PARECERES

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA — CÓDIGO DO CONSUMIDOR — LEILÃO

— O art. 27 da lei n. 9.514/97 é compatível com o art. 53 do Código de Proteção ao Consumidor.

PARECER

I

A consulta em como ponto essencial o exame da compatibilidade do art. 27 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 com o disposto no art. 53 do Código de Proteção ao Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de novembro de 1990).

Em estudo de excelente feitura, MELHIM NAMEN CHALHUB concluiu pela validade do primeiro dos preceitos citados em confronto com a segunda disposição.

II

A norma do art. 53 do Código de Proteção ao Consumidor prevê a nulidade de pleno direito de cláusula nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, que estabeleça a perda total nas prestações pagas na hipótese em que, inadimplente o devedor, venha o credor a exercer o direito de retomada do produto alienado e a resolução do contrato.

A vedação de que sejam retidas as prestações pagas pelo devedor ao mesmo tempo em que se restaura o pleno domínio do vendedor sobre o bem ou produto, tem o sentido de ilidir o enriquecimento indevido do credor.

É uniforme, neste sentido, a observação dos comentadores do Código de que é modelo o entendimento de ALBERTO DO AMARAL

JÚNIOR: “Em tais casos a perda total das prestações pagas representaria grande desequilíbrio na alocação dos riscos em matéria contratual. Para o fornecedor, a retomada do produto significa o correspondente necessário do uso do bem pelo consumidor. A perda das prestações pagas seria, assim, um indiscutível meio de abuso, capaz de ensejar o enriquecimento ilícito do fornecedor” (Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. Editora Saraiva 1991 p. 203; do mesmo autor — Proteção do consumidor no contrato de compra e venda, Editora Revista dos Tribunais 1993 — p. 267).

De qualquer modo, a restituição das prestações pagas não deverá ser total na medida em que será válido abater as perdas e danos sofridas pelo credor, inclusive o decorrente lucro cessante (Sonia Maria Vieira de Mello — O vínculo do consumidor na era da globalização: A descoberta da cidadania. Editora Renovar — 1998 — p. 108/109).

No mesmo sentido, a ponderação de TUPI-NAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO, Desembargador do Tribunal da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“A simples devolução das prestações deixa o credor vendedor em prejuízo pelo desgaste da coisa e pelo que deixou de fluir. A não ser que pense em dar uma solução ofensiva ao princípio do não — locupletamento sem causa, a quantia a ser devolvida deve ser deduzida dos prejuízos que o credor teve e dos resultantes benefícios que o devedor obteve antes

da retomada. Com esta interpretação, há equidade” (Comentários ao Código do Consumidor — Aide Editora 3ª Edição — 1991 — p. 70/71).

III

Com o advento da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, o Sistema de Financiamento Imobiliário adquire nova formulação, dedicando-se capítulo especial à alienação fiduciária de coisa imóvel.

A inadimplência total ou parcial da dívida, constitui em mora o fiduciante e consolida a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

A este se impõe, porém, o dever de alienação do imóvel mediante leilão público. Se, no primeiro leilão, o maior lance for inferior ao valor do imóvel, faz-se-á novo leilão tomando-se como paradigma o valor da dívida acrescido de despesas vinculadas.

A finalidade do leilão é a de cobrir o débito residual do fiduciante, ao qual deverá ser entregue o que sobejar ao crédito geral do fiduciário.

E se o valor do segundo leilão não for suficiente para a quitação plena do saldo da dívida, dar-se-á esta por extinta, em detrimento do credor.

Daí resulta por óbvia consequência, que o esquema da nova lei especial, posterior ao Código de Proteção ao Consumidor, é incompatível com a restituição das prestações pagas pelo devedor.

Primeiramente, porque o fiduciário, pela obrigação de leiloar o imóvel, dele não conserva a propriedade.

Em segundo lugar, porque ao devedor fica assegurada a percepção do que excedeu ao valor da dívida e, mais ainda, o benefício do perdão da parte remanescente que não for coberta pelo lance vencedor.

O fiduciário não somente deixa de acumular a propriedade do imóvel com a realização do preço pela via do leilão.

Mais ainda, a ele é imputado o risco de não se alcançar, no leilão, a integralidade do valor da dívida, na medida em que esta fica extinta,

em favor do fiduciante, se o resultado for insuficiente à liquidação da dívida residual.

Não há como cogitar-se, no caso, de enriquecimento ilícito ou indevido desde que não mais coincidem (como previsto no preceito do Código) a acumulação entre os dois valores: a manutenção da propriedade e a retenção das parcelas pagas.

IV

A compatibilidade entre as duas normas postas em confronto, atende, ainda, a outro princípio elementar de eficácia entre leis sucessivas.

A lei posterior, como regra legal, prevalece sobre a norma anterior no tempo.

Ademais, também é elementar o princípio de que a lei especial é compatível com a lei geral, no sentido de que se caracteriza como regra específica que excepcionaliza, em seus termos, a incidência do anterior comando que tem como diretriz uma situação geral.

V

Por ambos estes fundamentos entendemos que o art. 27 e seus parágrafos da Lei nº 9514, de 1997 é válido e não conflita com a regra do art. 53 do Código de Proteção ao Consumidor.

Como preceito posterior no tempo, a primeira disposição regula situação jurídica especial, distinta em seus fundamentos e seus efeitos, da vedação prevista no segundo dos indicados preceitos.

Não há no primeiro deles, o pressuposto da acumulação de vantagens, que caracteriza o enriquecimento ilícito que serve de lastro à última norma legal citada.

VI

Com apoio nas considerações acima formuladas, passamos a responder aos quesitos constantes da consulta.

PRIMEIRO — O art. 53 da Lei nº 8.078/90

é aplicável aos contratos de alienação fiduciária de imóvel?

RESPOSTA: A regra de devolução de prestações pagas no curso de alienação fiduciária não é aplicável aos contratos regidos pela Lei nº 9.514/97, tanto por se tratar de lei especial como pela substância peculiar à relação jurídica constituída em tal modalidade de contrato, como acentuado no corpo do parecer.

Inexistindo a retenção do domínio do imóvel, por parte do credor fiduciário, ao qual se impõe a obrigação de levar o bem a leilão público, não se constitui a hipótese de enriquecimento indevido que é matriz da fórmula adotada no art. 53 da Lei nº 8.078/90.

Ademais, o procedimento acolhido no art. 27 da Lei nº 9.514/97 favorece duplamente o devedor: atribui-lhe o recebimento do excedente ao valor da dívida e, de outra parte, perdoa o saldo devedor se o lance do leilão for insuficiente para supri-lo.

Ausente o pressuposto que inspira o art. 53 do Código de Proteção ao Consumidor não cabe sua incidência sobre a distinta situação cogitada na consulta.

SEGUNDO: Não havendo no contrato de alienação fiduciária cláusula que estabeleça a perda total das prestações pagas em benefício do credor, havendo inadimplência do devedor, mesmo assim o credor é obrigado a devolver as prestações recebidas?

RESPOSTA: Mesmo se for omissa o contrato quanto à não devolução das prestações pagas, a própria substância da relação jurídica específica afasta tal efeito.

Admitir este benefício em favor do fiduciante levaria ao seu favorecimento indevido posto que, como demonstrado, a lei especial já lhe outorga vantagens especiais.

TERCEIRO: O leilão extrajudicial previsto na Lei nº 9.517/97 é um ajuste de contas para que se verifique o quanto o devedor inadimplente receberá, se for o caso, com a realização do referido leilão?

RESPOSTA: A obrigatoriedade do leilão extrajudicial tem como finalidade precípua a liquidação da dívida remanescente, como garantia do credor.

Todavia, o fiduciante é favorecido com o direito a haver a parte do preço que exceder ao saldo da dívida.

É como se ao devedor coubesse vender o bem alienado fiduciariamente para saldar a dívida restante, embolando o sobre preço.

QUARTO: Não havendo licitante no segundo leilão, ou se o lance ofertado for inferior à dívida e encargos, poderá o devedor requerer devolução de prestações pagas?

RESPOSTA: A hipótese prevista no quesito não inova a situação do devedor a não ser para beneficiá-lo com a liberação de responsabilidade pelo saldo da dívida não quitado pelo resultado do leilão. O ônus, no caso, recai sobre o credor.

QUINTO: Na compra e venda com alienação fiduciária, o imóvel alienado é adquirido pelo devedor de terceiro, estranho ao credor. Nestas hipóteses, poderá também este ser instado a devolver a parte que recebeu diretamente do devedor, caso este último se torne inadimplente? Se positiva a resposta, em que condições?

RESPOSTA: A circunstância de que o imóvel objeto da alienação fiduciária seja de propriedade do credor ou de terceiro, é indiferente para o procedimento estabelecido no art. 27 da Lei nº 9.514/97.

Em qualquer caso, o bem objeto da alienação fiduciária fica obrigatoriamente sujeito a leilão público a importar em transferência de domínio.

O terceiro, anterior titular do domínio, terá sido ressarcido do valor do bem no contrato de compra e venda custeado com o crédito originalmente auferido pelo fiduciante.

É oportuno lembrar, ademais, que a inoperância do leilão para cobrir o resíduo da dívida reverterá em benefício do fiduciante e em detrimento do credor, diante da extinção da obrigação remanescente do devedor.

SEXTO: Na forma da Lei nº 9.514/97 é possível sustentar que o imóvel alienado fiduciariamente é o único bem do devedor que de fato garante a dívida, seja o valor do imóvel superior ou inferior ao valor da dívida?

RESPOSTA: A garantia legal do credor fiduciário incide sobre o imóvel do contrato, do qual tem a posse indireta inicial, consolidando-se a propriedade, em caso de mora do fiduciante, com a conseqüente obrigação de

promover público leilão para a alienação do bem (arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97).

Não assiste ao credor outra garantia incidente sobre o patrimônio do devedor, mormente pela previsão legal de que a insuficiência do leilão para a quitação do saldo da o-

brigação de pagar importa, *de lege*, em anistia do fiduciante.

Este é nosso parecer sobre a matéria da consulta.

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 1999

Caio Tácito