O fim de uma viagem é apenas o começo de outra. É preciso ver o que não foi visto, ver outra vez o que se viu já, ver na primavera o que se vira no verão, ver de dia o que se viu de noite, com o sol onde primeiramente a chuva caía, ver a seara verde, o fruto maduro, a pedra que mudou de lugar, a sombra que aqui não estava. É preciso voltar aos passos que foram dados, para repetir e para traçar caminhos novos ao lado deles. É preciso recomeçar a viagem. Sempre”.

José Saramago

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	12
1.1 Breve Evolução Histórica	12
1.2 A Alienação Fiduciária em Garantia no Direito Brasileiro	16
1.3 Desdobramentos da Alienação Fiduciária em Garantia de bens móveis	20
1.3.1 <i>Do inadimplemento e da mora contratual</i>	20
1.3.2 <i>A Ação de Busca e Apreensão</i>	22
1.4 Conceito e Natureza Jurídica da Alienação Fiduciária em Garantia	24
2 DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	26
2.1 O Código de Defesa do Consumidor	26
2.1.1 <i>Do Conceito de Consumidor e Fornecedor na relação de consumo</i>	27
2.2 Da alienação fiduciária como contrato de adesão	29
2.3 Da proteção do consumidor nos contratos de alienação fiduciária em garantia	31
2.4 Dos princípios que regem os contratos de consumo	32
2.4.1 <i>Da vulnerabilidade do consumidor</i>	32
2.4.2 <i>Da função social do contrato</i>	37
2.4.3 <i>Da boa-fé objetiva</i>	39
2.4.4 <i>Do equilíbrio econômico</i>	41
2.5 Das cláusulas abusivas	43
2.5.1 <i>Das cláusulas estipuladas no art. 51, inciso IV do CDC</i>	47

2.6 A incidência do art. 53 do CDC nas alienações fiduciárias em garantia--	49
2.6.1 <i>Da perda total das prestações pagas pelo consumidor-----</i>	<i>50</i>
2.6.2 <i>Da restituição das parcelas quitadas no contrato-----</i>	<i>50</i>
3 QUESTÕES POLÊMICAS ATINENTES À ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS-----	52
3.1 Breves Considerações-----	52
3.2 Diálogo das Fontes entre o Código de Defesa do Consumidor e o Decreto-lei 911/69 com sua posterior alteração dada pela Lei 10.931/2004-----	54
3.3 A Teoria do Adimplemento Substancial -----	58
3.4 Análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de purgação da mora pelo devedor-- -----	62
CONCLUSÃO-----	71
REFERÊNCIAS-----	74

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar o instituto da alienação fiduciária em garantia de bens móveis no Direito Brasileiro. Será apurada, ainda, a sua evolução histórica tendo como termo *a quo* o Direito Romano, passando pelas concepções firmadas pelo Direito Germânico, Direito Inglês para, por fim, tecer comentários sobre o ingresso do instituto no Direito Brasileiro, bem como das influências circunstanciais sofridas pelo instituto quando levado em conta o momento político vivido pelo Brasil.

Neste sentido, analisar-se-á os motivos que levaram o Brasil a internalizar a referida figura jurídica e sua evolução no Direito. Após esse diagnóstico do histórico da alienação fiduciária, explorar-se-á o conceito e a sua natureza jurídica. Esmiuçar-se-á, outrossim, os desdobramentos da alienação fiduciária em garantia de bens móveis, o inadimplemento e a mora contratual, bem como, as consequências jurídicas deles decorrentes.

Mais adiante, será realizado um exame do meio processual exclusivo do credor para ver o seu crédito adimplido, a saber: a ação de busca e apreensão. Realizar-se-á, ainda, uma comparação deste instituto específico com a ação de busca e apreensão prevista no Código de Processo Civil.

Após essas considerações, serão feitas ponderações sobre o Código de Defesa do Consumidor e os conceitos de consumidor e fornecedor extraídos de seu bojo. Ademais, será corroborada que a alienação fiduciária se encaixa nos moldes do conceito de contrato de adesão.

Neste diapasão, demonstrar-se-á que a proteção estampada no Código de Defesa do Consumidor se irradia sobre a relação jurídica perfectibilizada entre o fornecedor-fiduciário e o consumidor-fiduciante. Importante consignar que serão estudados os princípios consumeristas que regem os contratos de consumo, as proteções dadas ao consumidor, assim como, as cláusulas contratuais consideradas abusivas à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Noutro giro, serão abordadas as questões polêmicas atinentes à alienação fiduciária em garantia de bens móveis e a necessidade de se realizar o

diálogo das fontes entre o Código de Defesa do Consumidor e Decreto-lei 911/69 com sua redação alterada pela Lei 10.931/2004.

Ainda sobre este ponto, serão feitas algumas considerações sobre a teoria do adimplemento substancial e a sua aplicabilidade nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis.

Mais adiante, analisar-se-á, de maneira crítica, o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal Justiça acerca do tema.

A título introdutório pode-se dizer que a alienação fiduciária em garantia vem sendo usualmente utilizada no Brasil para a aquisição de veículos automotores. Diuturnamente são celebrados incontáveis contratos de compra e venda com alienação fiduciária em garantia, tendo em vista os incentivos governamentais para que o cidadão adquira seu automóvel ou motocicleta, seja por meio da redução do IPI, ou pelo aumento das parcelas do financiamento.

Com efeito, o número de consumidores e fornecedores que procuram o judiciário tem aumentado sobremaneira por força da inadimplência daqueles. É que no afã de adquirir o seu bem móvel e gozar um pouco de conforto, o consumidor acaba por assumir parcelas que vão muito além do seu fôlego financeiro, ocasionando inúmeras ações de busca e apreensão por parte das instituições financeiras.

Esse é o objeto, portanto, do presente trabalho, que visa analisar de maneira detalhada esse instituto e os seus respectivos desdobramentos jurídicos oriundos do inadimplemento contratual.

A partir daí, será estudada a possibilidade da perda do bem, por meio da Ação de Busca e Apreensão ajuizada com base no Decreto-lei 911/69, quando comprovada a mora do consumidor e perfectibilizada a liminar de busca e apreensão que pode ser pleiteada neste meio processual.

Destarte, a reflexão girará em torno da violação do princípio da proteção do consumidor e a interpretação feita pelo Superior Tribunal de Justiça dos preceitos que regem a matéria, levando a fixação do entendimento majoritário de que o

consumidor só poderá purgar a mora se pagar a dívida em sua integralidade, ou seja, as parcelas vencidas e vincendas, no curto prazo de 05 (cinco) dias, após a execução da liminar de busca e apreensão.

Sendo assim, será analisada a afronta aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, da função social do contrato e conseqüentemente das normas constitucionais.

Por fim, demonstrar-se-á a relevância das normas aplicáveis à referida relação jurídica, enfatizando que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis é consectário lógico da proteção constitucional do consumidor.

1 DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

1.1 Breve Evolução Histórica

Para entender a alienação fiduciária, é necessário fazer um estudo sobre a sua evolução histórica, adquirindo noções a respeito do tema proposto e trazendo à baila elementos essenciais para que se possa obter uma melhor compreensão sobre esse instituto jurídico.

Assim, revela-se imperioso abordar o surgimento da fidúcia, seus conceitos e sua utilidade durante o desenvolvimento da sociedade. Percorre-se, primeiramente, por uma breve demonstração histórica, explanando a origem da modalidade fidúcia, abordando as três principais vertentes de sua estruturação que consiste nos sistemas jurídicos romano, germânico e inglês.¹

Mais adiante, será tratado do conceito moderno de alienação fiduciária em garantia e suas implicações, dando um enfoque maior no que se refere à alienação fiduciária em garantia de bens móveis.

Pois bem, no passado, em especial na era do Direito Romano, a alienação fiduciária teve sua procedência na fidúcia, que significa dever de restituir, tendo como pressuposto a confiança advinda da lealdade e honestidade entre as partes, ou seja, confiabilidade entre o credor fiduciário e o devedor fiduciante.²

Essa modalidade de pacto, chamada fidúcia, foi introduzida no Direito Romano através da Lei das XII Tábuas, que foi acolhida como uma regra de conduta jurídica por diversas civilizações remotas, tornando-se mais adiante norma jurídica.³

A fidúcia sobressaiu-se em diversas perspectivas e aspectos, sendo relevantes as figuras da *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*. A primeira

¹ Conforme elucida Opitz, “fiducia é, então, um pacto adjeto à *emancipatio* e à *in jure cessio*, consistente numa obrigação de fazer ou não fazer. Assim, o adquirente se obriga a remancipar a coisa ao antigo dono, desde que se tenha verificado a condição ou o termo estabelecido na cláusula acessória à transmissão da propriedade, e quando a transferência era para garantir uma dívida, devia retornar ao devedor, assim que se satisfizesse o seu pagamento.” (OPTIZ, Oswaldo; OPTIZ, Sílvia C. B. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Porto Alegre: Síntese Ltda, 4. ed, p. 132).

² OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003. p. 3

³ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003. p. 3

possuía característica de pacto de confiança, porém não continha finalidade de garantia, sendo empregada para proteger os bens contra eventuais contratemplos. Desse modo, a transferência dos bens pelo alienante era feita a um amigo, que deveria restituí-los quando houvesse cessado tais perigos, não tendo, pois, a utilidade de assegurar um crédito, mas sim de preservar os bens que lhe foram confiados.⁴

Já a segunda, versava sobre um contrato com finalidade de garantia, em que o credor se comprometia a devolver o bem após ser paga a dívida da obrigação principal, no qual deveria ser instituído certo prazo para tanto, sendo esse compromisso da devolução do bem chamado de *pactum fiduciae*. Destarte, existe uma corrente que aduz que a propriedade fiduciária originou-se deste último tipo de negócio, a *fiducia cum creditore*.⁵

No direito de origem germânica, a fidúcia partia do ato em que o fiduciário receberia a titularidade de um direito do fiduciante, que cedia o direito sem causa que justificasse a aquisição por parte do adquirente, que por essa razão, obrigava-se a restituí-lo em certos casos.⁶

Nasceu assim, a expressão negócio fiduciário que foi utilizado inicialmente por Regelsberger e aprimorado por Goltz criando-se, então, o entendimento de que o negócio fiduciário apresenta duas espécies de contrato, um em que a transferência de um direito de crédito ou de propriedade caracteriza um contrato real positivo; e o outro que possui característica de contrato obrigatório negativo, em que o fiduciário teria a obrigação de restituir ao fiduciante o direito recebido.⁷

⁴ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003. p. 4.

⁵ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003. p. 4.

⁶ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003. p. 4.

⁷ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.24.

Neste contexto, o negócio fiduciário possui a característica da *causa fiduciae*, possuindo uma condição resolutiva na transferência da propriedade, como forma de garantir a satisfação do crédito realizado.⁸

Já no Direito Inglês, o modelo chamado negócio fiduciário possui características próprias, tendo como ponto principal a sua estruturação em duas vertentes, quais sejam: o *trust receipt* e o *chattel mortgage*.⁹

A primeira necessita da figura do vendedor, do comprador e do financiador (comumente representados pelas instituições financeiras) para que seja celebrado o negócio jurídico, tendo como objeto a compra de produtos através de financiamento baseado na confiança entre as partes.¹⁰

Para Celso Marcelo de Oliveira, o bem é alienado fiduciariamente entre as partes, que após ser atendida a obrigação advinda como garantia de seu cumprimento, o credor deverá restituir ao devedor a propriedade do bem, visto que, não haveria mais a causa que deu ensejo ao estabelecimento daquela garantia.¹¹

Em contrapartida, a segunda vertente, conhecida também como hipoteca mobiliária – porém com direito de venda sobre o objeto empenhado – versa sobre a transferência da propriedade do objeto ao credor, havendo uma condição resolutiva ante o não pagamento do valor do débito pelo devedor.¹²

No *mortgage*, que tinha um significado de transferência do bem, a transferência condicionada e temporária servia como uma forma de garantia do pagamento em que a coisa não era entregue efetivamente ao credor, mas permanecia na posse do devedor. Destarte, o credor era considerado o proprietário

⁸ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31.

⁹ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003, p. 11.

¹⁰ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 30.

¹¹ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003, p. 11-12.

¹² OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003, p. 12

legal do bem, restando o dever de restabelecer o domínio ao devedor quando este saldasse a dívida.¹³

Contudo, se o devedor deixasse de adimplir o débito, o credor podia assumir a posse do bem financiado dado em garantia para vendê-lo podendo, assim, pagar a dívida e devolver eventual saldo remanescente ao devedor¹⁴.

Neste sentido, Paulo Sérgio Restiffe e Paulo Restiffe Neto ensinam que:

“No mortgage vislumbram-se, enfim, imersos até contornos da figura do depositário, bem como os traços da resolubilidade-transitoriedade do direito germânico; o que inegavelmente, aproxima ou quase identifica o mortgage da estrutura da nossa típica alienação fiduciária em garantia, tanto mais que em ambos inserem-se o constituto possessório (variação da intenção no exercício da posse e gozo do objeto) e o repúdio ao pacto comissório”.¹⁵

Nesta mesma linha de pensamento, vários autores também se posicionam no sentido de que a origem da alienação fiduciária se aproxima mais do *chattel mortgage*¹⁶, pois possui uma condição resolutiva para a transferência da propriedade.

Assim leciona José Carlos Moreira Alves aduzindo que a alienação fiduciária tem maior proximidade com a forma anglo-saxônica da *chattel mortgage*, uma vez que o devedor fica com a designada propriedade substancial da coisa, enquanto que o credor obtém a propriedade legal da coisa que lhe é transferida¹⁷.

¹³ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.30.

¹⁴ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.30-31.

¹⁵ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.31.

¹⁶ O nosso instituto da alienação fiduciária tem muita semelhança com o moderno *Mortgage*, inclusive o direito do devedor alienante de purgar a mora, evitando a rescisão do contrato. (ver exame do art. 3º, § 3º, do D.L. nº 911/69).” (OPTIZ, Oswaldo; OPTIZ, Sílvia C. B. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Porto Alegre: Síntese Ltda, 4. ed, p.146)

¹⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 2. ed. p.29.

1.2 A Alienação Fiduciária em Garantia no Direito Brasileiro

A espécie de negócio jurídico, chamada de alienação fiduciária em garantia surgiu no Brasil com o escopo de oportunizar a expansão do crédito aos consumidores, promovendo assim, o consumo no país. Neste sentido, a introdução do instituto da alienação fiduciária no Brasil se deu por meio da Lei do Mercado de Capitais, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, especificamente em seu artigo 66¹⁸, visando inicialmente fomentar o mercado industrial através do chamado crédito direto ao consumidor, intermediando, assim, a compra e venda de bens móveis. Contudo, a utilização como credor dessa modalidade de garantia era restrita somente às instituições financeiras cadastradas no Banco Central¹⁹.

Mais adiante, esta modalidade de negócio jurídico passou a ser utilizada de forma desenfreada por várias instituições financeiras, que conseqüentemente, deu origem ao surgimento de diversos posicionamentos jurídicos acerca do tema, dando margem a discussões e dúvidas.

Ainda que a alienação fiduciária em garantia trouxesse segurança às instituições financeiras (credoras), estas não dispunham de meios processuais que lhes fossem céleres para recuperar a posse direta do bem, caso o devedor inadimplente não entregasse, por vontade própria, o bem alienado fiduciariamente. Levantando, portanto, a necessidade de elaboração de uma regulamentação própria.²⁰

Por sua vez, a definição contida no artigo 66 da Lei 4.728/65, em seu parágrafo 2º, gerou uma incerteza jurídica acerca de qual meio seria adequado para, no caso de inadimplência, o credor recuperar a posse do bem financiado, pois era

¹⁸ Art. 66 da Lei nº 4.728/65. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida. [...] § 2º O instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário.

¹⁹ Celso Marcelo de Oliveira ensina que: "A alienação fiduciária em garantia foi introduzida na legislação brasileira pelo art. 66 da Lei 4.728/65, tratando-se de um novo instrumento de garantia destinado a permitir a difusão do crédito direto ao consumidor, podendo utilizar-se dela, na condição de credor, a priori, somente as instituições financeiras regularmente registradas perante o Banco Central do Brasil." (OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003. p. 25.)

²⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 3 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.10.

concedido ao devedor continuar com a posse do bem em nome do adquirente, suscitando assim a indagação a respeito da medida judicial oportuna, se seria reintegração de posse ou imissão na posse.²¹ Nessa linha de pensamento, Moreira Alves descreve que:

“Alguns se manifestaram pela ação de reintegração de posse, sob a alegação de que o credor era possuidor indireto da coisa, e, desde o momento em que o devedor não pagasse e se recusasse a entregar o bem, passava a ser esbulhador da posse do credor, que, dessa forma, nela poderia reintegrar-se, obtendo quando fosse o caso, a liminar. Outros, pretenderam que o credor teria, não a reintegração de posse, mas a imissão na posse, já que ele, apesar de celebrada a alienação fiduciária em garantia, não havia, em qualquer momento, entrado na posse da coisa, que continuava com o devedor”.²²

Sendo assim, os credores viram-se insatisfeitos, pois a ação reivindicatória da posse do bem teria que ser ajuizada no rito ordinário, sobrevivendo a morosidade na recuperação deste, prejudicando, portanto, a circulação do capital do negócio.²³

Ademais, os credores fiduciários também não vislumbravam vantagem na ação de busca e apreensão disposta no Código de Processo Civil, posto que, teriam que ingressar com ação principal para reaver o bem, o que conseqüentemente fez com que a alienação fiduciária em garantia fosse caindo em desuso pelas instituições financeiras.²⁴

Essa incerteza deu ensejo à elaboração do anteprojeto a respeito do tema capitaneado por Arnaldo Wald. O referido anteprojeto ocasionou respeitáveis modificações de caráter processual sobrevivendo, então, o artigo 66 da Lei 4.728/65, com sua conseqüente composição.²⁵

²¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 3 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.10..

²² ALVES, José Carlos Moreira. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 3 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.11.

²³ ALVES, José Carlos Moreira. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 3 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.14.

²⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 3 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.14.

²⁵ Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Diante disso, com o regime militar instaurado no Brasil, os Ministros do Exército, da Aeronáutica e da Marinha deliberaram por criar o Decreto-lei nº 911 de, de 1º de outubro de 1969²⁶ modificando o instituto da alienação fiduciária em garantia no seu aspecto processual e material, transformando a ação de busca e apreensão em uma ação autônoma e independente tendendo a resguardar as instituições financeiras em detrimento dos devedores.²⁷

Em consequência, o referido Decreto-lei surgiu com o fito de uniformizar tal instituto jurídico que, por ter sido editado na ditadura militar, sofreu e ainda sofre diversas críticas com o argumento de que esse indigitado Decreto-lei não se amoldaria ao atual modelo do Estado Constitucional de Direito. A propósito, é enriquecedor conferir o comentário do já citado Celso Marcelo de Oliveira sobre esse particular, vejamos:

“O Dec.-Lei nº 911/69, contra o qual muito se vitupera, se não por outro motivo, pelo fato de ter emergido em época de ditadura militar, permanece íntegro. Os ventos democráticos que sopram desde 1985 não o expungiram do sistema jurídico pátrio. Suas estipulações são válidas [...] o Dec.-Lei nº 911 repugna a consciência jurídica ante os benefícios estendidos a uma das parcelas mais fortes da sociedade brasileira, que são as instituições financeiras, benefícios estes que não estão ao alcance do restante da população brasileira”.²⁸

Essa reformulação rechaçou, portanto, as obscuridades de natureza processual existentes passando a alienação fiduciária em garantia a ser amplamente usada nas operações de crédito direto ao consumidor permitindo, assim, considerável alargamento no mercado de consumo e no campo de atuação das instituições financeiras.²⁹

²⁶ BRASIL. *Decreto-lei Nº 911, de 1º de outubro 1969*. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm>. Acesso em: 18 de abr. de 2014.

²⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003. p. 25.

²⁸ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003. p. 26.

²⁹ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003. p. 33.

Até que em 2004, o Decreto-lei 911/1969 foi alterado pela Lei 10.931, que entrou em vigor em 02 de agosto de 2004.³⁰ Apesar de ter como objetivo principal o fomento do mercado imobiliário brasileiro, criando mecanismos que garantissem segurança jurídica aos contratantes em relação ao comércio de bens imóveis, acabou trazendo em um de seus artigos regras que alteram os contratos de alienação fiduciária, especificamente no que tange ao processo de busca e apreensão de bens móveis.

Neste sentido, o art. 56 da referida lei deu nova redação aos parágrafos do art. 3º do Decreto-lei 911/69, modificando profundamente o procedimento da ação de busca e apreensão do bem alienado em garantia, diante do inadimplemento do devedor. Assim dispõe:

“Art. 56. O Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, passa a vigorar com as seguintes alterações: art. 3º, § 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária; § 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. [...]”

Nesta vereda, a busca e apreensão do Decreto-lei 911/69, ao ser alterada pela Lei 10.931/04, acabou refletindo na estrutura da purgação da mora, conferindo também, efeitos pertinentes à cláusula resolutiva ao contrato de alienação fiduciária.

Entretanto, até 2004, existia a condição de que se o devedor tivesse pagado 40% (quarenta por cento) da integralidade da dívida teria direito à purgar a mora. Noutro giro, caso houvesse pagado menos do que 40% (quarenta por cento) não teria esse direito, entendimento este também disposto na súmula nº 284³¹ do STJ. Importante frisar que, em que pese o entendimento ser diverso nos dias atuais,

³⁰ BRASIL. *Lei Nº 10.931 de 02 de agosto de 2004*. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, **altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969**, as Leis nº4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Brasília, 2004. Disponível em: <>. Acesso em: 18 de abr. de 2014. (grifo nosso)

³¹ Súmula nº 284 do STJ. A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado.

essa súmula não está cancelada, pois se aplica aos processos que se iniciaram antes da vigência da lei nova.³²

Nota-se, portanto, que alteração advinda da lei 10.931/2004 foi bem favorável aos bancos, impondo ao devedor a obrigatoriedade de quitar a totalidade da dívida para que possa reaver o objeto alienado. Hoje, por exemplo, se o devedor tiver pagado 90% (noventa por cento) da integralidade da dívida terá que depositar os 10% (dez por cento) restantes à vista para não perder o bem. Para isso, é imprescindível que o devedor seja notificado comprovando desse modo sua mora, conforme previsão da súmula nº 72³³ do STJ.

1.3 Desdobramentos da Alienação Fiduciária em Garantia de bens móveis

1.3.1 Do inadimplemento e da mora contratual

O inadimplemento decorre do não pagamento do débito, causando a insatisfação do credor, devendo ser avaliada dentro de um conjunto de interesses que atingem as duas partes da relação contratual, ou seja, credor e devedor. Sua definição advém do não cumprimento de qualquer dever obrigacional do contrato acordado entre as partes, portanto, poderá haver o inadimplemento ainda que a prestação principal tiver sido cumprida.³⁴

Insta salientar, que o inadimplemento possui dois aspectos, o objetivo e o subjetivo. Este se revela na culpa do devedor ante a não satisfação da obrigação devida. Já aquele, aparece na insatisfação do interesse do credor, independente da conduta culposa do devedor.³⁵

Ainda, o inadimplemento poderá ser absoluto (podendo ser caracterizado como parcial ou total), ou manifestar-se em mora. Trata-se de inadimplemento absoluto a obrigação não cumprida pelo credor ou devedor, consoante dispõe o

³² RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 827

³³ Súmula nº 72 do STJ. A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

³⁴ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

³⁵ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.

artigo 389 do Código Civil³⁶. Por sua vez, a mora se diferencia do inadimplemento, pois, neste o devedor não pode ou não cumpriu a obrigação, ao passo que naquela, a possibilidade de cumprir existe, entretanto, o devedor não a cumpre.³⁷

Sendo assim, quando devedor ou credor deixar de cumprir uma obrigação contratual estará diante do inadimplemento, baseado no princípio da boa-fé objetiva do contrato. A propósito, a boa-fé objetiva funciona como perímetro ao exercício de direitos subjetivos.³⁸

Para que o devedor incorra em mora, basta que esteja vencida e não paga qualquer parcela dentro do prazo que foi estipulado para o pagamento de suas prestações. Deste modo, o credor terá o direito de considerar antecipadamente vencidas todas as obrigações do contrato celebrado, bastando apenas a notificação prévia do devedor.³⁹

Nesta senda, quando for detectado o inadimplemento ou a mora do fiduciante, é facultado ao fiduciário julgar dissolvido o contrato, prevalecendo-se de todas as formas de proteção garantidas por lei para que seu crédito seja liquidado de forma integral.

Outrossim, insta ressaltar que “se o devedor não pagar a prestação X na forma, época, valor e lugar determinados no contrato, estará constituído em mora, vencendo antecipadamente todas as outras parcelas de saldo da dívida e dando causa de extinção do contrato [...]”⁴⁰

Contudo, para que o credor consiga se beneficiar com as implicações da mora, é imprescindível, conforme força normativa de lei, que se comprove sua ocorrência através de meios hábeis para tanto.

³⁶ Art. 389 do CC *in verbis*: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

³⁷ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

³⁸ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22

³⁹ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 172.

⁴⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 172.

Dessa forma, existem duas possibilidades de comprovação da mora, seja por meio do protesto do título vencido e não pago ou pela expedição de carta registrada do Cartório de Títulos e Documentos. Na primeira hipótese, na prática, o devedor tem a chance de registrar o título, possibilitando a emenda da mora e impedindo que o bem seja vendido extrajudicialmente, ou ainda, evitar a retomada judicial deste. Já na segunda suposição, o devedor não possui tal possibilidade, no entanto, o credor por vontade própria, poderá receber as parcelas atrasadas, interrompendo assim a mora, por conseguinte, o credor não terá direito de vender extrajudicialmente o bem ou outras medidas judiciais cabíveis ao caso⁴¹.

1.3.2 A Ação de busca e apreensão

Com efeito, configurada a mora do devedor insurge para o credor o direito de ingressar com uma ação judicial específica para ver o seu crédito adimplido. O credor pode se valer, portanto, da ação de busca e apreensão. Ademais, Melhim Namem Chalhub ensina que “a ação de busca e apreensão, prevista no art. 3º do Decreto-lei nº 911, é a mais frequente, pelas vantagens que oferece ao credor, pois permite a consolidação da propriedade e posse plena na pessoa do fiduciário, titular da propriedade resolúvel”.⁴²

A ação de busca e apreensão na alienação fiduciária em garantia não se coaduna com a prevista no Código de Processo Civil, visto que, a medida processual estipulada no Decreto-lei 911/69 possui procedimento diverso sendo criada para dar garantia ao mercado financeiro de forma a proteger, assim, os ativos dos bancos e enfatizar uma maior proteção às instituições financeiras. Já a medida processual prevista no Código de Processo Civil é uma medida cautelar que necessariamente depende de uma ação principal. Por outro lado, a ação de busca e apreensão prevista no referido Decreto-lei é a ação principal, autônoma e independente de qualquer outra ação, conforme disposto no artigo 3º, §8º do Decreto-Lei 911/69.⁴³

⁴¹ LYRA, Jorge Belo. *Busca e Apreensão na Alienação Fiduciária*. Rio de Janeiro: Beta Ltda, 1976. p.45-46

⁴² CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 172.

⁴³ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 248.

Ora, se todos os contratos de alienação fiduciária são feitos por bancos e financeiras é simples perceber que a ação específica foi criada para proteger esses credores, sendo muito utilizada pelas vantagens concedidas ao fiduciário. Destarte, sendo a ação considerada procedente, o juiz condena o devedor a restituir o bem dado em garantia, conferindo ao credor a posse plena, como também, a propriedade do bem. E mais, essa ação de busca e apreensão talvez seja uma das mais sumárias já existentes exigindo apenas notificação prévia ao devedor para que seja concluída.⁴⁴

Pois bem, uma vez comprovada a mora do fiduciante as instituições financeiras podem fazer valer de ação judicial extremamente ágil com a concessão praticamente obrigatória da liminar de busca e apreensão. Essa ação de busca e apreensão independente e autônoma estipulada pelo já mencionado Decreto-lei, consiste em um verdadeiro desequilíbrio entre os devedores e as instituições financeiras, pois a falta de pagamento de apenas uma prestação do financiamento provoca o vencimento antecipado de todas as outras prestações vincendas, garantindo ao credor a possibilidade de exigir o pagamento do débito em sua totalidade. Caso o devedor não pague o que é devido há possibilidade de perder o bem.⁴⁵

É neste particular que reside a problemática do tema. E isso porque após cumprida a liminar de busca e apreensão deferida pelo juiz o devedor tem o prazo curtíssimo de 05 (cinco) dias, nos termos dos §§ 1º e 2º do artigo 3º do Decreto-lei 911/69⁴⁶, para quitar todo o débito em aberto, esteja ele vencido ou não.

⁴⁴ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 248.

⁴⁵ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 248.

⁴⁶ §1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004) § 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.(Redação dada pela Lei 10.931, de 2004).

1.4 Conceito e Natureza Jurídica da Alienação Fiduciária em Garantia

Ultrapassada a análise histórica do negócio jurídico em comento, imperioso se faz colacionar o conceito jurídico do que vem a ser alienação fiduciária. Tal modalidade consiste na confiança entre fiduciante e fiduciário, versando sobre a cessão da propriedade feita entre ambos com o fito de que o bem fique em nome do fiduciário (credor) somente para garantir que o fiduciante (devedor) pague o débito devido.⁴⁷

A definição da alienação fiduciária se dá pela transferência de domínio ao fiduciário tendo este a posse indireta do bem alienado não importando, para tanto, a sua concreta tradição. Nesse caso, a garantia da obrigação se satisfaz com o pagamento da dívida pelo devedor fiduciante.⁴⁸ Assim aponta Paulo Sérgio Restiffe e Paulo Restiffe Neto:

“A alienação fiduciária é efetivamente uma espécie do gênero negócio fiduciário, guardando os traços comuns deste. O devedor aliena a coisa sob a condição suspensiva de retorno *ipso jure* do domínio, mediante o pagamento da dívida assim garantida. E o credor investe-se temporariamente no domínio da coisa alienada em garantia fiduciária, sob condição resolutiva”.⁴⁹

Logo, entende-se que estamos diante de um negócio jurídico de direito obrigacional do devedor, pertinente à liquidação do débito relativo ao contrato de financiamento realizado. Em contrapeso, temos o elemento de direito real, consolidado na alienação da coisa, que é transferida ao financiador, como forma de proteção ao pagamento integral da dívida.⁵⁰

Destarte, a alienação fiduciária é título aquisitivo de propriedade que tem um caráter dúplici de resolubilidade e transitoriedade, no qual o próprio bem financiado é dado como garantia do negócio.⁵¹

Para Chalhub, “trata-se de negócio jurídico bilateral, oneroso, formal, comutativo e acessório, que se caracteriza pela transmissão da propriedade em

⁴⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003. p. 29.

⁴⁸ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003. p. 29.

⁴⁹ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.313.

⁵⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 156.

⁵¹ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 156.

garantia”. Bilateral, porque no contrato estipulado existem obrigações para ambas as partes; Oneroso, pois tanto credor, quanto devedor possuem encargos específicos, como também, objetivam benefícios ou vantagens; Formal, pois esse tipo de negócio jurídico necessita de determinadas formalidades para que seja válido, como por exemplo, o dever de registrar o contrato “no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro”⁵²; Comutativo, visto que, as obrigações estabelecidas podem ser antevistas pelas partes, gerando uma certa equivalência de vantagens e sacrifícios; Por último, é um contrato acessório, pois resulta da existência de outro contrato, objetivando a garantia deste.⁵³

⁵² Art. 1.361, §1º, do Código Civil Brasileiro.

⁵³ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 156.

2 DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

2.1 O Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) deu uma nova visão ao mercado de consumo instituindo um patamar mais elevado de boa-fé nos contratos. Estabeleceu, ainda, uma proteção mais abrangente à parte mais vulnerável da relação no mercado econômico brasileiro trazendo, portanto, uma percepção com um enfoque social mais robusto aos contratos, em que a lei se sobrepõe à vontade das partes dentro da relação contratual⁵⁴.

A sociedade de consumo evoluiu com o passar dos anos, surgindo com isso, novas relações contratuais a partir do sistema de produção mais rápido e eficiente, bem como da distribuição em massa dos produtos. Sendo assim, os contratos passaram a ser mais padronizados, surgindo as cláusulas gerais dos contratos e os contratos de adesão (possuindo cláusulas pré-estabelecidas unilateralmente). Nos dias atuais, esses contratos possuem total predominância no mercado havendo uma discrepância entre consumidor e fornecedor, pois, tais contratos não podem ter suas cláusulas discutidas por ambas as partes, sendo o consumidor um mero aderente ao que foi estipulado pela parte mais forte da relação⁵⁵.

Nesse contexto, o Estado precisou intervir nas relações consumeristas, diante de tamanha disparidade de forças, a fim de reequilibrá-las nas relações entre consumidores e fornecedores, por meio de imposição de normas para garantir a igualdade entre os contratantes. Destarte, logo no art. 1º do CDC⁵⁶ esbarra-se na mencionada intervenção estatal, disposta pela Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, inciso XXXII⁵⁷, bem como artigo 170, Inciso V⁵⁸, proporcionando à proteção ao consumidor *status constitucional*, com caráter de direito fundamental.⁵⁹

⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.40

⁵⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.70

⁵⁶ Art. 1º, CDC: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

⁵⁷ *In verbis*: Art.5º, XXXII, CF – “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Diante dessas novas perspectivas, por meio do art. 48 da ADCT (Disposições Constitucionais Transitórias), foi determinada a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, dentro do prazo de 120 dias da promulgação da Constituição Federal, sendo estabelecida na forma da lei nº 8.078/1990, na qual entrou em vigor em 11 de março de 1991, trazendo assim, um sistema especial e autônomo, que garante o direito do consumidor.⁶⁰

2.1.1 Do Conceito de Consumidor e Fornecedor na relação de consumo.

No Código de Defesa do Consumidor foi importante frisar o que seria consumidor e fornecedor de bens ou serviços, para que o presente microssistema jurídico pudesse restringir o campo de sua aplicação, afastando aquelas que não caracterizam uma relação de consumo propriamente dita, como por exemplo, relações trabalhistas e administrativas.⁶¹

Pelo exposto, o CDC trouxe à baila a definição de consumidor em seu artigo 2º, que dispõe: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final⁶²”. Ressalta-se aqui, que existem duas vertentes para definir consumidor, uma *stricto sensu* que define *destinatário final* como aquele que possui o condão de utilizar o bem para finalidade própria ou de sua família, ou seja, não obtê-lo com intuito de vender a outrem, nem para fim profissional, repassando, por exemplo, o valor do custo a seu cliente⁶³.

Já o conceito de *consumidor por equiparação*, está elencado no parágrafo único do artigo 2º do CDC, que aponta: “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de

⁵⁸ *In verbis*: Art. 170, CF – “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V- defesa do consumidor.”

⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.71

⁶⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.33.

⁶¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.89.

⁶² Código de Defesa do Consumidor, art. 2º.

⁶³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.26.

consumo⁶⁴, assim como são demonstrados no artigo 17 do CDC⁶⁵ que define: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”, também conhecido como consumidor *bystander*, ou seja, todas as vítimas de determinado evento praticado por um fornecedor. Como também, no artigo 29⁶⁶ do mesmo diploma legal, podendo referir-se a profissionais, grupos ou pessoas que possuam características de vulnerabilidade em determinado caso concreto.

Em contrapartida, o fornecedor é definido no artigo 3º do CDC, que implica em:

“Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços⁶⁷”.

Importante frisar que, inclui-se aqui, instituições financeiras e bancos, pois estes fornecem serviços aos consumidores, caracterizado por fornecer o serviço mediante remuneração.⁶⁸

Ademais, insta ressaltar a diferença entre produto e serviço estipulada no Código de Defesa do Consumidor. Produto é caracterizado no § 1º do artigo 3º do CDC, que dispõe que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, tratando-se de uma definição ampla, importando para os fins de proteção ao consumidor, a sua comercialização, importação e distribuição com certa regularidade, caracterizando, portanto, atividade profissional em seu fornecimento.⁶⁹

Já serviço, traz a sua definição no § 2º do mesmo dispositivo, *in verbis*: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária,

⁶⁴ Código de Defesa do Consumidor, § único do art. 2º.

⁶⁵ Art. 17 do CDC *in verbis*: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

⁶⁶ Art. 29 do CDC *in verbis*. “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

⁶⁷ Art. 3º do CDC.

⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.47.

⁶⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.51

salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. Não se especifica aqui, a necessidade do fornecedor ser um profissional, basta apenas que a atividade da prestação do serviço seja feita de forma frequente ou habitual.⁷⁰

2.2 Da alienação fiduciária como contrato de adesão

Entende-se como contrato de adesão aquele desenvolvido unilateralmente, de modo que não cabe à outra parte a manifestação de sua vontade no desenvolvimento das cláusulas e sim um mero aceite do que foi apresentado.⁷¹

Tal instrumento é amplamente utilizado por grandes prestadores de serviços, tais como de energia elétrica, TV a cabo, Internet, convênios de saúde, bancos e outros. Assim sendo, não resta dúvida dos benefícios que o contrato de adesão traz aos fornecedores, pois estes elaboram o contrato conforme sua vontade e os impõe ao consumidor, restando a este apenas o aceite caso deseje desfrutar daquele serviço. Com isso, abrem-se brechas para que o consumidor, em muitos casos, vulnerável e hipossuficiente, seja lesado em seus direitos.⁷²

Nesta senda, vale registrar o ensinamento de Leonardo Roscoe Bessa sobre esse assunto:

“Praticamente todos os contratos celebrados no mercado de consumo são de adesão, vale dizer, elaborados unilateralmente pelo fornecedor. Tal técnica de contratação, embora inerente à sociedade industrial e massificada, reduz, praticamente elimina, a vontade real do consumidor. A maior velocidade na contratação de venda de produtos e serviços, bem como a previsibilidade do custo empresarial são os principais motivos para a intensa utilização dos contratos de adesão.”⁷³

Pois bem. No intuito de estabelecer limites a esse instituto, o CDC inseriu o conceito de contrato de adesão em seu art. 54⁷⁴, para tanto, percebe-se que o

⁷⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.112.

⁷¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.652.

⁷² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.362.

⁷³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.361

⁷⁴ Art. 54 do CDC: Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo; § 1º A inserção

CDC estabeleceu alguns requisitos para que o contrato tenha validade, tal como a necessidade de utilizar termos claros na redação, bem como, tamanho mínimo da fonte para impressão. Por oportuno, convém trazer à baila um breve comentário do renomado autor Paulo Restiffe Neto:

“A alienação fiduciária insere-se, na relação de financiamento, como pacto adjeto de garantia tratado com autonomia pela lei, embora coligado ao negócio financeiro primário, ambos expressos, em regra, **sob a modalidade de contrato de adesão**. Caracteriza-se a adesão sobretudo no pertinente à cláusula resolutória expressa, por mora ou inadimplemento do devedor, decorrente do simples vencimento do prazo para pagamento, que antecipa o vencimento de todas as obrigações contratuais, independentemente de aviso, notificação ou protesto (§§ 2.º e 3.º do art. 2.º do Dec.-lei 911); o que direciona a solução cabível para o art. 54, § 2.º, do Codecon...”⁷⁵ (grifo nosso)

Atentando-se ao fato de que a alienação fiduciária em garantia configura contrato de adesão, cabe destacar a respeito da cláusula resolutória, largamente utilizada nos contratos em comento. O CDC permite esse tipo de cláusula nos contratos de adesão, porém, só é válida a cláusula resolutória alternativa, ou seja, nos termos do §2º do art. 54 do CDC, deve ser opcional ao consumidor, que decidirá a respeito de extinguir o contrato por meio da cláusula resolutiva, ou optará pela manutenção contrato, sempre à sua escolha.⁷⁶

Importante frisar aqui, que esse tipo de cláusula resolutória não pode ser decidida unicamente pelo fornecedor,⁷⁷ que é exatamente o que ocorre nos contratos de alienação fiduciária em garantia estipulados pelo Decreto-lei 911/69 que deveriam ser consideradas, à luz do Código de Defesa do Consumidor, ilícitas.

de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato; § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior; § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008); § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão; § 5º (Vetado).

⁷⁵ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 248.

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 653..

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 653.

2.3 Da proteção do consumidor nos contratos de alienação fiduciária em garantia.

O Código de Defesa do Consumidor surgiu para enfraquecer as desigualdades existentes entre as partes oriundas da relação contratual de consumo, pois, a proteção do consumidor, é um princípio constitucional que norteia a atividade econômica.⁷⁸

Dessarte, na relação negocial entre credor fiduciário, que obtém a propriedade do bem financiado sob condição resolutiva, e o devedor fiduciante, que a detém em condição suspensiva, caracterizada está a relação de consumo, visto que, a prestação do serviço de natureza bancária ou financeira se materializa mediante remuneração, conforme o artigo 3º, §2º do CDC⁷⁹, bem como, por ter seu caráter de adesão estipulado no artigo 54 do mesmo arcabouço normativo, conforme visto anteriormente.⁸⁰

A alienação fiduciária utiliza-se da garantia real como instrumento de cumprimento da obrigação principal. Tem-se que a propriedade fiduciária possui como objetivo a satisfação do credor caso ocorra a mora ou inadimplemento por parte do devedor. Essa garantia advinda da relação bancária ou financeira é que se encaixa nas normas de proteção consumerista, pois, verificando-se na relação contratual que o devedor é considerado destinatário final do bem financiado, não restarão dúvidas quanto a relação direta de consumo entre as partes contratantes, incidindo obrigatoriamente o *Codex Consumerista*.⁸¹

⁷⁸ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.243.

⁷⁹ Art. 3º do CDC *in verbis*: Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. §1º [...]; §2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁸⁰ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.243.

⁸¹ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.248-249.

Ademais, corrobora-se a relação de consumo, no que diz respeito ao fornecimento de crédito ao consumidor para pagamento parcelado do produto adquirido, conforme dispõe o artigo 52, *caput*⁸², assim como a inserção expressa no Código de Defesa do Consumidor da alienação fiduciária em garantia em seu artigo 53, que alude:

“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”. (grifo nosso).

Sendo assim, o CDC age prevalecendo-se sobre a pretensão das partes em pactuar o financiamento atentando-se ao que estiver em conflito com as normas de proteção consumerista, como nos casos das cláusulas abusivas dispostas no contrato. Assim ensinam Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe:

“[...] as regras de defesa do consumidor atuam no negócio de financiamento para aquisição do próprio bem, sobre o qual será constituída a garantia fiduciária. Entretanto, o Codecon atua preponderantemente sobre a vontade contratual (financiamento – mútuo), e menos sobre a vontade da lei (garantia), salvo no que esta for incompatível com o Codecon. Logo, por exemplo, são as cláusulas (contratuais) abusivas ou incompatíveis, quanto ao financiamento, que atraem o maior rigor do Codecon: e não necessária e propriamente as consequências legais inerentes à garantia fiduciária, salvo quanto aos preceitos incompatíveis com os princípios e normas do Codecon”.⁸³

2.4 Dos princípios que regem os contratos de consumo

2.4.1 Da vulnerabilidade do consumidor

Para que seja possível uma melhor ilustração dessa relação consumerista, é imperativo tratar da vulnerabilidade do consumidor, tal como é apresentada no inciso I do art. 4º⁸⁴ do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

⁸² Art. 52 CDC *in verbis*: “No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor [...]”.

⁸³ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.249-250.

⁸⁴ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e

A partir dessa breve explanação, pretende-se demonstrar as implicações do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor em contratos bancários, notoriamente conhecidos por não respeitarem os direitos do consumidor.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor norteia a interpretação das leis consumeristas, sendo o mais importante dos princípios. Tal princípio pressupõe um real desequilíbrio de forças entre fornecedor e consumidor, havendo assim, a necessidade da aplicação das normas consumeristas a fim de resguardar a parte menos potente dessa relação contratual. Sendo assim, a vulnerabilidade é a noção basilar que rege a aplicação das normas protetivas, buscando o reequilíbrio contratual sob o enfoque da igualdade e justiça nas relações de consumo⁸⁵.

Nesta senda, o CDC em seu art. 4º, *caput*, é claro ao designar que a finalidade do atendimento nas relações de consumo deve ser eficaz às necessidades e anseios dos consumidores necessitando enfatizar a transparência e a harmonia nas relações consumeristas ressaltando, também, a importância de se ter os interesses econômicos protegidos como o respeito à dignidade.⁸⁶

A partir do supramencionado artigo verifica-se que a orientação da norma é no sentido de que, para se ter um equilíbrio entre fornecedor e consumidor na relação contratual, deve-se partir do princípio de que o consumidor é o polo mais vulnerável da relação.⁸⁷ Nesta linha de raciocínio o renomado autor Rizzatto Nunes leciona que:

“O inciso I do art. 4º reconhece: o consumidor é vulnerável. (...) Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção

harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995); I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

⁸⁵ De acordo com o Antônio Herman V. e Benjamin ao prefaciar o livro de Moraes (1999, p.10): “O princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica [...] A compreensão do princípio, assim, é pressuposto para o correto conhecimento do Direito do consumidor e para a aplicação da lei, de qualquer lei, que se ponha a salvaguardar o consumidor.”

⁸⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125-126.

⁸⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.956.

não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. É por isso que, quando se fala em “escolha” do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são por evidente, os da obtenção de lucro”.⁸⁸

Depreende-se, dessa forma, o evidente empenho da legislação consumerista em repelir relações jurídicas injustas e desiguais, protegendo assim, o indivíduo vulnerável.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor foi instituído sob o enfoque na manifesta vulnerabilidade do consumidor buscando princípios e valores indispensáveis como, por exemplo, a função social do contrato, com intuito de concretizar uma exegese mais equânime das relações jurídicas de consumo. Neste diapasão, o principal instrumento para garantir a equidade contratual, mesmo nas práticas unilaterais de contratação, é a interpretação jurídica em prol do consumidor.⁸⁹

Portanto, com o vislumbramento de tamanha disparidade exsurge a necessidade de tal proteção ser positivada extinguindo-se a anosa exegese de que a lei deve ser aplicada igualmente a todos obrigando, assim, o Estado a interferir nas relações de consumo caso ocorra desequilíbrio entre as partes. O princípio da vulnerabilidade passa a ter, então, total respaldo jurídico para a sua aplicação.⁹⁰

A fim de tornar mais simples o entendimento a respeito da vulnerabilidade a jurista Cláudia Lima Marques a dividiu em três tipos: técnica, jurídica e fática. A vulnerabilidade técnica é aferida ante a inexistência de conhecimentos técnicos em relação ao produto ou ao serviço; desse modo, o consumidor pode facilmente ser induzido ao erro no que concerne às particularidades do produto ou à sua serventia.

⁸⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125-126.

⁸⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.321

⁹⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.321-322

Noutro giro, a vulnerabilidade jurídica é medida com base na falta de conhecimentos quanto a direitos, modalidades contratuais e, até mesmo, no desconhecimento de que, uma vez lesado, o consumidor dispõe de todo um arcabouço normativo a seu favor.⁹¹

Nesse contexto, Valério Dal Pai Moraes assevera que:

“Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeito(s) mais potente(s) da mesma relação”.⁹²

Já a vulnerabilidade fática ou socioeconômica é diretamente ligada ao fornecedor que, tendo o exclusivo privilégio fático ou jurídico, por se tratar de um grande grupo econômico ou, até mesmo, *ex vi* da essencialidade do serviço prestado, impõe sua influência esmagadora aos consumidores que com aquele contratam. Tal conduta provoca, dessa maneira, verdadeiro desequilíbrio negocial pois o consumidor, muitas vezes por ser a parte vulnerável da relação contratual, não possui qualquer liberalidade para definir as cláusulas da relação jurídica a ser pactuada.⁹³

Neste sentido, mister realizar alguns comentários sobre a vulnerabilidade psíquica, que se perfectibiliza por meio das publicidades sedutoras que levam o consumidor a adquirir produtos desnecessários ou que, seduzidos pelas ofertas e formas de pagamento, os adquirem sem possuir recursos para tanto.⁹⁴

Ademais, há outra manifestação da posição menos favorável do consumidor, além da vulnerabilidade, também reconhecida no CDC: a cláusula geral

⁹¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.323-324

⁹² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 125

⁹³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.330-331.

⁹⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.326.

da hipossuficiência. Apesar de serem quase sempre confundidas, uma se distingue da outra, conforme o ensinamento de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

“São distintos os conceitos de vulnerabilidade e de hipossuficiência. Vulnerável é todo consumidor, *ope legis*. Hipossuficientes são certos consumidores ou certas categorias de consumidores, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os rurícolas, os moradores da periferia. Percebe-se, por conseguinte, que a hipossuficiência é um *plus* em relação à vulnerabilidade. Essa é aferida objetivamente. Aquela, mediante um critério subjetivo, consumidor a consumidor, ou grupo de consumidores a grupo de consumidores”.⁹⁵

Por conseguinte, a vulnerabilidade deve ser analisada para a própria definição de consumidor, enquanto a hipossuficiência é analisada casuisticamente, com declinação de outros benefícios possíveis, na esfera jurídica, à parte mais frágil da relação. Assim, há que se observar o desequilíbrio contratual e a patente vulnerabilidade (técnica, jurídica e fática) do contratante com as instituições financeiras, o que também configuraria operação tutelada pelo CDC⁹⁶. Neste sentido, Cláudia Lima Marques instrui a respeito dos contratos bancários que:

“Para caracterizar estes contratos como contratos de consumo ou não, o fator decisivo não é a existência de uma lei especial [...], que regule o contrato bancário, nem a definição direta da atividade do fornecedor [...], decisiva é a presença de um consumidor ou de um profissional vulnerável, que possa também ser equiparado ao consumidor, em matéria de proteção contratual”.⁹⁷

Com a observância de que, quase que exclusivamente, os contratos com instituições bancárias constituem contratos de adesão, com a utilização de condições gerais, tem-se ao menos indício da vulnerabilidade do contratante frente à superioridade técnica e econômica dos bancos. Em uma análise mais restrita, o que se procura é garantir o equilíbrio contratual entre as partes ansiado pelo Código de Defesa do Consumidor.⁹⁸

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 286 .

⁹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.326.

⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.326.

⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.328

2.4.2 Da função social do contrato.

Tendo em vista que a alienação fiduciária se resume em uma relação jurídica eminentemente contratual não há como deixar de realizar algumas ponderações acerca deste lapidar princípio, qual seja, o princípio da função social do contrato.

Nos dizeres de Humberto Teodoro Júnior, tal princípio consiste em “abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes)⁹⁹”.

Aliás, o supracitado autor alerta ainda que se reconhece:

“De longa data, e não apenas nos tempos atuais, que os contratantes, embora livres para ajustar os termos da convenção, deverão agir sempre dentro dos limites necessários para evitar que sua atuação negocial se torne fonte de prejuízos injustos e indesejáveis para terceiros”.¹⁰⁰

Ao realizar um cotejo deste princípio com o contrato de alienação fiduciária e analisando, também, a linha do entendimento fixado no âmbito do STJ, tem-se, claramente, que esse valoroso princípio, oriundo do artigo 421 do Código Civil¹⁰¹ não vem sendo observado.

Como se sabe, pois, tal princípio reforça o entendimento de que o contrato precisa ser conservado, assegurando as partes e, muitas vezes, a terceiros, a realização de negócios jurídicos úteis e justos. E isso porque os contratos são, antes de qualquer coisa, um fenômeno econômico decorrente da vida em sociedade e que, diante da sua importância e tratando-se de um fato inerente ao convívio social, foi reconhecido pelo Direito.¹⁰²

Não é demais lembrar também que uma das principais funções do contrato é a livre circulação de riquezas, bens e o aquecimento da economia como

⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 4. ed. rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 37.

¹⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 4. ed. rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.38.

¹⁰¹ Art. 421 do CC *in verbis*: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁰² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.210.

um todo. Entretanto, após a superação da cultura liberalista, surgiu-se a necessidade de mitigar a liberdade dos contratantes.¹⁰³

Convém salientar, ainda, que tal princípio não pode ser aplicado de maneira a inviabilizar por completo o papel que o contrato desempenha na economia, sob pena de, ao pretexto de resguardar princípios relativamente frágeis, se criar resultados perniciosos para sociedade, ou seja, terceiros.¹⁰⁴

Neste sentido, Sílvia Mechelany Veloso explica que a verdadeira função social do contrato é desempenhada no mercado, onde se apresenta como a principal ferramenta para viabilizar o sistema de trocas, sem o qual o mundo civilizado não consegue conviver com a natural e crônica escassez dos bens da vida. Por meio dele é que se possibilitam as negociações, as alocações de riscos inerentes à barganha e se facilita “a circulação de riquezas de forma eficiente”¹⁰⁵.

Por isso, e com o intuito de maximizar o bem-estar social, utiliza-se desse princípio, ainda que de forma temperada para não correr o risco de incorrer em discrepâncias, com a finalidade de corrigir as falhas inerentes do mercado. Afinal, como se trata de uma relação regida por pessoas, está, indubitavelmente, suscetível a equívocos.¹⁰⁶

Por fim, convém destacar o alerta feito pelo autor Arruda Alvim quando assevera sobre a função social do contrato, enfatizando que:

“[...] é preciso atentar e não vislumbrar nessa função social, lendo-a de tal forma que a viesse a destruir a própria razão de ser do contrato, em si mesma. [...] um contrato, no fundo, apesar das exceções que foram apostas ao princípio do pacta sunt servanda, é uma manifestação de vontade que deve levar a determinados resultados práticos, resultados práticos esses que são representativos da vontade de ambos os contratantes, tais como declaradas e que se conjugam e se expressam na parte dispositiva

¹⁰³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.210.

¹⁰⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.211.

¹⁰⁵ VELOSO, Sílvia Mechelany. Análise econômica da função social dos contratos: art. 421 do Código Civil. *Revista de Direito Privado*, v.54, p.99 abr./jun. 2013.

¹⁰⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.328

do contrato. Nunca se poderia interpretar o valor da função social como valor destrutivo do instituto do contrato”.¹⁰⁷

E ainda, valemo-nos da lição de Waldírio Bulgarelli, citada por Cláudia Lima Marques, em que ensina que a boa-fé objetiva e a função social do contrato são “como salvaguardas das injunções do jogo do poder negocial”.¹⁰⁸

2.4.3 Da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva tem previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 4º, III e art. 51, IV. Tal princípio adveio da *nova teoria contratual*, trazendo consigo, relevantes efeitos à proteção do consumidor nos contratos de consumo. Ademais, a *boa-fé objetiva* encontra-se também nos artigos 133,187 e 422, todos do Código Civil Brasileiro¹⁰⁹.

No que tange a esse assunto, Cláudia Lima Marques enfatiza que:

“O *caput* do art. 4.º do CDC menciona, além da *transparência*, a necessária *harmonia* das relações de consumo. Esta harmonia será buscada através da exigência da *boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor*. Segundo dispõe o art. 4.º do CDC inciso III, todo o esforço do Estado ao regular os contratos de consumo deve ser no sentido de harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na *boa-fé* e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.”¹¹⁰

Nesse contexto, a boa-fé objetiva amolda-se nos contratos com um entendimento de reciprocidade, lealdade, cooperação e transparência entre as

¹⁰⁷ ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no Novo Código Civil. In PASINI, Nelson, LAMERA, Antonio Valdir Úbeda, TALAVERA, Glauber Moreno (Coord.). *Simpósio sobre o Novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2003, p. 100.

¹⁰⁸ BULGARELLI apud MARQUES, 2011. p.215.

¹⁰⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 356.

¹¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.799.

partes contratantes, inserindo assim, uma visão menos individualista e mais abrangente nas relações contratuais¹¹¹.

Prosseguindo, o princípio da boa-fé norteia o comportamento das partes em todas as fases contratuais, quer dizer, guia até mesmo nas fases pré e pós-contratuais, bem como, estabelece critérios para a interpretação dos contratos como um todo.¹¹² Neste contexto, Claudia Lima Marques¹¹³ destaca que as funções do princípio da boa-fé objetiva servem: “1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual [...]; 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos; 3) na concreção e interpretação dos contratos”¹¹⁴.

Ademais, “como diretriz hermenêutica, a boa-fé objetiva estabelece que, entre diversas possibilidades, deve-se interpretar os contratos em consonância com uma esperada lealdade e honestidade das partes”¹¹⁵. Isso é aplicado de forma muito clara no art. 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.¹¹⁶

Complementando, o Código de Defesa do Consumidor expõe em seu art. 47 que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”¹¹⁷, tornando assim, mais branda a discrepância de forças entre

¹¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.356.

¹¹² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.356.

¹¹³ Claudia Lima Marques, em relação o significado de boa-fé objetiva: “Inicialmente é necessário afirmar que a *boa-fé objetiva* é um *standart*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada [...] Boa-fé objetiva significa uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abusos, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem, excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”. (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.216)

¹¹⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.215.

¹¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.358.

¹¹⁶ Art. 113 do Código Civil.

¹¹⁷ Art. 47 do Código de Defesa do Consumidor.

fornecedor e consumidor, principalmente nos contratos pré-estabelecidos unilateralmente, os chamados contratos de adesão¹¹⁸.

Destarte, o art. 187 do CC traz à baila que o fato de cometer um ato ilícito seria dado pelo “titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”¹¹⁹. Sendo assim, depreende-se que a boa-fé tem como desígnio criar uma barreira ao exercício de direitos subjetivos, pois, estabelece um padrão para aferir o comportamento dos contratantes, condenando a parte que praticar algum ato que venha a prejudicar o outro, ou seja, quando este abusar do direito da outra parte contratante.¹²⁰

Por derradeiro, os contratos que geralmente são acordados para satisfazerem apenas interesses individuais e colocarem em prática a circulação de riquezas, não podem mais conter exclusividades, ou seja, satisfazerem os interesses de apenas uma das partes, pois, a boa-fé objetiva possui o intuito de amparar os anseios dos contratantes, atentando-se também ao fim econômico-social do que foi contratado.¹²¹

2.4.4 Do equilíbrio econômico

O Código de Defesa do Consumidor, também adere ao princípio do *equilíbrio econômico* do contrato, em consonância com a *boa-fé objetiva* supramencionada. Tal princípio é encontrado no art. 4.º, III do CDC, no qual dispõe que um dos pilares da Política Nacional das Relações de Consumo é “viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.¹²²

¹¹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.358.

¹¹⁹ Art. 187 do Código Civil

¹²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.359.

¹²¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.356.

¹²² Art. 4º, III do CDC.

Nesse diapasão, Bruno Miragem sustenta que esse princípio está atrelado também ao *princípio da vulnerabilidade* do consumidor:

“O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, e o caráter desigual com que este se relaciona com o fornecedor, ressaltam a importância do princípio do equilíbrio no direito do consumidor. Esta parte, exatamente, do pressuposto da vulnerabilidade do consumidor e, por tanto, sustenta a necessidade do reequilíbrio da situação fática de desigualdade por intermédio da tutela jurídica do sujeito vulnerável. Da mesma forma, o princípio do equilíbrio incide sobre as consequências patrimoniais das relações de consumo em geral para o consumidor, protegendo o equilíbrio econômico das prestações do contrato de consumo”.¹²³

Isto posto, os contratos deverão ser justos, preocupando-se em realizá-los de forma equânime em relação às prestações e contraprestações dos contratantes.¹²⁴ Cabe ressaltar ainda, que este princípio advém de um princípio constitucional, qual seja, o princípio da igualdade substancial, no qual pressupõe a justiça social nos contratos firmados. Busca-se, portanto, proteger a parte vulnerável da relação, conferindo uma certa igualdade material entre os contratantes, tendo em vista a disparidade de poder negocial destes.¹²⁵

A proteção do consumidor em relação ao equilíbrio econômico está inserida em alguns artigos do CDC, como por exemplo, no art. 6º, V, que assegura “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.¹²⁶ Assim como, em seu artigo 39, inciso V, que inclui como prática abusiva “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”¹²⁷. Ademais, ainda temos o artigo 51, IV que declara nulas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada”.¹²⁸

¹²³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 379-380

¹²⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.359.

¹²⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.156.

¹²⁶ Art. 6º, V. do CDC.

¹²⁷ Art. 39, V do CDC.

¹²⁸ Art. 51, IV do CDC.

Assim, conclui-se que há necessidade da proteção do consumidor diante da disparidade de forças dos contratantes. Sendo assim, através do princípio do equilíbrio econômico, o contrato poderá ser revisto, modificado e até mesmo rescindido via judicial, quando for detectado injusto.¹²⁹

2.5 Das cláusulas abusivas

O Código de Defesa do Consumidor volta a sua atenção à proteção contratual do consumidor, especialmente para gerar maior tutela diante de suas características de vulnerabilidade, para que o contrato seja mais transparente, leal, e equânime entre as partes. Por esse motivo, “o CDC não tolera fraude, o intuito de enganar, cláusulas obscuras, minúsculas e contratos que coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada”.¹³⁰

Conforme visto anteriormente, os contratos de adesão já são entregues ao consumidor de forma pronta, não havendo possibilidade de discutir e chegar a um acordo comum entre as cláusulas já pré-estabelecidas. Dificilmente hoje em dia os contratos são discutidos cláusula por cláusula, com um cuidado maior em se verificar as causas e consequências daquilo que está sendo assinado.¹³¹

Assim sendo, são frequentemente vistos contratos em massa que possuem cláusulas que assegurem unilateralmente interesses que o próprio fornecedor elaborou, não se atentando ao equilíbrio econômico justo das relações, corroborando assim, a conveniência da parte contratante mais forte.¹³² Dessa forma, a grande maioria dos contratos assinados na atualidade são os denominados de adesão, talvez pela facilidade e praticidade que oferecem aos fornecedores, pois, os

¹²⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 158.

¹³⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.348

¹³¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.348.

¹³² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.159.

elaboram unilateralmente com base em seus interesses econômicos, não dando chance ao consumidor de alterar qualquer cláusula existente.¹³³

Por se tratar de contratos unilateralmente redigidos, o consumidor que o contrata, dificilmente tem a chance de avaliar as cláusulas com exatidão e saber o que realmente pretendem dizer, ou seja, não possuem condições de analisar com atenção todos os seus termos.

Normalmente o consumidor só tem acesso ao contrato após a conclusão da negociação, ou então, estes são redigidos de forma extensa, com letras minúsculas, com linguagem de difícil compreensão, trazendo dificuldades para que o contratante leia todo o conteúdo, motivo pelo qual desiste de ler o contrato e concorda com os termos estipulados. Porém, nem se quer o leu, confiando naquilo que o fornecedor lhe passou no ato da venda ou do fechamento do negócio, deduzindo assim, que não sairá prejudicado, aceitando todas as condições que lhe foram impostas.¹³⁴

Todavia, se o consumidor tiver a oportunidade de ler atentamente todas as cláusulas pré-estabelecidas, e mesmo assim entender todo o conteúdo do contrato provavelmente aceitará as cláusulas mesmo que abusivas, ou porque precisa imprescindivelmente do bem ou serviço, ou porque o contrato está redigido de forma tão técnica que o contratante não possui conhecimentos jurídicos que identifiquem as abusividades contidas naquele instrumento.¹³⁵

Nesse contexto, o consumidor avalia os interesses e os benefícios de sua satisfação pessoal em relação à aquisição do bem ou produto, diante das desvantagens estipuladas pelo fornecedor unilateralmente, submetendo-se às abusividades impostas, por ser o único meio de conseguir o que realmente deseja, caracterizando uma desigualdade evidente entre as partes.¹³⁶

¹³³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.348.

¹³⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.160.

¹³⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.160

¹³⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.161

A propósito, cumpre observar o entendimento trazido por Ada Pellegrini Grinover:

“Em atendimento ao princípio da conservação do contrato, a interpretação das estipulações negociais, o exame das cláusulas apontadas como abusivas e a análise da presunção de vantagem exagerada devem ser feitos de modo a imprimir utilidade e operatividade ao negócio jurídico de consumo, não devendo ser empregada solução que tenha por escopo negar efetividade à convenção negocial de consumo”.¹³⁷

Diante do exposto, um dos direitos basilares de proteção ao consumidor é o de ampará-lo diante das cláusulas abusivas dos contratos de fornecimento de produtos ou serviços, conforme estabelece o art. 6º, IV do CDC¹³⁸. Sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor listou algumas cláusulas que são consideradas abusivas em seu art. 51, onde são aplicadas as regras de nulidade diante da abusividade destas. Esse rol de cláusulas abusivas não é exaustivo, dando poderes aos juízes para analisarem as circunstâncias de cada caso específico, estendendo a interpretação para outras cláusulas que por ventura vierem a ser abusivas além das já estipuladas no art. 51 do CDC.¹³⁹

Nesse mesmo sentido, ao saber que as características do artigo 51 do CDC tratam-se de um rol exemplificativo, ao discorrer sobre o referido dispositivo especificamente sobre o *caput*, Leonardo Bessa ensina que “por meio da expressão entre outras, não deixa qualquer dúvida quanto à abertura do rol. Ademais, os incisos IV e XV do art. 51 reforçam o caráter exemplificativo, ao indicar de modo genérico, critérios para aferição da abusividade”.¹⁴⁰

Necessário se faz ressaltar que um dos mais importantes artigos do CDC é sem dúvida o art. 51, visto que, diz respeito às nulidades. Para Claudia Lima Marques, “trata-se de uma nulidade de proteção dos vulneráveis, regra imperativa e

¹³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 601.

¹³⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

¹³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 533-534.

¹⁴⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 368.

indisponível”.¹⁴¹ Não se tratando aqui, de nulidades meramente relativas, mas sim de nulidades absolutas, não admitindo efeitos posteriores à anulação da cláusula em desacordo com o rol deste artigo. “O que significa negar qualquer efeito jurídico à disposição contratual”.¹⁴²

Ademais, as nulidades absolutas referem-se a matérias de ordem pública, nesse compasso, o art. 1.º do CDC¹⁴³ eleva a proteção do consumidor a *status* constitucional, portanto, de ordem pública. Por esse motivo é que são tidas como nulidades absolutas, podendo ser declaradas de ofício pelo juiz. Nessa lógica, essas cláusulas possuem efeito irreparável e são nulas de pleno direito.¹⁴⁴

Destarte, para ser reconhecida a cláusula abusiva, diante das normas estipuladas no CDC, a conduta do fornecedor não está sujeita a apreciação de forma subjetiva, tampouco, se este agiu maliciosamente, ou com a intenção de obter para si vantagem indevida ou exagerada. “Em nenhum momento a Lei 8.078/1990 exige a má-fé, dolo do fornecedor, para caracterização da abusividade da cláusula”.¹⁴⁵

Já o parágrafo 2º do art. 51, dispõe que “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.¹⁴⁶ Portanto, a consequência jurídica deste artigo é obstar a implicação daquela cláusula abusiva, buscando a manutenção do contrato sempre que plausível¹⁴⁷.

Nessa mesma lógica, Bruno Miragem afirma que:

“No regime jurídico do CDC, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, porque contrariam a *ordem pública de proteção ao consumidor*. Isso quer dizer que as nulidades podem ser

¹⁴¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.956.

¹⁴² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 369.

¹⁴³ Art. 1º do CDC: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

¹⁴⁴ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.114

¹⁴⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 369.

¹⁴⁶ Art. 51, §2º do CDC.

¹⁴⁷ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.117.

reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-la *ex officio*, porque normas de ordem pública insuscetíveis de preclusão.”

2.5.1 Das cláusulas estipuladas no art. 51, inciso IV no CDC.

Conforme o já exposto anteriormente, as relações jurídicas estabelecidas entre consumidores e fornecedores devem atentar-se aos princípios da boa-fé e do equilíbrio da ordem econômica dos contratos. Nesta vereda, imperioso se faz conferir que o art. 51, IV do CDC dispõe que:

“São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.¹⁴⁸

Insta salientar, “que o Código de Defesa do Consumidor não indicou, exaustivamente, todas as cláusulas que podem ser invalidadas, mas traçou princípios e valores norteadores para a análise do caso concreto, como o disposto no art.51, IV”.¹⁴⁹

Como é observado na redação do supracitado dispositivo, este abarca o *princípio da boa-fé objetiva*, assim como, o princípio referente ao *equilíbrio econômico dos contratos*, conforme já tratados anteriormente¹⁵⁰.

Ademais, esse artigo nas palavras de Claudia Lima Marques, “cuida-se, sem dúvida, do principal dispositivo relativo a nulidades de cláusulas contratuais nas relações de consumo”. E segue asseverando que por ter essa relevância em relação aos contratos firmados, “deveria o inciso IV figurar como inciso I do art. 51 ou em dispositivo próprio”.¹⁵¹

Destarte, o inciso IV do art. 51 possui vasta amplitude, conduzindo para a forma aberta de interpretação das normas, podendo abarcar, portanto, várias situações distintas entre si, mas que estejam em dissonância com os princípios da

¹⁴⁸ Art. 51, IV do CDC.

¹⁴⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.349.

¹⁵⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 378.

¹⁵¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.378.

boa-fé objetiva e equidade econômica dando azo, também, ao princípio da função social do contrato que, embora não esteja de forma explícita na redação do artigo, autoriza o magistrado, ao analisar o caso em concreto, o livre-arbítrio para decretar eventual nulidade de cláusula, se considerada abusiva, conforme os preceitos do artigo em comento.¹⁵²

Nesta linha de pensamento, Claudia Lima Marques assevera que:

“As expressões utilizadas, boa-fé e equidade, são amplas e subjetivas por natureza, deixando larga margem de ação ao juiz – caberá, portanto, ao Poder Judiciário brasileiro concretizar através desta norma geral, escondida no inciso IV do art. 51, a almejada justiça e equidade contratual. [...] Parece-me que a norma do inciso IV do art. 51 do CDC, com abrangência que possui e que é completada pelo disposto no § 1º do mesmo art. 51, é verdadeira norma geral proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos exemplificamente nos outros incisos do art. 51”.¹⁵³

Certamente que o inciso IV do artigo ventilado busca a cooperação entre as partes contratantes, norteadas pelo *princípio da boa-fé objetiva*. Logo, caso seja verificada atuação em desarmonia com os preceitos adotados, por qualquer das partes, que de alguma maneira impeça a continuidade do contrato, poderá ocorrer a extinção do mesmo evitando, assim, prejuízos de ordem econômica a serem suportados.

Pois bem, valendo-se do pressuposto que o art. 51, IV envolve não só as situações ali elencadas, mas também a oriunda da interpretação aberta das normas, ampliando, assim, o seu alcance, infere-se que são incontáveis as ocasiões em que esta norma poderá ser aplicada em benefício do consumidor visando a sua proteção.

Diante disso, estudaremos as possibilidades de aplicação dessas normas nos contratos de alienação fiduciária de garantia de bens móveis, a partir da aplicação da cláusula resolutória disposta no Decreto-lei 911/69, bem como, sua

¹⁵² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.378-379.

¹⁵³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.972.

posterior alteração produzida pela Lei 10.931/2004, ante o inadimplemento contratual por parte do devedor.

2.6 A incidência do art. 53 do CDC nas alienações fiduciárias em garantia.

Primeiramente, devemos observar a redação do *caput* do art. 53 do CDC que dispõe:

“Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas **alienações fiduciárias em garantia**, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”. (grifo nosso)

Resta claro, portanto, que o CDC protege o consumidor também nos contratos tratados nesse estudo. Neste sentido, ao ser pactuado um contrato de compra e venda de móvel ou imóvel, em que deverão ser pagas prestações fixas, que contenha também cláusula resolutiva de propriedade (como nos contratos de alienação fiduciária em garantia), o *Codex Consumerista* não admite que se convençione perda total das prestações pagas, no caso de resolução contratual advinda do inadimplemento por parte do consumidor, bem como, retomada do bem pelo credor. Além do que, o código coíbe o pacto comissório que outorgue ao fornecedor ficar com o bem para si, caso o devedor não pague o que é devido.¹⁵⁴

Dessarte, os contratos negociados com alienação fiduciária em garantia, que possuem cláusula resolutória, também são abarcadas pela norma em comento. Nesses contratos que são norteados pelo Decreto-lei 911/69, como já dito anteriormente, não podem firmar pacto comissório, bem como, não podem estabelecer a perda total das prestações que tiverem sido pagas pelo fiduciante, quando houver pedido de resolução contratual ou a retomada do bem pelo fiduciário. Entretanto, “do *caput* do artigo não decorre, porém, o direito à devolução das

¹⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 622-623.

parcelas pagas. Apenas não se poderá pactuar a perda total das prestações pagas”.¹⁵⁵

Assim como nas cláusulas abusivas do art. 51 do CDC e seus incisos, essa cláusula de perda das prestações pagas, ou a perda do bem, inserido no art. 53 do CDC, também é considerada medida abusiva por parte do credor. Sendo assim, a cláusula contratual que prever tal medida poderá ser nula de pleno direito e poderão ser arguidas por meio de ação ou exceção, *ex officio* pelo juiz a qualquer tempo e grau de jurisdição, assim como, não estão sujeitos aos prazos relacionados a prescrição ou decadência.¹⁵⁶

2.6.1. Da perda total das prestações pagas pelo consumidor

Ainda a respeito do art. 53 do CDC, vê-se ser proibida estipular no contrato a perda total das prestações pagas pelo consumidor, “o que configuraria vantagem exagerada atribuída ao fornecedor, em detrimento do consumidor. É permitido, contudo, o estabelecimento de pena para o descumprimento da obrigação pelo consumidor”.¹⁵⁷ Neste sentido, se houver cláusula instituindo pena ante o inadimplemento do consumidor, esta deverá valer-se da equidade e razoabilidade para estabelecer vantagem ao fornecedor, visto que este é detentor de posição mais vantajosa na relação consumerista, caso não seja assim, haverá indubitável ofensa ao equilíbrio contratual e à boa-fé objetiva, estipuladas nos art. 4.º, inciso III e 51, inciso IV do mesmo diploma legal em comento, caracterizando assim, sua abusividade.¹⁵⁸

2.6.2 Da restituição das parcelas quitadas no contrato

Cabe advertir que a redação do §1º do artigo 53 do CDC decaiu em razão de veto presidencial, onde em seu texto dispunha que: “na hipótese prevista neste artigo, o devedor inadimplente terá direito a compensação ou à restituição das

¹⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 623

¹⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 623

¹⁵⁷ STJ, RESP nº 633.793/SC, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. de 7.6.2005.

¹⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 624.

parcelas quitadas à data da resolução contratual, monetariamente atualizada, descontada a vantagem econômica auferida com a fruição." Porém, como já sabemos, foi vetado, com a seguinte fundamentação:

“Torna-se necessário dar disciplina mais adequada à resolução dos contratos de compra e venda, por inadimplência do comprador. A venda de bens mediante pagamento em prestações acarreta diversos custos para o vendedor, que não foram contemplados na formulação do dispositivo. A restituição das prestações, monetariamente corrigidas, sem levar em conta esses aspectos, implica tratamento iníquo, de consequências imprevisíveis e danosas para os diversos setores da economia”.¹⁵⁹

Prosseguindo, nos contratos de alienação fiduciária em garantia, há hipótese estipulada pelo § 2º¹⁶⁰ do Decreto-lei 911/69, admitido que o credor efetue a venda do bem dado em garantia, com o intuito de que seja paga toda a dívida pendente pelo consumidor. Daí então, o saldo remanescente é revertido, quando houver, para o patrimônio do devedor. Insta salientar, ainda, que a redação do §º 1 do art. 53 que foi vetado “servirá de parâmetro para o juiz na solução do litígio que versar sobre compra e venda de móveis ou imóveis a prestação”.¹⁶¹

¹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 624.

¹⁶⁰ Art. 2º do Decreto lei 911/69 *in verbis*: No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

¹⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 624

3. QUESTÕES POLÊMICAS ATINENTES À ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS

3.1 Breves Considerações

O presente estudo consiste em avaliar os §§ 1º e 2º do art. 3º¹⁶² do Decreto-lei nº 911/69, visto que tais normas comportam dúbia interpretação que, aliás, no atual contexto social, não guarda qualquer consonância com o Estado Constitucional de Direito, no que diz respeito à proteção do consumidor.

A exegese realizada pelas instituições bancárias é no sentido de que ao ser executada a liminar de busca e apreensão, o devedor, em um exíguo prazo de 05 (cinco) dias, deve pagar necessariamente todo débito em aberto e isso inclui as parcelas vencidas, obviamente, e as parcelas vincendas, sem a possibilidade de purgar a mora.

A análise de tal entendimento à luz do princípio da função social do contrato faz surgir alguns questionamentos, quais sejam: (a) o credor fiduciário tem interesse em ter a posse e propriedade plena do bem móvel?; (b) o devedor fiduciante tem interesse em perder a posse do bem móvel?; e (c) ao se aperfeiçoar a posse e propriedade plena em favor do credor fiduciário qual destino será dado ao bem móvel?

As respostas de tais questionamentos levam indubitavelmente a conclusão de que tal interpretação está ao arrepio do princípio da função social do contrato.

¹⁶² Art 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor. § 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004); § 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.

É que o credor fiduciário não tem qualquer interesse em manter o bem móvel em sua posse e propriedade, uma vez que tal bem só tem a utilidade de garantir a quitação do financiamento, ao passo que o devedor fiduciante não tem o interesse de perder a posse e propriedade do bem. Seguindo essa linha de raciocínio importante responder ao terceiro questionamento.

Aperfeiçoada a posse e propriedade plena em favor do credor fiduciário o bem móvel será levado a leilão o que poderá acarretar em 03 (três) hipóteses, quais sejam: (1) o bem móvel será vendido e o valor da venda será suficiente para quitar todo o financiamento; (2) o bem móvel será vendido e o valor da venda será superior ao necessário para quitação da dívida onde, nessa hipótese, o saldo remanescente será restituído ao devedor fiduciante; e (3) o que comumente ocorre *ex vi* da deterioração, o bem móvel será vendido e o valor da venda será insuficiente para quitar o financiamento pactuado fazendo surgir um subquestionamento: qual será o próximo passo a ser tomado pela instituição financeira? A resposta é simples: acionar novamente o judiciário para reaver o montante em dinheiro faltante.

Estamos diante, portanto, de uma esquizofrenia jurídica que não possui qualquer beneplácito legal para tanto. Sendo assim, o ápice deste estudo é de fácil visualização uma vez que o Decreto-lei 911/69 está em total dissonância com o ordenamento jurídico vigente no país.

Como se vê, o indigitado Decreto-lei, supostamente recepcionado pela Constituição de 1988, deu origem a uma contradição jurídica. É que estamos diante de uma relação jurídica de consumo que deveria incidir o Código de Defesa do Consumidor, entretanto é manifesto que diversos artigos desse odioso Decreto-lei violam as proteções conferidas ao consumidor que são, ao fim e ao cabo, de ordem constitucional e legal.

Desta feita, é extremamente relevante e importante realizar um estudo detalhado dos dispositivos contidos nesse Decreto-lei à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor.

3.2 Diálogo das Fontes entre o Código de Defesa do Consumidor e o Decreto-lei 911/69, com sua posterior alteração dada pela Lei 10.931/2004.

Se faz necessário trazer à baila o estudo sobre o *diálogo das fontes*, tendo em vista a sua importância para a interpretação dos contratos nas relações de consumo. É que estamos diante das peculiaridades entre as leis vigentes que regulam os contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis e suas antinomias em relação ao microsistema jurídico de normas que visam à proteção e defesa do consumidor.

Pois bem. *Diálogo das fontes* é uma expressão criada por Erick Jayme em seu Curso Geral de Haia em 1995, “significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada de pluríssimas fontes legislativas, leis especiais e gerais, com campos de atuação convergentes, mas não mais iguais”.¹⁶³

O uso da expressão mencionada refere-se a diálogo, porque existem influências de mais de uma lei sobre o mesmo assunto, havendo aplicação de duas normas distintas, no mesmo momento e sobre o mesmo caso. Foi criada para contraditar a expressão *conflito de leis no tempo* anteriormente empregada.¹⁶⁴

Neste sentido, *conflito de leis no tempo* queria dizer que duas normas estariam em conflito, devendo uma prevalecer sobre a outra, e conseqüentemente a não utilizada seria excluída do ordenamento jurídico, porém, atualmente ao invés da exclusão, busca-se um entendimento mais harmonioso entre os mandamentos do sistema jurídico, aplicando um diálogo entre as normas para alcançar uma finalidade recíproca.¹⁶⁵

Dessa forma, analisando sob a perspectiva do *diálogo das fontes*, Claudia Lima Marques ensina que:

“O aplicador da lei deve examinar o conflito com olhos plurais, adaptando sua própria formação e seus preconceitos às

¹⁶³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.122.

¹⁶⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.123

¹⁶⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.123-124

necessidades desta sociedade de consumo e de informações, de rapidez fantástica e de produção legislativa cada vez mais impressionante e plural. O aplicador deve também visar o diálogo das fontes, de forma a dar efeito útil a um grande número de normas, privilegiando as normas narrativas, os valores constitucionais [...]”¹⁶⁶

Ademais, a expressão em comento vem sendo largamente utilizada pelos Tribunais para apontar o emprego sincrônico do Código de Defesa do Consumidor, em relação a uma ou mais leis gerais ou especiais, a serem aplicadas de forma coesa com o alcance constitucional de proteção ao consumidor. Deve-se, portanto, aplicar o *diálogo das fontes* nos casos de alienação fiduciária, tendo em vista as normas conflitantes.¹⁶⁷

Neste tocante, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, no relevante julgamento da ADIn 2.591, assegurou a constitucionalidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a todas atividades bancárias, legitimando a conveniência da utilização do *diálogo das fontes* nas decisões.¹⁶⁸ Sendo assim, o voto do Ministro Joaquim Barbosa nesse emblemático julgamento deliberou que:

“Entendo que o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver, em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis [...] Não há, *a priori*, por que se falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas sim, em ‘influências recíprocas’, em aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente.”¹⁶⁹

Neste diapasão, o *diálogo das fontes* concede ao consumidor vulnerável, tutela especial de acordo com princípios e valores estipulados na Carta Magna.¹⁷⁰ Assim como, é definido por sua “aplicação simultânea, compatibilizadora, das normas em conflito, sob a luz da Constituição, com efeito útil para todas as leis

¹⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.613.

¹⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.611.

¹⁶⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.123

¹⁶⁹ Voto do Min. Joaquim Barbosa do julgamento da ADIn 2.591

¹⁷⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.125

envolvidas, mas com eficácias diferenciadas a cada uma das normas em colisão, de forma a atingir o efeito social (e constitucional) esperado”.¹⁷¹

Em síntese, presentemente, devido à diversidade de leis pós-modernas, ditando suas aplicações de forma harmônica e adaptável, poderão incidir mais de uma norma sobre a mesma situação de relação consumerista. Devendo ser observado assim, o diálogo entre elas, em cooperação ou até mesmo se determinada lei deverá ser afastada, observando suas áreas de atuação concomitantes, em distintas deliberações de acordo com cada caso concreto.¹⁷²

Urge frisar, que o CDC¹⁷³ claramente aduz em seu art. 1.º, que seus preceitos visam à proteção dos consumidores, tidos como elementos vulneráveis perante os fornecedores e suas reconhecidas práticas abusivas, sendo considerados preceitos inafastáveis pela pretensão individual, devido ao seu caráter de ordem pública. São, portanto, preceitos de interesse social e que são mais relevantes para a sociedade do que aos particulares.¹⁷⁴

Nesse sentido, Marques aponta que:

“Em caso de conflito entre as soluções propostas pelo critério hierárquico e o da especialização, prevalece o critério hierárquico sobre o da especialização, mas também certas relativizações são necessárias. A jurisprudência tende a conceder prevalência às normas especiais, **sempre que não estejam em conflito com a Constituição**, e sempre que o regime particular realmente se justifique, não constituindo mero privilégio de um grupo político, econômico ou socialmente mais forte”.¹⁷⁵ (grifo nosso)

¹⁷¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.628.

¹⁷² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.614.

¹⁷³ “E qual seria a base lógica do CDC? Sua *ratio* é, justamente, a equidade diante da desigualdade/vulnerabilidade dos consumidores (art. 5.º, XXXII, da CF/1998 e art. 4.º, I, do CDC), a ser compensada por normas protetoras ali impostas, de forma a alcançar uma verdadeira igualdade formal e material entre os contratantes. O CDC é um Código, um sistema protetivo e tutelar de igualdade, a beneficiar aqueles que não são iguais! O CDC é um Código para diferentes, os consumidores!” (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.700.)

¹⁷⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.616

¹⁷⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.642.

Diante dessa circunstância, vemos que essa hierarquia entre os critérios para a solução das antinomias e dos conflitos não está de forma definida, baseando-se em meras hipóteses, sendo necessário, portanto, a interpretação por parte do causídico, visto que não são hipóteses absolutas. Sendo assim, não havendo uma conclusão a respeito das antinomias, é preciso recorrer a uma terceira fonte, qual seja, a Constituição Federal, que fornecerá elementos necessários norteados por princípios e sensatez para a mitigação do conflito.¹⁷⁶

Na visão de Claudia Lima Marques, deveríamos interpretar “o *diálogo das fontes* a favor (e nunca contra) a promoção dos direitos do consumidor”.¹⁷⁷ Visto que, o método do *diálogo das fontes* orienta de forma a buscar uma direção mais justa nas relações, principalmente por tutelar o consumidor, permitindo uma visão lógica e unitária do direito privado em concordância com a Constituição.¹⁷⁸

Outrossim, este método de interpretação “não deve ser utilizado para retirar direitos do consumidor: o diálogo só pode ser usado a favor do sujeito vulnerável, ou se transformará em analogia *in pejus*”. Pois, a interpretação do *diálogo das fontes* no ramo do direito privado é, e deverá sempre ser, à luz da Constituição, que são princípios que deverão ser seguidos, não cabendo a alternativa do aplicador da lei em utilizá-los ou não. Por esse motivo é que o diálogo das fontes só poderá ser utilizado em prol da Constituição, e, conseqüentemente da proteção dos consumidores.¹⁷⁹

Ainda sobre o entendimento de Claudia Lima Marques, cabe salientar:

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

¹⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.642.

¹⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.726.

¹⁷⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.728.

¹⁷⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.728.

menos favorável: é *mono-logo* (monólogo) da lei especial *in pejus*. Diálogo das fontes é sempre a aplicação harmônica e sistemática das leis especiais e gerais a favor dos direitos fundamentais e dos valores mais elevados, sociais e públicos”.¹⁸⁰ (destaques originais)

Diante do exposto, o STJ ao definir mediante recurso repetitivo, a respeito da impossibilidade de purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, deixou de observar o *diálogo das fontes* para resolver tal conflito, como veremos mais adiante neste capítulo. Ademais, é imperioso conferir a possibilidade de purgação da mora nesses contratos consumeristas, diante da Teoria do Adimplemento Substancial, visando à manutenção do contrato, afastando assim, sua extinção por meio da cláusula resolutiva, verificada a seguir.

3.3 A Teoria do Adimplemento Substancial

A teoria do adimplemento substancial repousa no princípio da boa-fé objetiva, tendo como alicerce a função econômico-social do contrato. Essa nova concepção de interpretação dos contratos, restringe a atuação do credor na hipótese de resolução do contrato por inadimplemento do devedor.¹⁸¹

Destarte, a resolução contratual advém do direito do credor diante do inadimplemento de qualquer das parcelas por parte do devedor. No entanto, ao versar sobre a inadimplência do consumidor, o CDC, assim como as mais recentes jurisprudências e doutrinas que tratam do assunto, estão encontrando outras maneiras de decidir essas demandas, adaptando o entendimento no sentido de que uma das partes, no caso o consumidor, é considerado elemento vulnerável dessa relação, e, portanto, deve-se amoldar o direito do credor na resolução do contrato. Porém, isso não significa que o fornecedor fique desamparado nos casos de inadimplência, pois existem outras formas de apenar o consumidor, tais como multas, inscrição no cadastro de inadimplentes e até mesmo cláusula penal.¹⁸²

Todavia, perante as particularidades próprias da maioria dos contratos de consumo de longa duração, tendo como princípio norteador a boa-fé, em que a

¹⁸⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.729.

¹⁸¹ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

¹⁸² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 379-380

relação entre as partes contratantes se dá pela necessidade, ou seja, pela dependência do consumidor ao que foi estipulado no ato de contratar, torna-se imprescindível à proteção do consumidor uma limitação da utilização do direito do credor de resolver o contrato.¹⁸³

Além disso, analisando ainda o adimplemento substancial sob a ótica do princípio da boa-fé objetiva, há um limiar referente aos direitos subjetivos dos contratantes, atentando-se para que seja cumprido de forma correta, não dando margem ao risco de se tornar abusivo e nem ilegal. Com isso, há certos limites ante uma possível exigência abusiva por parte do credor, em casos em que opte por descontinuar o contrato valendo-se da cláusula resolutória.¹⁸⁴

Ademais, em respeito a teoria do adimplemento substancial adotada aqui no Brasil, cabe dizer que a resolução contratual em face do inadimplemento de prestações, não terá validade quando a inadimplência for de valor insignificante ante a totalidade do contrato já cumprido, bem como, o real interesse das partes no contrato. A citada teoria funciona como um limiar ao exercício do direito de resolução contratual, pois o contrato só será resolvido se a obrigação não cumprida for considerada imprescindível aos verdadeiros objetivos acordados, portanto, a resolução do contrato só valerá se a inadimplência afetar sua função econômico-social.¹⁸⁵

Pois bem, a teoria em comento não se reduz somente ao artigo 475 do Código Civil Brasileiro¹⁸⁶, que trata da possibilidade de haver resolução do contrato arguida por qualquer das partes, caberá também, toda e qualquer regra que possibilite a resolução de um contrato, tendo como alicerce a boa-fé objetiva, que deve ser atribuída em qualquer relação dentro de nosso âmbito jurídico. Outrossim, o preceito do adimplemento substancial é empregado na ocorrência de cláusula resolutiva expressa nos contratos, não negando a liberdade das partes em contratar,

¹⁸³ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, Inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.124..

¹⁸⁴ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, Inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.125.

¹⁸⁵ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, Inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.125.

¹⁸⁶ Art. 475 do CC *In verbis*: A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

porém, limita o credor de impor ao devedor a resolução contratual quando houver inadimplência de pequena gravidade.¹⁸⁷

Acresce que, conforme a função econômico-social contratual, que protege o real objetivo do contrato, tendo ainda, tutela de ordem constitucional, deve-se voltar os olhos ao consumidor que, tendo pago quase que a integralidade da dívida pactuada, deixou de efetuar o pagamento de parcela de mera importância. Conclui-se então que, se apesar da inadimplência do devedor, o contrato ainda atender os interesses fidedignos para qual foi convencionado, será possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial.¹⁸⁸

Contudo, para que seja aplicada a teoria em comento, essa avaliação a respeito da importância ou não do inadimplemento deverá ser analisada pelo julgador a cada caso concreto, conforme as particularidades dos acontecimentos da relação jurídica.¹⁸⁹

Nesse contexto, o principal impasse está em distinguir o que pode ser avaliado dentro do adimplemento substancial, implicando em analisar qual prestação da dívida pendente deverá ser adimplida para que se considere como uma prestação substancial apenas.¹⁹⁰

Para tanto, cabe ao julgador avaliar se diante do não pagamento de uma parcela de escasso valor dentro de determinado caso concreto, poderá haver a hipótese do adimplemento substancial ou, oposta a esta linha de pensamento, a resolução contratual em respeito à conveniência da parcela ao credor que deixou de receber devido a inadimplência do devedor, observando sempre a função econômico-social do contrato celebrado entre as partes. Insta ressaltar ainda, que o

¹⁸⁷ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, Inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.125.

¹⁸⁸ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, Inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.125

¹⁸⁹ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, Inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.125-126.

¹⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 383.

ônus probatório que diz respeito a parcela inadimplente ser de mera importância ao credor ou não, incumbirá ao devedor inadimplente¹⁹¹.

Assim sendo, o intuito do adimplemento substancial é a manutenção do contrato, porém, nos casos de inadimplemento absoluto, em que a inadimplência for importante ao ponto de não permitir a concretização satisfatória do cumprimento da obrigação, tampouco não cumprir a sua função econômico-social confiada no momento da celebração contratual, não será possível a conservação do contrato, permitindo a resolução. Todavia, nos casos em que houver inadimplemento de escassa importância, não seria justo a resolução contratual diante da decorrência do prejuízo da perda de toda a contraprestação adimplida pelo devedor, havendo assim, a possibilidade do adimplemento substancial, dando possibilidade, portanto, à manutenção contratual¹⁹².

Nesta senda, conforme já exposto, Bruno Miragem ensina que:

“A aplicação da teoria do adimplemento substancial é especialmente importante em relação aos contratos de consumo. Isto porque, considerando que em contratos de longa duração, nos quais a prestação do consumidor será paga em várias parcelas, às vezes por vários anos, o inadimplemento de uma ou poucas prestações não pode dar ensejo, simplesmente à resolução do contrato. Entendimento que fosse neste sentido violaria flagrantemente os deveres de colaboração, decorrentes da incidência da boa-fé objetiva à relação entre os contratantes. Assim, por exemplo, um contrato de seguro no qual o consumidor segurado deixa de pagar parcela menor do prêmio, ou o plano de saúde pelo qual o consumidor que há anos contrata com aquele fornecedor, deixa de pagar uma ou duas prestações, assim como **o contrato de alienação fiduciária**, entre outros. Não se pode admitir nestas situações o simples exercício do direito de resolução, senão a possibilidade de manutenção do contrato, quando houver interesse legítimo das partes neste sentido, e a cobrança dos efeitos pecuniários decorrentes da inadimplência”.¹⁹³ (grifo nosso).

Por fim, muitos contratos estão sendo interpretados à luz da teoria do adimplemento substancial em conformidade com a jurisprudência atual, inclusive, com aplicação também nos contratos de alienação fiduciária em garantia em que o

¹⁹¹ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, Inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.126.

¹⁹² MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, Inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.126.

¹⁹³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 381-383.

credor opta pela cláusula resolutória e entra com ação de busca e apreensão para a retomada do bem móvel, sendo assim, esta forma de resolução do contrato vem sendo considerada medida abusiva por parte do credor¹⁹⁴.

A teoria do adimplemento substancial, portanto, é uma questão válida para a purgação da mora, diante do pagamento das parcelas vencidas, obstando assim, a resolução do contrato, dando preferência à manutenção do mesmo. Depreende-se com isso, que essa teoria choca com a atual jurisprudência do STJ, que não admite mais a purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária em garantia, como veremos a seguir.

3.4 Análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de purgação da mora pelo devedor.

Após a análise dos principais aspectos jurídicos do instituto da alienação fiduciária, faz-se necessário delinear os caminhos jurisprudenciais adotados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, este estudo busca fazer uma análise crítica do posicionamento desta corte, visto que, o STJ representa a última instância para recorrer de causas que contenham caráter infraconstitucional, ou seja, causas que não estejam conexas diretamente com a Constituição Federal. Ademais, referida corte tem como responsabilidade principal a padronização da interpretação da lei federal em todo o território brasileiro, baseando-se em princípios de ordem constitucional para garantir a defesa do Estado Constitucional de Direito.¹⁹⁵

Neste sentido, recentemente, o STJ ratificou o entendimento acerca da legalidade da cláusula resolutiva e a impossibilidade da purgação da mora nos

¹⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo De Instrumento. Alienação Fiduciária. Ação De Busca E Apreensão. Constituição Em Mora. Inaplicabilidade Da Teoria Do Adimplemento Substancial. Não se pode considerar que tenha havido o adimplemento substancial do contrato enquanto não houver a quitação de 80% do mesmo. Agravo De Instrumento Provido. Agravo de Instrumento Nº70054021480, Décima Quarta Câmara Cível. Agravante: Bv Financeira S.A. Agravado: Ricardo Pires Prestes. Relator: Roberto Sbravati. Porto Alegre, 09/04/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70054021480&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 03 abr 2015.

¹⁹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Início>Conheça o STJ>Atribuições. Brasília, 2015. Disponível em:< http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=293>.

contratos de alienação fiduciária em garantia. Nesse contexto, será analisado o acórdão proferido no julgamento do RESP 1.418. 593 MS. Importante consignar que o acórdão ora analisado foi julgado pelo rito do artigo 543-C DO CPC¹⁹⁶, que trata do julgamento de recursos repetitivos.

Insta salientar que “recurso repetitivo representa um grupo de recursos que possuem teses idênticas, ou seja, têm fundamento em idêntica questão de direito”¹⁹⁷, possuindo o intuito de pacificar o entendimento, criando assim, jurisprudência a respeito do assunto. Tendo em vista a supramencionada decisão, que incorreu a presunção de recurso repetitivo, delineada pelo artigo 543-C, do CPC, inúmeras ações das instâncias inferiores foram suspensas.

Porém, antes de fazer a análise do julgamento supramencionado, é imperioso consignar como o STJ se posicionava nos casos de alienação fiduciária em garantia, antes do entendimento ser pacificado por esta corte.

Até meados de 2003, o STJ possuía o entendimento consolidado, inclusive disposto em sua súmula de nº 284, de que "só pode purgar a mora, nos termos do artigo 3º, § 1º, do Decreto-lei nº. 911, de 1969, o devedor que já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado." ¹⁹⁸

Tal posicionamento era fruto da interpretação realizada entre o Decreto-lei 911/69 e o Código de Defesa do Consumidor que, como se sabe, rechaça veementemente a inclusão de cláusulas abusivas nos contratos em que ocorram a sua incidência.

¹⁹⁶ Art. 543-C, *caput*, *in verbis*: Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

¹⁹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recursos Repetitivos. Brasília, 2015. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1145>.

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial. Civil. Alienação Fiduciária. Purgação Da Mora. Só pode purgar a mora, nos termos do artigo 3º, § 1º, do Decreto-Lei nº 911, de 1969, o devedor que já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado. Embargos de divergência não providos. EREsp 129732 / RJ. Segunda Seção. Embte: Claudio Valansi. Embdo: Banco ABN ANRO S.A. Relator p/acórdão: Min. Ari Pargendler. Brasília, 23 de fev de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=129732&&b=ACOR&p=true&t=JURI DICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 03 de mar de 2015.

À época, a 2ª Seção do STJ fixou entendimento no sentido de somente ser possível a possibilidade de purgação da mora quando comprovado que o devedor já tivesse pago no mínimo 40% do valor do total do contrato. Com efeito, não aplicou a norma prevista no Código de Defesa do Consumidor, pois o Decreto-lei 911/69, por ser norma específica, prevaleceria em detrimento do *Codex Consumerista*.

É de suma relevância ressaltar alguns pontos acerca dos posicionamentos dos Ministros exarados no recurso, qual seja, o ERESP nº 129.732 – RJ, que deu azo ao entendimento supramencionado, ainda mais por se tratar de um julgamento não unânime.

No recurso mencionado, discutia-se se a exigência de pagamento de 40% (quarenta por cento) do valor do contrato, como condição para a purgação da mora, consistia em cláusula abusiva e, por via de consequência, nula de pleno direito quando analisada sobre o prisma do CDC.

O Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar, ao proferir o seu voto, externalizou um posicionamento interessante acerca do instituto. Para ele, a purgação da mora era um ato “socialmente útil, pois por ele se concretiza o contrato: o devedor cumpre com sua prestação e, assim, atende ao que dele se esperava; o credor vê satisfeita a sua pretensão assim como programada, e, para ele, nada melhor do que isso”.

Ruy Rosado consignou ainda que:

“[...] o art. 53 do CDC considera nulas as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em contrato de alienação fiduciária. No caso de persistir a mora, cuja purgação o art. 3º, par. 2º, do DL 911/69 proíbe, o bem alienado será vendido no mercado inexistindo previsão no art. 3º sobre a devolução das prestações pagas. Isso significa dizer que o devedor, impedido de purgar apenas porque ainda não pagou 40% do preço financiado, corre o risco de não receber as prestações pagas embora resolvido o negócio. [...] Por isso com respeitosa vênua, tenho que os acórdãos estão em confronto e, pelo meu voto, prevalece o julgado paradigma, que tem a seguinte ementa: A exigência imposta pelo par. 1º do art. 3º do DL 911/69 (pagamento no mínimo de 40% do preço financiado) está

afastada pelas disposições contidas nos arts. 6º, VI e 53, caput, do CDC (Lei 8078/90)”.¹⁹⁹

Nota-se, portanto, que o voto proferido por Ruy Rosado de Aguiar encontrava-se em sintonia com o princípio Constitucional de proteção ao consumidor, bem como, havia feito a correta aplicação do *diálogo das fontes*.

Contudo, o julgamento foi suspenso por força de um pedido de vista do Ministro Ari Pargendler. Ao proferir o voto vencedor, contrário à tese levantada pelo Relator, o Magistrado entendeu que:

“[...] A argumentação é brilhante, e tem como reforço sua nobilitante motivação, mas o que, no caso, parece aceitável, pode se revelar inconveniente para o sistema, sendo imprevisíveis os efeitos de reconhecer revogada uma norma especial à base de um preceito genérico, sem delimitação de assunto; diferentemente seria, se tratasse de uma norma geral a respeito da mesma matéria (Lei de Introdução do Código Civil, art. 2º, §1º)”.²⁰⁰

Para ele, a objeção delineada no recurso “não procede, à evidência, na medida em que o aludido artigo 53 se refere a cláusulas, e aqui se trata de norma legal – que, de resto, não dispõe sobre o destino das prestações pagas”.

O entendimento de Ari Pargendler restou, portanto, como voto vencedor. Contudo, tal posicionamento não se coaduna com interpretação axiológica do dispositivo. E isso porque o artigo 53 do CDC prevê categoricamente que:

“Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como alienação fiduciária em garantia, **considera-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”. (grifo nosso)²⁰¹

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial. Civil. Alienação Fiduciária. Purgação Da Mora. Só pode purgar a mora, nos termos do artigo 3º, § 1º, do Decreto-Lei nº 911, de 1969, o devedor que já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado. Embargos de divergência não providos. EREsp 129732 / RJ. Segunda Seção. Embte: Claudio Valansi. Embdo: Banco ABN ANRO S.A. Relator p/acórdão: Min. Ari Pargendler. Brasília, 23 de fev de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=129732&&b=ACOR&p=true&t=JURI DICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 03 de mar de 2015.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ Ibidem.

Nota-se que, diferentemente do defendido por Ari Pagendler, o dispositivo trata especificamente das prestações pagas pelo consumidor.

Pois bem, com o advento da Lei 10.931/2004 passou-se a não mais admitir a possibilidade de purgação da mora por parte do fiduciante. E isso se deu porque o referido conjunto normativo alterou o teor do art. 3º, §1º do Decreto-lei 911/69.

Nesse contexto, a Súmula 284 do STJ é prévia à Lei 10.931/04, guiando no sentido de que nos contratos de alienação fiduciária em garantia, há possibilidade de purgar a mora somente quando pago no mínimo 40% (quarenta por cento) da dívida financiada. Então, com o advento da Lei 10.931/04, não há mais que se falar em purgação da mora na ação de busca e apreensão nos contratos de alienação fiduciária em garantia, não sendo possível, portanto, apenas o pagamento do valor das parcelas em atraso, mas sim, a dívida em sua totalidade incluindo também as prestações que ainda estão por vencer. Cumpre salientar aqui, que a não purgação da mora somente é válida para os contratos posteriores à Lei 10.931/04.

Em 2014, com base nessa alteração legislativa, o Superior Tribunal de Justiça, reformulou o seu entendimento fixando a tese, inclusive para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil, de “impossibilidade de purgação da mora em contratos de alienação fiduciária em garantia firmados após a vigência da Lei 10.931/2004”.²⁰²

Deste modo, ao julgar com base no recurso repetitivo, restou consignada a tese no RESP 1.418.593/MS de que:

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Alienação Fiduciária Em Garantia. Recurso Especial Representativo De Controvérsia. Art. 543-C Do Cpc. Ação De Busca E Apreensão. Decreto-Lei N. 911/1969. Alteração Introduzida Pela Lei N.10.931/2004. Purgação Da Mora. Impossibilidade. Necessidade De Pagamento Da Integralidade Da Dívida No Prazo De 5 Dias Após A Execução Da Liminar. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "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". 2. Recurso especial provido. REsp 1418593/ MS. Segunda Seção. Recorrente: Banco Bradesco Financiamentos S/A. Recorrido: Gerson Fernandes Rodrigues. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 14 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1418593&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em 03 nov 2015.

“Nos contratos firmados na vigência da Lei nº 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”.²⁰³ (grifo nosso)

No julgado em testilha, analisou-se a questão controvertida consistente em saber se, com o advento da Lei n. 10.931/2004, que alterou o art. 3º, § 2º, do Decreto-lei n. 911/1969, nas ações de busca e apreensão de bem móvel alienado fiduciariamente, é possível a purgação da mora pelo pagamento somente das parcelas vencidas, ou se o dispositivo exige o pagamento da integralidade da dívida, isto é, o montante apresentado pelo credor na inicial.

Na visão do Ministro Relator Luis Felipe Salomão ao analisar a situação em comento, asseverou que:

“O texto atual do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 é de clareza solar no tocante à necessidade de quitação de todo o débito, inclusive as prestações vincendas. Realizando o cotejo entre a redação originária e a atual, fica límpido que a Lei não faculta mais ao devedor a purgação de mora, expressão inclusive suprimida das disposições atuais, não se extraindo do texto legal a interpretação de que é possível o pagamento apenas da dívida vencida. Dessarte, a redação vigente do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, segundo entendo, não apenas estabelece que o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, como dispõe que, nessa hipótese, o bem será restituído livre do ônus - não havendo, pois, margem à dúvida acerca de se tratar de pagamento de toda a dívida, isto é, de extinção da obrigação, relativa à relação jurídica de direito material (contratual)”.²⁰⁴

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Alienação Fiduciária Em Garantia. Recurso Especial Representativo De Controvérsia. Art. 543-C Do Cpc. Ação De Busca E Apreensão. Decreto-Lei N. 911/1969. Alteração Introduzida Pela Lei N.10.931/2004. Purgação Da Mora. Impossibilidade. Necessidade De Pagamento Da Integralidade Da Dívida No Prazo De 5 Dias Após A Execução Da Liminar. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "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". 2. Recurso especial provido. REsp 1418593 / MS. Segunda Seção. Recorrente: Banco Bradesco Financiamentos S/A. Recorrido: Gerson Fernandes Rodrigues. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 14 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1418593&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em 03 nov 2015.

²⁰⁴ Ibidem.

Sendo assim, interpretando os parágrafos 1º e 2º do artigo 3º do Decreto lei 911/69, após as alterações dadas pela Lei 10.931/2004, a Segunda Seção do STJ, em sede de recurso repetitivo, deliberou que o fiduciante, ora devedor, não poderá purgar a mora pelo simples pagamento das prestações vencidas, conforme dispõe o inciso I do artigo 401 do Código Civil²⁰⁵. Pois, tratando-se de alienação fiduciária em garantia, somente será revertida a ação de busca e apreensão, caso seja pago por parte do devedor, as parcelas vencidas e vincendas, ou seja, a dívida em sua totalidade a fim de obter o bem livre de ônus, tal como dispõe o já mencionado artigo 3º, §2º do Decreto-lei 911/69.

Acontece que, conforme disposto anteriormente no subcapítulo 2.4.4, um dos princípios norteadores da ordem econômica nacional é a defesa do consumidor (art. 170, V da CF). Neste sentido, forçoso colacionar o teor do disposto no artigo 51, IV²⁰⁶ e 54, §2º²⁰⁷, ambos do CDC, com escopo de demonstrar a desventura do STJ ao ratificar tal tese.

Explica-se. Na linha do entendimento do Supremo Tribunal Federal o princípio da defesa do consumidor se aplica a toda atividade econômica. Ou seja, para as atividades econômicas em que envolvam de um lado o consumidor (art. 2º do CDC) e doutro lado o fornecedor (art. 3º do CDC) incide o *Codex Consumerista*.

Impende salientar, ainda, que este microssistema normativo prevalece, inclusive, sobre normas especiais que porventura regulamente a matéria. Confira-se:

“O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia **quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos**

²⁰⁵ Art. 401 do Código Civil *in verbis*: Purga-se a mora: I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

²⁰⁶ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

²⁰⁷ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. [...] § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressaltando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor”.²⁰⁸
(grifo nosso)

Aliás, não reverbera nenhuma dúvida que estão sujeitas a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Confira-se o seguinte julgado o Pretório Excelso:

“Embargos opostos pelo Procurador-Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da ADI 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: Art. 3º, § 2º, do CDC. Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, da CB/1988. Art. 170, V, da CB/1988. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. **As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. ‘Consumidor’, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.** Ação direta julgada improcedente”. (grifo nosso)

Contudo, e mais uma vez, não há como deixar de aplicar o Código de Defesa do Consumidor, que possui *status* constitucional, em benefício da norma infraconstitucional que alterou a redação do artigo 3º, §1º do Decreto-lei 911/69. Além do mais, e ao contrário do afirmado pelo Ministro Relator, a nova redação do supracitado artigo não faz nenhuma menção às parcelas vincendas. Em verdade, a nova redação determina que “o devedor fiduciante poderá pagar a **integralidade da dívida pendente**, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus” (grifo nosso).

É dizer, dívida pendente não pode ser confundida com dívida vincenda, pois trata-se de fatos jurídicos completamente diversos. Com efeito, o princípio constitucional da defesa do consumidor que já era totalmente ignorado antes do advento da Lei 10.931/2004, continuou a ser sonogado do nosso ordenamento jurídico.

Note-se, portanto, que as instituições financeiras estão alcançadas pela norma consumerista, sem distinção. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça ratificou o entendimento de que o contrato de alienação fiduciária, ou seja, um típico

²⁰⁸ RE 351.750, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 17-3-2009, Primeira Turma, DJE de 25-9-2009.

contrato de adesão pode conter uma cláusula resolutiva, ainda que velada, que oportuniza ao credor a antecipação total do débito ante a inadimplência do consumidor, bastando, para tanto, ingressar com a ação de busca e apreensão e cumprir uma liminar que possui um único requisito para ser concedida, a saber: comprovação de que o credor notificou o consumidor.

O que se depreende é que o princípio constitucional da defesa do consumidor é totalmente afastado quando se trata de interesses ligados às instituições financeiras que, em que pese estarem vinculadas às normas trazidas no Código de Defesa do Consumidor, não precisam observar o disposto no art. 51, IV, 53 e 54, §2º todos do CDC.

Em verdade, a vontade externalizada pelo legislador por meio do Código Consumerista era de dar eficácia à defesa do consumidor que, vale lembrar, possui *status* Constitucional.

Bem por isso, nota-se da análise dos julgados do STJ que prevalece o interesse das instituições bancárias em detrimento deste importante sistema de proteção e defesa do consumidor. Ademais, verifica-se, ainda, um total descompasso entre os julgados do STJ e o *Diálogo das Fontes*, que deveria ser feito entre o CDC e o Decreto-lei 911/69, pois, prevê uma comunicação entre os conjuntos normativos incidentes sobre uma mesma questão fática. O que se nota, na verdade, é uma anulação total do Código de Defesa do Consumidor em benefício das normas que privilegiam as Instituições Financeiras.

CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo do trabalho a espécie de negócio jurídico denominada alienação fiduciária em garantia surgiu no Brasil com o escopo de fomentar a expansão do crédito aos consumidores.

Nota-se que a introdução do instituto da alienação fiduciária no Brasil, por meio da Lei do Mercado de Capitais nº 4.728, de 14 de julho de 1965, especificamente em seu artigo 66, visou, inicialmente, fomentar o mercado industrial pelo meio do chamado “crédito direto ao consumidor”. Contudo, à época da internalização do instituto, sua utilização era restrita somente às instituições financeiras cadastradas no Banco Central que foi, com o passar dos anos, estendidas à pessoas físicas (consumidores).

Mais a frente, o uso desenfreado do instituto que visava o fomento do mercado acabou, conseqüentemente, dando origem ao surgimento de diversos debates jurídicos acerca do tema, dando margem a diversas dúvidas.

E isso porque ainda que a alienação fiduciária em garantia trouxesse segurança às instituições financeiras (credoras), estas não dispunham de meios processuais que lhes fossem céleres para recuperar a posse direta do bem caso o devedor inadimplente não entregasse, por vontade própria, o bem alienado fiduciariamente. Levantando, portanto, a necessidade de elaboração de uma regulamentação própria.

Foi analisada, igualmente, a natureza jurídica desta modalidade negocial de direito obrigacional do devedor, pertinente à liquidação do débito relativo ao contrato de financiamento realizado. Percebeu-se, ainda, a presença do elemento de direito real, consolidado na alienação da coisa, que é transferida ao financiador, como forma de proteção ao pagamento integral da dívida.

Demonstrou-se que a alienação fiduciária é título aquisitivo de propriedade que tem um caráter dúplice de resolubilidade e transitoriedade, no qual o próprio bem financiado é dado como garantia do negócio.

Mais adiante, foram estudadas as consequências da mora do devedor e das medidas judiciais que o credor, pode se valer, para ver satisfeito o seu crédito. Restou comprovado que a ação de busca e apreensão, prevista no art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, é extremamente vantajosa para o credor o que, por si só, configura violação à equidade buscada pelo CDC.

Bem por isso, foi demonstrada a necessidade do Estado intervir nas relações consumeristas a fim de reequilibrar as relações entre consumidores e fornecedores, por meio de imposição de normas para garantir a igualdade entre os contratantes.

Concluiu-se que a alienação fiduciária em garantia é notadamente um contrato de adesão e que, por isso, o CDC só autoriza a inclusão de cláusulas resolutórias, na modalidade alternativa, ou seja, nos termos do §2º do art. 54 do CDC.

Restou demonstrada, ainda, as implicações do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor em contratos bancários, notoriamente conhecidos por não respeitarem os direitos do consumidor. E isso se dá, porque o princípio da vulnerabilidade do consumidor norteia a interpretação das leis consumeristas, sendo o mais importante dos princípios.

No ápice do estudo, demonstrou-se que o Decreto-lei 911/69 está em total dissonância com o ordenamento jurídico vigente no país, o que pode ser comprovado com a teoria do *Diálogo das Fontes*.

Na visão de Claudia Lima Marques, deveríamos interpretar o *diálogo das fontes* sempre a favor do consumidor. Visto que, o método do *diálogo das fontes* orienta de forma a buscar uma direção mais justa nas relações, principalmente por tutelar o consumidor, permitindo uma visão lógica e unitária do direito privado em concordância com a Constituição.

Realizou-se, ainda, uma análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, até meados de 2003, possuía o entendimento de que apenas poderia purgar a mora, nos termos do artigo 3º, § 1º, do Decreto-lei n. 911,

de 1969, ou seja, quando o devedor já tivesse pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado

Contudo, em julgado recente, o STJ ratificou o entendimento diverso acerca da legalidade da cláusula resolutiva e a impossibilidade da purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária em garantia, nesse contexto, analisou-se o acórdão proferido no julgamento do RESP 1.418. 593 MS que foi julgado pelo rito do 543-C DO CPC, que trata do julgamento de recursos repetitivos, pacificando o entendimento sobre o tema.

Deste modo, chegou-se à conclusão de que, em que pese tratar-se de uma relação negocial eminentemente consumerista, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é totalmente mitigada com o nítido escopo de privilegiar o interesse meramente econômico das instituições bancárias configurando-se um total desvirtuamento a ordem econômica brasileira, que possui, como parâmetro norteador, a proteção ao consumidor.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no Novo Código Civil. In PASINI, Nelson, LAMERA, Antonio Valdir Úbeda, TALAVERA, Glauber Moreno (Coord.). *Simpósio sobre o Novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2003.

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

BRASIL. *Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro 1969*. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 18 de abr. de 2014.

BRASIL. *Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965*. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Brasília, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm>. Acesso em: 19 de mar. De 2015

BRASIL. *Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004*. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm> . Acesso em: 18 de abr de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial. Civil. Alienação Fiduciária. Purgação Da Mora. Só pode purgar a mora, nos termos do artigo 3º, § 1º, do Decreto-Lei nº 911, de 1969, o devedor que já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado. Embargos de divergência não providos. EREsp 129732 / RJ. Segunda Seção. Embte: Claudio Valansi. Embdo: Banco ABN ANRO S.A. Relator p/acórdão: Min. Ari Pargendler. Brasília, 23 de fev de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=129732&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 03 de mar de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Alienação Fiduciária Em Garantia. Recurso Especial Representativo De Controvérsia. Art. 543-C Do Cpc. Ação De Busca E Apreensão. Decreto-Lei N. 911/1969. Alteração Introduzida Pela Lei N.10.931/2004. Purgação Da Mora. Impossibilidade. Necessidade De Pagamento Da Integralidade Da Dívida No Prazo De 5 Dias Após A Execução Da Liminar. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "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". 2. Recurso especial provido.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 2. ed. rev., atual, e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

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

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003.

OPTIZ, Oswaldo; OPTIZ, Silvia C. B. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Porto Alegre: Síntese Ltda, 4. ed.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Início>Conheça o STJ>Atribuições. Brasília, 2015. Disponível em:<
http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=293>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recursos Repetitivos. Brasília, 2015. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1145>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 4. ed. rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014..

VELOSO, Sílvia Mechelany. Análise econômica da função social dos contratos: art. 421 do Código Civil. *Revista de Direito Privado*, v.54, p.99 abr./jun. 2013.