

# **A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E A APLICABILIDADE DE SEUS DISPOSITIVOS NO MUNDO JURÍDICO ATUAL.\***

## **INTRODUÇÃO:**

Envolto pela visão “utópica” de que o Brasil era o país do futuro, nossos administradores incentivaram o progresso, ora com promessas inatingíveis, ora com estabelecimento de crédito direto ao consumidor, visando fomentar a economia na intenção de enriquecer o país. Se a intenção foi boa e era esta ninguém sabe, apenas sabemos que não deu certo, ou que apenas poucos se enriqueceram, via de regra, os credores financiadores.

Com o acesso ao crédito, reclamou-se a necessidade de se garantir o adimplemento dos empréstimos concedidos, cuidando, assim, do interesse do credor, o que equivaleria estabelecer um equilíbrio nas relações creditícias de modo que a facilidade ao crédito não redundasse numa bancarrota generalizada. Nosso legislador, a partir deste fato, sem abordar os fatores históricos, erigiu no ordenamento jurídico vigente a denominada ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA, cuja regra não estabeleceu equilíbrio algum na relação creditícia, apenas cuidou do interesse do credor ao qual sujeitou-se o devedor, prescrevendo conseqüências jurídicas desastrosas, nitidamente, em prol da parte mais forte na relação de consumo.

Grosso modo, é a alienação fiduciária a transferência ficta do domínio de um bem registrável em órgão público controlador, ou registro de títulos e documentos, que o tomador de empréstimo faz ao mutuante ou financiador, vinculado-a ao contrato de financiamento, cujo registro impede aperfeiçoar-se a venda do bem a terceiro, assegurando o crédito com a autoridade do credor de perseguir-lo e reavê-lo das mãos de quem quer que esteja, em caso de inadimplemento.

Disse isto porque na prática não se contentou apenas com a inscrição do contrato no registro de títulos e documentos, em face da facilidade da transferência de outros bens pelo devedor a terceiros (v.g. TV, VÍDEO, MÁQUINAS INDUSTRIAIS, etc), não obstante a inscrição do contrato naquele órgão público.

Isto ocorria, independentemente do valor do saldo devedor do contrato, resultando em que o tomador do financiamento, em caso de mora, ficaria sem o bem e ainda assim, responderia por outros bens que integrassem seu patrimônio para saldar o denominado “saldo devedor”<sup>5</sup>,  
22 e 23

Mesmo podendo recair sobre qualquer bem móvel, em verdade, o instituto veio a incidir comumente sobre veículos automotores, talvez pela obrigatoriedade de seu registro junto ao DETRAN competente, fato que impede a transferência do bem pelo devedor a terceiro

sem anuência do credor, o que se mostra impossível no caso de produtos eletroeletrônicos e máquinas industriais.

Durante toda vigência da Lei que disciplina a matéria até o início da década de 90, quando entrou em vigor as disposições do Código de Defesa do Consumidor, o tomador de empréstimo garantido através de contrato de alienação fiduciária em garantia encontrava-se à mercê do autoritarismo do credor, principalmente porque os tribunais somente admitiam (predominância) a tese de que tal contrato somente poderia ser celebrado com instituições financeiras que integram o sistema financeiro nacional, as quais, por seu turno, sempre invocaram as disposições da Lei 4.565/64, para aplicarem a seu talante taxas de juros “flutuantes”.

Em síntese, o tomador de um empréstimo no valor de R\$ 5.000,00 para compra de um veículo (alienado fiduciariamente), no final do contrato já estaria pagando parcelas cujo montante equivaleria a três vezes ou mais o valor inicial. Uma vez inadimplido o contrato, o credor não só lançava mão da busca e apreensão, como também da execução para recebimento do famigerado “saldo devedor”, o qual raramente poderia ser aferido, nem mesmo através da aplicação das taxas apresentadas.

Percebe-se, portanto, que por longo tempo permaneceu uma distorção entre a finalidade da alienação fiduciária em garantia e sua aplicação prática, não estabelecendo o equilíbrio entre a concessão do crédito e o seu adimplemento.

Hodiernamente, nossos tribunais têm admitido a existência do contrato de alienação fiduciária em garantia mesmo sem o referido registro obrigatório; têm admitido também a inadmissibilidade de busca e apreensão antes da discussão no processo; e por fim, têm admitido a devolução de parcelas quitadas pelo devedor, como forma de equilibrar a relação jurídica do crédito e tolher aquelas distorções.

## DAS DEFINIÇÕES:

Antes de adentrarmos na interação da disciplina jurídico-prática da alienação fiduciária em garantia com o ordenamento jurídico vigente, impõe-se trazer à colação algumas definições, as quais facilitarão o reconhecimento, pelo intérprete, das intenções postas neste trabalho. Acreditamos que seja assim necessário, porque não raro vimos muitas vezes o credor ser chamado de alienante.

**ALIENANTE:** *“pessoa que vende, cede ou transfere bem ou direito de sua propriedade para o domínio de outrem”<sup>1</sup>. Ou ainda: “Na terminologia jurídica é usado,*

*preferencialmente a alienador, para designar aquele que transfere o domínio, que aliena, que cede”<sup>2</sup>.*

Logo, alienante, *in casu*, somente afigura-se o devedor e não o credor.

**ALIENATÁRIO:** *“aquele a quem é transferido o domínio; aquele em cujo patrimônio se integra o bem ou direito alienado”<sup>2</sup>. Ou, “pessoa a quem se transfere o domínio da coisa ou o gozo de uso do direito. Na venda, é o adquirente; na doação é donatário”<sup>1</sup>.*

Logo, o credor somente pode ser alienatário e não alienante.

**FIDUCIENTE:** *“é quem aliena em garantia e tem a posição, na relação obrigacional, de devedor”<sup>3</sup>. E ainda: “aquele que transmite o bem fiduciário ao credor para final restituição, ao cabo de cumpridas todas as obrigações contratuais”<sup>4</sup>.*

Logo, deve-se preferir devedor/fiduciante a devedor/fiduciário, pois,

**FIDUCIÁRIO:** *“é quem adquire a propriedade da coisa e é credor do fiduciante”<sup>3</sup>. “É o destinatário da confiança do fiduciante, que lhe transmite a titularidade de um direito, seja para obter um favor de administração ou guarda de bens, seja para garantir o pagamento de um débito, tendo aquele, cumprida a finalidade do pactuado, obrigação de restituir esse bem que lhe foi cedido em confiança”<sup>4</sup>.*

Portanto, o credor somente pode ser tido como fiduciário, jamais como fiduciante e vice-versa.

## DA ALIEANÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA:

Prescreve a Lei 4.728/65, que trata do mercado de capitais:

*“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.*

*§ 1º – A alienação fiduciária somente se prova por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiro, e conterà, além de outros dados, os seguintes: (... omissis).*

*§ 4º – No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário fiduciário pode vender a coisa a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver.*

*§ 5º – Se o preço da venda da coisa não bastar para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas na forma do parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado.*

*§ 7º – Aplica-se á alienação fiduciária em garantia o disposto nos arts. 758, 762, 763 e 802 do Cód. Civil, no que couber”.*

Tem-se, pois, que a alienação fiduciária é contrato de garantia de uma obrigação principal – mútuo –, através do qual o credor tem assegurado o adimplemento da obrigação do devedor, por meio de um direito real. Pode-se recair sobre bens que já integram o patrimônio do devedor, pois, sendo alienante o devedor, que assume também a condição de fiduciante, só pode, via de regra, alienar apenas o que possui ou venha possuir; nada obsta, dessarte, que possa a alienação fiduciária recair sobre bens já pertencentes ao mesmo; a propósito ver redação do art. 66, § 2º, da Lei 4.728/65.

O enunciado normativo demonstra-nos a possibilidade de ser objeto do contrato de alienação fiduciária em garantia bens já pertencentes ao devedor, como, aliás, têm decidido nossos Tribunais.

Em razão da admissibilidade de sua utilização somente pelas instituições que integram o sistema financeiro nacional,<sup>5,6 e 8,</sup> em verdade, posicionamos diante de um **contrato de adesão**, através do qual o devedor se sujeita aos interesses do credor, não se lhe concebendo discutir qualquer cláusula contratual, menos ainda cláusula essencial do contrato, sem o que financiamento não haverá.

Apesar de terem dado, tanto a doutrina quanto à jurisprudência, independência ao contrato de alienação fiduciária, o fato é que ele se **erige como garantia de um outro contrato e, portanto, mesmo que autônomo em sua essência, torna-se acessório do contrato principal**, comumente conhecido como “*Contrato de Consórcio, Contrato de Financiamento para Aquisição de Bens Duráveis e Contrato de Crédito*

*Direto ao Consumidor – CDC”, em razão do vínculo formado pela causa geradora.*

De modo que, a execução do contrato de ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA, por si só, depende da verificação da origem do mesmo, se autônomo e independente, ou como vem descrito: “alienação fiduciária em garantia”; posto que, **as implicações fáticas e jurídicas do principal atingirão o acessório, modificando-o, ou extinguindo-o.**

As definições citadas dão-nos uma luz quanto a acessoriedade do contrato em espécie a um outro contrato, pois, se ao final, cumpridas as obrigações, **o credor deverá restituir o bem ao devedor**, denota-se tratar de um **contrato acessório, ainda que com atributo da autonomia**. Possui características próprias dos contratos, autonomia e independência, porém, permanece vinculado ao contrato que lhe deu origem, sendo dele dependente.

Isto é importante para a verificação da causa do contrato, se autônomo e independente e próprio à aquisição do bem, objeto garantidor, ou se em garantia de um contrato de mútuo anterior ou preexistente a ele (fidúcia); pois, na execução vai-se atingir a disposição contida nos §§ 4º e 5º, do artigo citado.

De forma que, pode-se afirmar que à exceção dos CONTRATOS DE CONSÓRCIO, dos quais a alienação fiduciária em garantia o é para assegurá-los pela aquisição do próprio bem contemplado pelo consorciado, nos demais casos, a alienação fiduciária vem garantir um contrato de mútuo, como Crédito Direto ao Consumidor.

**CONCLUI-SE, PORTANTO, QUE A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA É SEMPRE UM CONTRATO ACESSÓRIO (GARANTIA) DE UM OUTRO CONTRATO (PRINCIPAL), QUE É A CAUSA DIRETA DE SUA EXISTÊNCIA, SENDO POR MEIO DELE QUE AS PARTES (FIDUCIANTE E FIDUCIÁRIO) REGEM SEUS DIREITOS E OBRIGAÇÕES; TAL QUAL O CONTRATO DE FIANÇA VISA GARANTIR UM OUTRO CONTRATO, ASSEGURANDO SUA EXECUÇÃO<sup>27</sup>.**

Quando as partes estabelecem as obrigações contratuais, não se utilizam do contrato de alienação fiduciária, que é mera garantia, mas do contrato principal gerador do crédito e do débito. As cláusulas do contrato de alienação fiduciária estão dispostas apenas para atender o § 1º do artigo em foco; todavia, remete sempre ao contrato principal, quer para apuração do *quantum debeatur*, quer para a verificação da evolução dos juros, das amortizações, da dedução das despesas, etc.

A unanimidade de nossa doutrina utiliza relativamente à matéria: “financiador” e “financiado” em primeiro plano e “fiduciante” e “fiduciário” em segundo, ensinando-nos a acessoriedade do contrato de alienação fiduciária preexistindo aquele a este,<sup>6, 2, 14</sup> não obstante ser tratado como “negócio jurídico autônomo”.<sup>3</sup>

Nas palavras de **ALFREDO BUZAI**D: “compõe-se de duas relações jurídicas: **uma obrigacional, outra real**. A primeira se expressa numa dívida, que é o negócio causal. A segunda, numa garantia, que é o ato de alienação. O nexo que se forma entre elas supõe a um tempo, o financiamento e a transferência ao credor de um bem que uma vez satisfeita a obrigação, deve ser **restituído ao alienante**”.<sup>6</sup>

Porquanto, o vínculo que se estabelece entre o contrato principal (original) e o contrato de alienação fiduciária (acessório), **impede** seja a execução, em caso de mora, levada a efeito apenas tomando em conta este último, devendo ter sempre em mira: *a origem do mesmo e da própria dívida, o valor originário em contraposição ao valor do débito declarado no contrato acessório, o número de parcelas, a forma de reajuste do débito e/ou das parcelas, etc.* de modo a não ensejar uma desigualdade entre as partes e vulnerar os preceitos decorrentes do devido processo legal e do equilíbrio das relações jurídicas sinalagmáticas.

#### DA TRANSFERÊNCIA DO DOMÍNIO:

Em verdade, no contrato de alienação fiduciária em garantia, **há uma transferência ficto-jurídica do domínio do bem ao credor e, conseqüentemente da posse indireta do mesmo, posto que, não se perfaz totalmente a produzir os efeitos desta “transferência”, como condição resolutiva**, pois, caso contrário, poderia o credor, mesmo não havendo mora, requerer ao seu talante a posse direta do bem, ou realizar sua venda, como forma de dar ao negócio jurídico resolúvel os efeitos e alcance que deve produzir até que se ultime a condição.

Se condição resolutiva é aquela que subordina a ineficácia do negócio a um evento futuro e incerto<sup>32</sup>, a toda evidência pressupõe-se que enquanto não verificado aquele evento sob o qual as partes convencionaram a ineficácia do negócio, este produzirá todos os seus efeitos legais <sup>32 e 38</sup>. Dessa forma, no Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia tem-se uma **condição resolutiva atípica**.

Dizemos isto porque na *condição resolutiva o negócio produz todos os efeitos legais até que se verifique a condição que o desconstituirá*, mas na alienação fiduciária em garantia tal não se verifica, pois que, somente tornar-se-á perfeita a transação (transferência), produzindo os efeitos dos negócios jurídicos em toda sua plenitude, integrando, assim, a coisa, ao patrimônio do credor, após o trânsito em julgado da sentença de mérito que o decidiu<sup>5</sup>.

De sorte que o bem integrando ao patrimônio do devedor<sup>13</sup> é transferido ao credor, mas sob uma **condição resolutiva atípica**, porque não integrará nem ao patrimônio deste nem ao daquele, como seria nos negócios sob esta condição, senão após o provimento judicial de mérito para o primeiro e pagamento da dívida para o segundo.

Neste caso, fica suspensa a efetividade do domínio – suspensão –, integrando ao patrimônio do devedor ou do credor, conforme tenha havido pagamento da dívida ou declaração judicial decorrente de inadimplemento injustificado desta.

Porém, **no curso do contrato mais o devedor/fiduciante exerce *spont propria* tanto o domínio quanto a posse direta do bem que o credor/fiduciário**. Prova disto é que o bem se encontra registrado em nome daquele e apenas constituído o gravame em nome deste.

**Se integrasse**, imediatamente, ao patrimônio do credor, necessidade alguma teria de buscar a tutela jurisdicional, pois, já integrando ao seu patrimônio, aliená-lo poderia a qualquer tempo, ainda que em poder do devedor, resultando para este apenas a indenização devida, ou sub-rogação.

E, igualmente, **se depósito existisse**, poderia a qualquer tempo reclamar a devolução da coisa, como consequência do efeito do negócio jurídico da alienação, já que sob *condição resolutiva* produziria todos estes efeitos.

É por tudo isto que o domínio do credor ou do devedor e conseqüentemente a posse do bem, havendo conflito de interesse, **vão depender de um pronunciamento judicial que irá conferir a um ou a outro o domínio e a posse<sup>5</sup>; não produzindo, a transferência, o efeito de um negócio jurídico resolúvel conforme preceito doutrinário.**

Por estas razões, **NÃO HÁ** como, da disposição legal (art. 66 da Lei 4.728/65 e Dec-Lei 911/69), extrair a um só tempo: **I)-** transferência do domínio e posse indireta; e **II)-** contrato de depósito.

## DA MORA :

Muito esquecida nos dias de hoje, porém, a mora é o cerne de toda a questão jurídica contratual. Veja-se que somente a mora pode ensejar a ação executiva ou de cobrança.

Dito isto, imprescindível ater-se às características da mora, ou à conceituação do fenômeno, sem o qual não se poderá ensejar o processo destinado ao recebimento da dívida.

A mora consiste no descumprimento voluntário de obrigação legalmente contraída. Caracteriza-se sempre que "a obrigação não é cumprida por fato imputável ao devedor"<sup>36 e 32</sup>.

Como ato voluntário, *o inadimplemento deve ser injustificado<sup>32</sup>, ou seja, podendo satisfazer a obrigação, o devedor, spont sua, deixa de o fazer.*

No mais, quando, p. ex., o credor exige prestação ou saldo devedor alterado por taxas de juros "flutuantes" não se pode ter em mente a caracterização da mora *solvendi* por presunção decorrente do protesto, ou notificação extrajudicial<sup>5</sup> do título de crédito.

Na prática e não raro, os consumidores não recebem uma orientação jurídica adequadamente à defesa de seus interesses dentro do contrato de adesão; assim, embora a lei lhes assegure o direito de pagar o débito pelo valor que julgam correto através de consignação em pagamento e discussão do *quantum debeatur* em processo pendente, isto não é feito em razão desta precária orientação ou porque não têm condições financeiras para custear os gastos demonstrados pelo advogado.

No entanto, este fato por si não pode ter o condão de transmutar a mora de involuntária em voluntária pela só existência do protesto ou notificação extrajudicial, impondo sempre a verificação, *ad cautelam*, de que o saldo cobrado está pertinente ao disposto em lei.

E sabendo-se que somente a mora voluntária ou inadimplemento culposos produzirá o efeito jurídico capaz de ensejar a cobrança, **NÃO HÁ COMO DEFERIR, INITIO LITIS E INAUDITA ALTERA PARTE, PEDIDO LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO DO BEM DO SÓ FATO DA PRESUNÇÃO DA MORA PELA APRESENTAÇÃO DE PROTESTO OU NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL, COMO PRESCREVE O DEC. LEI 911/69. (VER TÓPICO: DA BUSCA E A PREENSÃO)**

NÃO HÁ EM FACE DO EXPOSTO QUANTO AO EFEITO DO NEGÓCIO JURÍDICO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA, CONCLUIR, SEM UMA DECISÃO DE MÉRITO, ENCONTRAR-SE RESOLVIDO O CONTRATO E CONSOLIDADO O DOMÍNIO E POSSE NA PESSOA DO CREDOR

DO SÓ FATO DA MORA, TENDO A MEDIDA JUDICIAL MERA “REIVINDICAÇÃO” DA POSSE DIRETA.

Por isso, a medida coativa do direito do devedor somente deve ser deferida nos casos em que se verificar a ameaça ou perigo de perda do objeto no curso da lide se permanecer em seu poder, ou quando ameaçada a segurança jurídica e a eficácia do provimento final, sendo a mora *solvendi*, representada por protesto ou notificação extrajudicial, por si só, insuficiente para fundamentar pedido de busca e apreensão, pois, o dispositivo legal que a autorizava não encontra abrigo no ordenamento jurídico vigente.

#### DA EXECUÇÃO:

Em caso de mora o credor buscará os meios judiciais para receber seu crédito. A seu serviço o Estado coloca o aparato jurídico processual da execução contra devedor com as medidas de urgência necessárias a garantir a eficácia da prestação jurisdicional executiva.

Dessa forma, é preciso ter em mira que **o que se executa é o contrato principal (mútuo) e não o acessório (garantia)**; este vai constituir *garantia executória*<sup>27</sup> daquele no momento próprio da expropriação, exaurida a cognição executiva, portanto, depois de observado o devido processo legal, **JÁ QUE SOMENTE A SENTENÇA PODERÁ, EM DEFINITIVO, DEFERIR O DOMÍNIO AO CREDOR OU AO DEVEDOR**<sup>5</sup>.

As medidas de urgência, *ou preventivas do direito subjetivo do credor, ou destinadas a garantir a eficácia do provimento final*<sup>33</sup>, **fundam-se no fato da existência de perigo ou ameaça à coisa, frustrando-se a garantia executória se elas não forem tomadas initio litis e inaudita altera parte**<sup>33</sup>, preservando-a e destarte, garantindo um resultado útil à execução.

**Somente se e quando forem verificadas as condições jurídico-constitucionais de temeridade da segurança jurídica e do provimento final ou objetivo final do processo, impor-se-á a inversão do devido processo legal para se garantir a efetividade deste provimento**<sup>9 e 11</sup>.

No caso do *contrato de mútuo* garantido por alienação fiduciária, tem-se que **não há**, em princípio, **perigo de dano ou frustração da garantia**, posto que, o devedor está impedido de transferir o bem a terceiro em face do gravame instituído em prol do credor<sup>8</sup> e, porque exerce a posse e domínio do bem *spont própria* e, por fim, porque o credor conhece os riscos de seu negócio, não havendo como falar em frustração da garantia do só exercício da posse direta pelo devedor.

De modo que, a execução se dará pelo contrato principal do qual decorrerá, por invocação do credor, a expropriação da garantia no momento próprio (após decisão), cedendo lugar à ação fundada somente no contrato acessório quando houver perigo ou risco de dano ou frustração da garantia. No mais, permanece a acessoriedade executória do contrato de alienação fiduciária em garantia a ser utilizado no momento próprio, exaurida a cognição executiva.

## DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:

Quando da concessão de mútuo para aquisição de um bem durável potencialmente utilizável pelo devedor como destinatário final, verifica-se a existência de relação de consumo.

Quando se presta um serviço que se exaure na pessoa daquele que o recebe, ou seja, o recebedor se beneficia, **per si**, do serviço, tem-se a figura do **destinatário final**; *porventura em distinção não o é o tomador de empréstimo que adquire máquinas para sua empresa, matéria prima, e outros bens ligados à sua atividade econômica.*<sup>25</sup>

Dessa feita, pode-se, sem delongas, afirmar que nos *contratos de mútuos garantidos por alienação fiduciária de bens*, a parte devedora aos quais adere, afigura-se como **“destinatário final”**, havendo por isso, uma **relação de consumo** regida, portanto, pelo Código de Defesa do Consumidor, porque o produto neste caso encontra-se **“apto a atender ao fim desejado pelo consumidor”**<sup>25</sup>.

*Disto decorre, via de regra, a aplicabilidade das normas de defesa do consumidor aos contratos de mútuos assegurados pela alienação fiduciária.*

*Portanto, na execução do contrato dever-se-á observar a prescrições contidas na Lei 8.078/90, aplicáveis ao mesmo.*

“Nas inferiores instâncias também caminham neste sentido, partindo para o enfrentamento correto da questão, que sobressai do confronto entre o referido decreto-lei e o Código de Defesa do Consumidor, considerando que o sistema tuitivo do CDC notadamente prevalece ante as disposições tacanhas daquele primeiro diploma legal”<sup>16</sup>.

Trata-se sem dúvida de **relação de consumo**, tanto que a doutrina tem preconizado a admissibilidade do contrato de alienação fiduciária em garantia celebrado por instituições que não integram o sistema financeiro nacional.<sup>3, 5 e 13</sup>

Dessa forma, na execução do contrato principal observar-se-á inclusive a inversão do ônus da prova, além de outros preceitos legais impostergáveis expressos no Código de Defesa do Consumidor.

## DA BUSCA E APREENSÃO E CONSEQÜENTE VENDA DO BEM:

Se a execução funda-se no contrato principal, só tendo lugar para a ação fundada no contrato acessório quando se referir ao objeto da garantia, **a busca e apreensão do bem somente terão lugar se demonstrado que durante a cognição executiva a garantia perecerá permanecendo a coisa na posse do devedor, ou se verificar perigo ou ameaça ou frustração da mesma independentemente daquela cognição, caso o *status quo* não seja alterado *initio litis*; verificar-se-ia, portanto, causa justificadora a assegurar a medida antecipatória da efetividade da tutela jurisdicional.**

Porém, não havendo ou não se verificando nenhuma das hipóteses ameaçadoras da segurança jurídica e/ou do direito subjetivo da parte, esta medida somente terá lugar na execução por mora, deduzida do protesto ou notificação extrajudicial, no momento da expropriação e/ou negativa de entrega pelo devedor aos cuidados do juiz, **ou seja**, após, exaurida a cognição executiva.

SEM A AMEAÇA OU ESTE RISCO DE DANO À SEGURANÇA JURÍDICA NÃO HÁ QUE SE FALAR EM CAUTELAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA<sup>9 e 11</sup>.

Do contrário, a busca e apreensão terão a penas o efeito de coagir o devedor a efetuar o pagamento imediato do débito apresentado pelo credor, sem possibilidade alguma de discussão, suprimindo o contraditório.

Diz o artigo 66, da 4.728/65, § 4º: “No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário fiduciário pode vender a coisa a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver”.

E, o art. 3º, do Dec.-Lei 911/69, estabelece que “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”.

Trata-se de medida violenta e brusca, que só se justifica quando se apresentar não apenas os requisitos da mora, mas e principalmente a frustrabilidade da garantia e do próprio processo executivo.

A garantia constitucional de que ninguém será privado de seus direitos e bens sem o devido processo legal, impede possa, atualmente, lançar, o credor fiduciário, mão da ação de busca e apreensão do bem do só fato da mora constituída pelo protesto, etc.

*A mora por si só, em princípio, comprova inadimplemento de obrigação assumida no contrato principal (mútuo, consórcio, etc.) e, não violação do contrato de garantia que é a “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA”.*

Desse modo, para justificar a busca e apreensão do bem, ao credor impõe-se demonstrar cumpridamente a frustrabilidade da garantia nas mãos e/ou poder do devedor, principalmente porque só e com o trânsito em julgado da sentença de mérito, consolidará o domínio e posse na sua pessoa “em definitivo”<sup>5</sup>.

Sem isto, não há plausibilidade jurídica suficiente para se deferir a busca e apreensão do bem, mormente liminar, posto que a violação contratual decorrente da mora é para com o contrato principal e, assim, desde que mantido a salvo a garantia, não tem lugar para a busca e apreensão como medida coercitiva e violenta para impor, obliquamente, ao devedor satisfazer um crédito, que pode já estar satisfeito, ou que pode ter sido apurado de forma irregular, como p. ex. mediante aplicação de taxa de juros diversa da pactuada e/ou cumulação de juros não cumuláveis<sup>16</sup>.

Haveria uma *sumariedade de provimento de mérito, sem as causas jurídico-legais que o autorizam, sem oportunidade de defesa, sem observância do devido processo legal,*

sem o qual não se poderá privar o devedor de seu direito, ainda que se possa entender que tal não lhe pertence, pois a garantia e sua execução vão depender sempre do resultado obtido na demanda oriunda do contrato principal.

*O contrato acessório somente poderá ser objeto de ação quando disser respeito ao próprio bem dado em garantia; fora isto, dependerá do resultado final (execução) do contrato principal, cuja execução levar-se-á primeiro à garantia, se assim o requerer o credor.*

“A norma restritiva do direito de defesa é inconstitucional porque ofende a CF 5º, LV. Não foi recepcionada pela CF de 1988. O réu pode alegar toda a matéria de defesa que teria contra o autor e não apenas as enumeradas na norma sob comentário (COMENTÁRIO AO DEC-LEI 911/69.)”<sup>8</sup>

Pois, “na alienação fiduciária o devedor, financiado, ao adquirir o bem com o financiamento, integra-se no domínio do mesmo, mas transfere esse domínio ao credor em garantia da dívida contraída, resolvendo-se, entretanto, isto é, deixando de integrar-se o bem vendido em garantia no patrimônio do credor desde que essa dívida seja paga no prazo ajustado”<sup>13</sup>.

Decorre da prática e da doutrina, que o bem em garantia pertence ao devedor, que o adquire em nome próprio, apenas gravado com o referido ônus, havendo, portanto, uma condição resolutiva atípica, de “suspensão” do domínio, que para integrar ao patrimônio do credor dependerá de um provimento de mérito proferido em processo executivo que reconheça os efeitos da mora invocada e, por conseguinte a ineficácia do negócio; de modo que, qualquer discussão acerca do contrato e das obrigações dele decorrentes, não pode ensejar a busca e apreensão do bem, entregando-o ao talante do credor, que pretende em verdade o recebimento da dívida e não a resolução do contrato.

Deve-se, portanto, priorizar a execução do contrato principal e somente lançar mão da garantia como última solução da questão após ensejado o devido processo legal, que somente poderá ser invertido quando ocorrer um perigo ou ameaça à segurança jurídica<sup>11</sup>, o que não se mostra a mera mora *debitoris* no contrato de mútuo (financiamento) garantido pela “alienação fiduciária”.

É, por isso que a lei exige dois processos distintos: “um necessário ao accertamento de direito subjetivo da parte e outro, posterior, destinado à realização coativa do mesmo direito subjetivo

da parte, caso persistisse a recalcitrância do devedor em se submeter à pretensão já **líquida e certa** do credor vitorioso na demanda cognitiva”<sup>9</sup>; dessa feita, em caso de mora do devedor, o credor lançará mão da execução do contrato, porém, do contrato principal, podendo apresentar como meio de garantia o contrato acessório de alienação fiduciária e, somente após ensejar ao devedor o contraditório, exaurindo o devido processo legal, poder-se-á romper a esfera jurídica deste para dali arrancar o bem garantidor da obrigação, cujo processo de cognição já fora decidido.

“É preciso preservar, quanto possível, as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar”<sup>9</sup>; por isso, o super poder que outrora se entregara ao credor não mais subsiste, tendo lugar para liminar ou antecipação de tutela de busca e apreensão somente quando houver ameaça de frustração da garantia se o bem permanecer em mãos do devedor no curso da lide executória do contrato principal; *não havendo esta ameaça, que deve ser séria e demonstrada, não há lugar para busca e apreensão do bem, devendo observar o contraditório, porque não havendo risco de perecimento da garantia não há evidentemente justificativa a levar o seu sacrifício para antecipar um efeito executivo definitivo, que é a busca e apreensão liminar.*

Dessa forma, somente quando houver ameaça ao bem garantidor do crédito e, igualmente à segurança jurídica, poder-se-á deferir liminar de busca e apreensão de bem descrito em contrato de alienação fiduciária, caso contrário *não há lugar para uma inversão do contraditório com prévia supressão da posse do devedor em favor do credor, mesmo em face da disposição normativa contida nos arts. 3º e 66, § 4º já referidos, sob pena de privar aquele de seu único direito - posse -, sem o devido processo legal, pois, na medida em que o domínio ficto é do credor, o único direito daquele sobre o bem é a posse e retenção da coisa com fundamento no contrato principal.*

Até mesmo porque, “é inconstitucional a LAF 3º caput, na parte em que determina ao juiz a concessão obrigatória de liminar (RJTJRS – 76/143)”<sup>8</sup>.

Principalmente, porque o juiz “deve cuidar para que esta inversão não se torne regra geral, pois, dentro da garantia fundamental do devido processo legal e do contraditório, a garantia normal é a de que a agressão patrimonial do Estado sobre a esfera jurídica da parte vencida

somente ocorra depois de percorrida a trajetória do procedimento com ampla discussão”<sup>9</sup>.

#### DA VENDA:

De outro lado, permite-se ainda, a legislação pertinente à espécie, que o credor aliene extrajudicialmente o bem dado em garantia da dívida.

O fim precípua desta autorização é a expropriação do bem, transformando-o em pecúnia, a qual se reverterá em favor do credor para saldar a dívida no todo ou em parte, advinda do **contrato de mútuo**.

Como garantia, deve-se entender uma ficção jurídica de domínio do credor sobre o bem, pois se próprio fosse, autorizado estaria a vendê-lo a qualquer tempo para entrega futura, mesmo permanecendo em poder do devedor.

Tendo por fim a apuração de valor correspondente ao *quantum debeatur*, certo é que a venda do bem somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado da decisão judicial no processo que decidiu quanto ao mérito da execução do contrato. Exaurida a tutela jurisdicional, poder-se-á ocorrer a venda do bem.

Todavia, o ato de alienação deve ser judicial e jamais entregue ao credor, que em prejuízo do devedor poderá aliená-lo a preço vil, JÁ QUE, EM PRINCÍPIO, ESTE NÃO SE DESINCUMBE DO “SALDO DEVEDOR”.

Há no litígio interesses em conflito, de sorte que o Poder Judiciário não pode se afastar do ato expropriatório deixando-o a cargo do credor, pois, este ato ainda está circunscrito ao processo executivo, o qual deve ser guardado por este Poder até se verificar uma das hipóteses dos artigos 794 com o 795 do Código de Processo Civil.

De contrário, *por que não autorizar a todos os credores em geral a venda do bem constriado. Não só verificaria celeridade e economia processuais enormes, mas também haveria um tratamento IGUALITÁRIO entre as partes envolvidas no processo executivo.*

Do fato de haver instituído um contrato de garantia por alienação fiduciária, não torna o credor/fiduciário privilegiado ou diferente dos demais credores na seara do ordenamento jurídico processual, de modo que, se os demais credores devem aguardar a hasta pública do bem, igualmente, deve sujeitar-se à mesma hasta pública aquele credor, não podendo lhe conferir o direito de, por si só, alienar o bem dado em garantia.

## A GARANTIA É SEGURANÇA DO CRÉDITO E NÃO PRIVILÉGIO PROCESSUAL.

É estranho conceber, estando em conflito devedor e credor e vice-versa, que a fase expropriatória do bem seja extrajudicial a cargo deste último.

*Se o credor busca receber seu crédito, preferindo buscar a solvabilidade deste sobre o bem dado em garantia, a venda representa a expropriação executiva, que não pode ser preterida do processo e do Estado.*

Isto violaria, igualmente o devido processo legal e o contraditório, uma vez que tiraria do litígio a fase de expropriação.

“A partir da vigência da Lei 8.078/90, não mais se admite alienação extrajudicial de bem dado em garantia fiduciária, pois os dispositivos do Decreto-Lei 911/69, que a autorizavam, foram revogados pela legislação superveniente, que, atenta à desproporção de forças dos partícipes da relação negocial, permite que o consumidor recorra às vias judiciais para questionar cláusula abusiva”<sup>18</sup>.

### DA DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS:

Demonstrou-se que no contrato de alienação fiduciária, há uma ficção jurídica de transferência do domínio, haja vista que o bem passa a integrar o patrimônio do devedor, apenas com o gravame constituído<sup>8</sup> em favor do credor; igualmente se disse que há dois contratos: um principal, de financiamento (mútuo, consórcio, etc.) e outro, de garantia, dependente daquele; que a mora *solvendí* ocorre no primeiro e não no segundo circunscrito ao bem dado em garantia e, por esta razão a mora não é suficiente por si só para ensejar busca e apreensão liminar do bem, como esquitejamento do devido processo legal, porque inexistente a ameaça à segurança jurídica de eficácia do processo e/ou frustração da garantia.

Por fim, que aplicável à espécie é o Código de Defesa do Consumidor.

Posto isto, o novo diploma legal impõe sérias restrições ao uso da busca e apreensão do bem, sem a observância das disposições dos arts. 51, 53 e seguintes do referido diploma legal.

Vemos aqui duas hipóteses: **I)**- quando o credor realizar um contrato de mútuo com o devedor, emprestando-lhe, p. ex., R\$ 20.000,00 e, o bem dado em garantia, no mesmo momento, tem a importância apenas de R\$ 10.000,00; e **II)**- quando o credor realizar um financiamento para aquisição do próprio bem, no mesmo momento, dado em garantia do preço.

No primeiro caso reporta-se que nada impede seja dado em garantia bem que já integra o patrimônio do devedor e, por isso mesmo, o bem dado em garantia não decorre de crédito (mútuo) para sua aquisição, mas de crédito direto ao consumidor. Nesta hipótese, deve-se garantir ao credor a execução do contrato principal por seu valor e legais acessórios, de sorte que, não haverá parcelas a devolver, podendo inclusive, como no exemplo citado, buscar a expropriação de outros bens do devedor para a solvência da dívida.

De contrário, no segundo caso, o financiamento se deu para aquisição do próprio bem dado em garantia da dívida. Em outros termos, o credor/fiduciário adquiriu em nome do devedor/fiduciante o bem e, este por seu turno o gravou com o ônus da alienação fiduciária em garantia em favor daquele. Discute-se, portanto, o contrato principal. Trata-se, na hipótese, de contrato para aquisição de bens duráveis; logo a intenção do credor era financiar o preço do bem e a do devedor de pagá-lo em parcelas na forma avençada. Tem-se, portanto, financiamento do preço da coisa e, o credor conhecendo os riscos de seu negócio, conhece a desvalorização do bem em razão de sua utilização e/ou renovação pelo fabricante.

A execução do contrato visa receber o valor do bem como preço que é, e, não como mútuo, haja vista que o valor deste é o valor daquele. Preferindo o credor a retomada do bem, através de busca e apreensão ao final do processo executivo, após o exaurimento da tutela jurisdicional, tem-se que somente fará *jus* a esta forma expropriatória se e quando efetuar a devolução das parcelas devidamente atualizadas ao devedor.

Pois, na hipótese haveria uma resolução do contrato, com restituição da coisa ao credor/financiador/fiduciário, razão pela qual impõe-se a devolução das parcelas sob pena de enriquecimento sem causa. É inadmissível imaginar possa o credor financiar o preço da coisa e reivindicá-la em caso de mora *solvendi*, obtendo sua devolução sem restituição das parcelas pagas pelo devedor;

Porque se tratando de contrato para aquisição de bem durável, como o contrato de consórcio, o credor financia o preço do bem ao devedor, parcelando-o quando este teria de desembolsar à vista se não fosse por ele financiado.

Dessa forma, a devolução das parcelas se impõe sob pena de propiciar o **enriquecimento sem causa** do credor, a Um, porque o mesmo adquirira o bem dado em garantia e, conhece os risco de seu negócio como a desvalorização do objeto e até mesmo sua perda, a Dois, porque o adquiriu em nome do devedor com objetivo de lucro, cujo preço é parcelado.

Assim, UMA VEZ INADIMPLIDO O CONTRATO, A BUSCA E APREENSÃO DO BEM QUE SE LHE GARANTE SOMENTE PODERÃO SER AUTORIZADAS APÓS A OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS MENCIONADOS E DO DEPÓSITO DAS PARCELAS PAGAS, DEVIDAMENTE CORRIGIDAS, COM DEDUÇÃO APENAS DAS DESPESAS LEGAIS E AUTORIZADAS.

Sem isto, torna-se impossível deferir, ainda que tenha exaurido a tutela jurisdicional, a busca e apreensão do bem como medida expropriatória, pois, o que se executa não é a garantia, mas o contrato principal, as obrigações dele decorrentes; a garantia é o fim visado pela execução como meio de satisfazê-las.

*“Nos casos de conversão de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária em depósito, o objeto perseguido pela ação é o pagamento da dívida”<sup>17</sup>.*

#### DA PRISÃO DO DEVEDOR:

Reportando-se à doutrina, tem-se que **a imposição de restituição preexiste para o credor e não para o devedor**<sup>6,3 e 4</sup>, restituição esta de “domínio ficto”, suspenso, de forma que se depósito existe o é para o credor, que na qualidade de fiduciário tem o dever de restituir a coisa, ou seja, aquele “domínio ficto”.

Seu direito é o de perseguir a coisa como garantia executória que é do contrato principal, em caso de inadimplemento da obrigação e, não por direito próprio.

Abordando o tema é preciso ter em mente que a nossa Constituição somente e excepcionalmente autoriza a prisão civil por *dívida de alimentos e depositário infiel*.

É REGRA, PORTANTO, QUE NINGUÉM SERÁ PRESO POR DÍVIDA.

Muitos promulgam sob o argumento de benefício da atividade industrial e geração de empregos e, conseqüente aquecimento da economia que a prisão do devedor deve ser mantida a despeito dos preceitos legais e constitucionais hoje vigentes em nosso país<sup>26 e 24</sup>.

**Quando se fala em prisão do devedor, ou se está dizendo que o mesmo é inadimplente injustificado de pensão alimentícia ou o é depositário infiel.**

No caso em exame, tem-se a figura do depositário infiel e, esta figura advém de contrato de depósito?

Antes de qualquer conceituação temos de nos reportar às características do *contrato de depósito*, sem as quais impossível concluir se há ou não, a figura do depositário. É contrato: “a)- unilateral, por originar obrigações apenas para o depositário...; b)- gratuito, embora a gratuidade não seja de sua essência, pois, em regra, é oneroso; c)- real, pois para que se perfaça é necessário não só o consentimento das partes, mas a efetiva entrega da coisa ao depositário; d)- *‘intuitu personae’*, porque se funda nas qualidades pessoais do depositário”<sup>27</sup>.

Como o contrato principal do qual deriva o contrato acessório de alienação fiduciária é um produto posto no mercado, destinado indistintamente a qualquer interessado, esboroa-se a característica “*intuitu personae*”. Entrega da coisa não há, porque *in casu* realiza-se a transferência do domínio ao devedor em nome do qual permanece, instituindo apenas o gravame em favor do credor<sup>8</sup>, de sorte que aquele exerce a posse e a guarda em próprio nome. Quanto às demais características não se verificam haja vista que o contrato, do qual deriva o gravame, é bilateral e sempre oneroso.

Dessa feita, contrato de depósito “é o contrato pelo qual um dos contraentes recebe do outro um bem móvel, obrigando-se a guardá-lo, gratuita e temporariamente, para restituí-lo quando lhe for exigido”<sup>27</sup>.

“O contrato de depósito tem como característica essencial a finalidade de custódia; desde que a guarda dos bens surja como decorrência de outra convenção, não pode ser considerado depósito... Assim, só há contrato de depósito e prisão do depositário quando a guarda dos bens é o conteúdo único, ou, ao menos, principal do negócio jurídico” (TJSC – 1ª CÂM. – AC. UNÂN. – REL.ª DES.ª TEREZA TANG – ADCOAS 1990 – NºS 126.163 e 126.300.)<sup>19</sup>

Na alienação fiduciária em garantia, como contrato acessório de um contrato de financiamento em geral, não há depósito, posto que ausente a temporariedade, gratuidade e obrigatoriedade de restituição da coisa pelo devedor, não sendo a causa principal do negócio e, principalmente porque o devedor exerce domínio e posse sobre a coisa ***spont propria***.

E sendo, conforme demonstrado, contrato de garantia da execução, sob a égide dos princípios constitucionais apresentados, em caso de mora do contrato principal, tem-se que o devedor não é depositário de bem do credor; há aqui outra ficção jurídica que não pode ensejar a prisão do devedor. Assim não for, estar-se-á infligindo a este uma coação ao seu direito de ir e vir, à sua liberdade assegurada pela Constituição, para constrangê-lo ao pagamento de dívida não alimentícia; a pagar sem questionar<sup>16</sup>.

À disposição do credor encontram-se os mais diversos veículos processuais para recebimento da dívida. Ora, o credor os conhece e conhece muito bem os riscos de seu negócio, principalmente na seara do sistema financeiro (lembrando-se que os tribunais têm permitido apenas aos bancos usarem de tal contrato), de modo que primordialmente deve cercar de garantias contra eventual mora *solvendi*.

“O DEVEDOR FIDUCIANTE NÃO PODE TER SUA PRISÃO CIVIL DECRETADA PORQUE NÃO É VERDADEIRO DEPOSITÁRIO. NÃO SE LHE APLICANDO A EXCEÇÃO DA CF 5º, LXVII”<sup>8</sup>.

É ressabido que o devedor de bancos já sofre uma carga extrajudicial muito maior que qualquer outro devedor, tais como perda de crédito em todos os bancos, etc., por isso, **não se o pode onerar ainda mais com a coação à sua LIBERDADE para pagar dívida de dinheiro.**

Em resposta àqueles que promulgam a prisão civil do contratante de dívida garantida por alienação fiduciária, vemos que o argumento é falso, pois, utilizam-se de ficção jurídica, inadmissível, para manter a prisão do devedor.

Hodiernamente vigora em nosso sistema jurídico, o Tratado de São José da Costa Rica, que proíbe a prisão por dívida e, em nossa Constituição permite-se apenas a prisão do depositário infiel, pressupondo contrato de depósito, aqui inexistente; assim, a divergência doutrinária e jurisprudencial à época da Constituição de 1969<sup>28</sup> não mais pode subsistir, sob pena de não termos, instituído no país o ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Pois, “os direitos, garantias e liberdades, estipulados em um tratado internacional de direitos humanos são, por natureza, operativos, de vez que o objeto e a razão de ser de uma convenção de direitos humanos, assim como a clara intenção das partes, é reconhecer em favor das pessoas certos direitos e liberdades e não regulamentar suas relações entre si. A falta de operatividade coloca o Estado em mora frente à comunidade internacional”<sup>28</sup>.

É preciso apagar de uma vez por todas os resquícios da tirania em nosso país, ainda tão presentes nos cenários político, jurídico, social, religioso, etc., ora com mais ênfase, ora com menos.

Já se foi a época em que se entregara o devedor ao arbítrio do credor, como exposto no início deste trabalho. “Em face dos termos da garantia constitucional que impede a prisão por dívidas, não se tem mais admitido a prisão civil do alienante fiduciário, visto não se tratar de verdadeiro depósito, mas de simples ‘equiparação de depósito’, para maior garantia ao credor (STJ – RESP 2320/RS, 4ª TURMA, REL. MIN. ATHOS GUSMÃO, 25.06.91)”<sup>3</sup>.

E, o que se pretende é elastecer a hipótese de depósito, para com isto, em caso de mora *debetoris*, encarcerar o devedor como forma de recebimento de dívida de dinheiro. Trata-se apenas de uma ficção jurídica a beneficiar, ou sob o mascaramento da questão, manter a tirania despótica de antes, violando o Estado Democrático de Direito, porque “toda norma que, no direito ordinário, quer mascarar de depositário quem na realidade não o é, agride a Constituição” (FRANCISCO REZEK.)<sup>30</sup>

**JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA**, professa que “o depósito a que o constituinte ligou à prisão civil corresponde a uma figura conceitual elaborada pela Ciência Jurídica, não comportando, para ampliar o ensejo da sanção, inovações legislativas, sob pena de afronta ao princípio da reserva constitucional”<sup>34</sup>.

Mesmo posicionamento encontra o mestre **ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO**: “a conclusão, portanto, é de que não existe, na alienação fiduciária em garantia, a figura de depositário, pois, em verdade, o alienante (fiduciante) é o proprietário, porque desde o início negocial, sofre ele o risco da perda do objeto. Ninguém pode ser condenado, portanto, como depositário infiel, se corre o risco da perda da coisa; isto, porque, reafirme-se, o depositário deve guardar bem alheio e não bem próprio”<sup>35</sup>.

Eis outros arestos:

“NÃO CABE A PRISÃO CIVIL DE DEVEDOR QUE DESCUMPRE CONTRATO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA”<sup>14, 15, 29 e 30</sup>.

“Se o fim precípuo do contrato não foi a guarda da coisa, mas a compra e venda de coisa futura, que á época do contrato não existia, senão em forma de esperança, cogitar não se pode de contrato típico de depósito e, conseqüentemente, descabe a ação ajuizada, só admissível quando o autor busca, de modo direto, o que é seu e que entregou à guarda de outrem” (TJBA – 3<sup>A</sup> CÂM. – REL. DES. CÍCERO DANTAS BRITTO – 22.02.84 – AP. 335/83.)<sup>19</sup>

“A ação de depósito é cabível, unicamente, se tendo havido contrato de depósito, o depositário negar a devolução da coisa móvel recebida a este título” (TJMG – 3<sup>A</sup> CÂM – REL. DES. MAY FILHO – AP. 27.484 – 03.11.87.)<sup>19</sup>

“O Contrato de depósito não se aperfeiçoa se a coisa não for concreta e efetivamente entregue à guarda do depositário” (TJMS – 2<sup>A</sup> TURMA – REL. DES. MARCO ANTONIO CÂNDIA – AP. 1.213/89 – 31.05.89.)<sup>19</sup>

E, RT 641/167.

Importa, pois, distinguir o contrato principal do contrato acessório de alienação fiduciária, sob pena de lançarmos mão de execução de contrato acessório como se tal fosse mero depósito e, aí importaria numa oneração muito maior ao devedor que não só deveria restituir o bem ao credor, como também perderia o valor que pagou até a mora *solvendí*, eis que do contrato de garantia não emana nenhuma obrigação pecuniária; **ele existe para garantir a execução do contrato principal**<sup>27</sup>.

De modo que, falar em prisão civil de devedor, cuja dívida é garantida por contrato de alienação fiduciária é dissentir de todo ordenamento jurídico vigente, ou se preferir, é estagnar a evolução do

sistema jurídico, mantendo-o em prol dos interesses dos credores que constituem a força capitalista do interesse defendido.

Democracia não se confunde com capitalismo, nem execução obrigacional se confunde com enxugamento da hermenêutica.

### DA PURGAÇÃO DA MORA:

Somente se permite ao devedor purgar a mora se já tiver efetuado o pagamento de 40% do bem (Dec.-Lei 911/69, art. 3º, § 1º.)

Outro resquício do poder ditatorial de sujeição total do devedor às pretensões do credor, ora executando a garantia, ora o contrato de mútuo.

Como se expôs somente em caso de ameaça ou perda da garantia, poder-se-á propor ação fundada no contrato acessório, haja vista que somente as causas próprias deste revelam-se suficientes para legitimar eventual ação. No mais, em caso de mora, a execução se dá pelo contrato principal, que chama o contrato acessório no momento da fase expropriatória se assim o requerer o credor, que poderá inclusive lançar mão da garantia.

Dessa feita, impende que se aborte a aplicação da referida disposição legal, para que, a teor do Código de Defesa do Consumidor e, do próprio direito das obrigações decorrente do Código Civil, possa o devedor purgar a mora a qualquer tempo e independente do percentual já quitado.

A intenção do credor é receber a importância que despendeu ao devedor para aquisição de determinado bem durável na forma diferida no contrato, e, nesse desiderato, somente pode pretender o recebimento das parcelas em atraso e não o total da dívida, pois, observando as disposições daquele, se o devedor efetua o pagamento das parcelas inadimplidas há de prosseguir e aceitar a sua execução diferida; se assim o é, e se no curso da lide o devedor apresenta numerário suficiente ao pagamento do débito e seus consectários, não há porque se lhe impor suportar a continuidade do processo, **primeiro**, porque representa a disposição normativa um contra-senso com a vontade do credor e a obrigação diferida do contrato; **segundo**, porque pelo princípio da economia processual deve-se buscar o caminho mais curto ao exaurimento da tutela jurisdicional, e o pagamento da dívida é um destes – *ex vi* do art. 794 e 795 do CPC –; e **terceiro**, porque devendo a execução ser a menos onerosa possível ao devedor, não existe razão jurídico-legal para se lhe impor suportar a execução *in totum* quando em seu curso pretende solver a

obrigação e quando o próprio contrato prevê o pagamento do débito de forma diferida.

E, ainda que haja discussão relativamente ao quantum debeatur impõe-se assegurar ao devedor a denominada purga da mora, caso contrário, indiretamente ou implicitamente, estaríamos sujeitando-o à total vontade do credor, o que contraria o direito moderno.

"Por representar desvantagem exagerada, ensejando desequilíbrio contratual, acha-se revogado o § 1º, do art. 3º do Decreto-Lei 911/69, na parte que limita o direito à purga da mora ao pagamento de 40% do valor financiado, valendo-se o devedor das disposições contidas nos arts. 6º, V e 53 do Código de Defesa do Consumidor" <sup>20</sup>.

O objeto visado pela ação nada mais é, e, nada mais pode ser, **que o recebimento do crédito representado pelas parcelas em atraso e das que se vencerem no curso da lide**, conforme contido no contrato principal e não no acessório, de mera garantia; portanto, o que o credor pretende é o recebimento de dívida de dinheiro por parcelas não pagas e não o bem por resolução do contrato.

Purgar a mora deve ser entendido como efetuar o pagamento do débito. Se houve discussão acerca do quantum debeatur, só dirimida na decisão final, deve o juiz ou tribunal, conceder prazo ao devedor, para, querendo, purgar a mora pelo valor decidido como correto e, assim evitar a execução onerosa; igualmente, não havendo discussão acerca do quantum debeatur, deve o juiz admitir a qualquer tempo a purgação da mora pelo devedor (mesmo em caso de revelia), mediante depósito integral do valor da execução e acessórios, **não havendo lugar, ante os princípios referidos, para a punição do malfadado art. 3º, § 1º, do Dec-Lei 911/69.**

## **CONCLUSÃO:**

A alienação fiduciária é mero contrato de garantia, de modo que o que se executa em caso de mora e não de ameaça ao bem sobre o qual incide o gravame, é o contrato principal de mútuo.

Deste contrato surge para o credor: **a)**- pedir a sua resolução mediante a devolução do bem garantidor da obrigação, que após o trânsito em julgado da decisão, nascerá a possibilidade de busca e apreensão em caso de recusa do devedor; ou **b)**- pedir a execução da obrigação vencida, facultando-o pedir que a penhora recaia sobre a garantia e/ou qualquer outro bem do devedor.

A busca e apreensão somente se darão na primeira hipótese, ou quando se verificar que o bem encontra ameaçado de

destruição, etc. se permanecer em poder do devedor no curso da lide e, igualmente, se se verificar que a segurança jurídica, o resultado útil ao processo, encontra-se ameaçada pelo *status quo*, que deve ser alterado em nome da efetividade da justiça.

Posto que, somente se “justifica a antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida.”<sup>9</sup>

Porquanto não há como dar guarida, no mundo de hoje, às disposições do art. 66 da Lei 4.728/65 e Dec.-Lei 911/69, **primeiro** porque o fator histórico que os motivou há muito desaparecera; e **segundo**, porque o novo ordenamento jurídico impede possa continuar a dar os mesmos contornos de outrora aos contratos de mútuos garantidos por alienação fiduciária, como se o direito não houvesse evoluído. De contrário, firmaria o que sempre promulgamos: **despojado o regime ditatorial, deitou-se sob o berço esplendido da estrutura do despotismo, a bandeira do Estado Democrático de Direito, mera ficção político-jurídico-constitucional, a esconder a despótica democracia, ou DITADURA branca.**

Até porque, a busca e apreensão do bem e, de mesmo modo, a prisão do devedor, obliquamente, estão a impor a imediata liquidação do saldo devedor imposto unilateralmente pelo credor, sem possibilidade alguma de discussão, **fato este que viola gritantemente o princípio do contraditório.**

Não se está aqui a incentivar a mora, nem com esta comungar, mas apenas a estabelecer o equilíbrio de forças visado pelo sistema jurídico e o devido processo legal de um juízo imparcial, íntegro e reto, como preceito maior a ser observado na dogmática processual, de modo que a IGUALDADE e o direito à LIBERDADE sejam preservados, somente cedendo lugar nos casos de expressa necessidade jurídica.

TELMO ARISTIDES DOS SANTOS-ADVOGADO

\*Trabalho produzido e publicado no sítio oficial [www.direitobancario.com](http://www.direitobancario.com) em 1999.

#### BIBLIOGRAFIA:

1. DE PLÁCIDO E SILVA, VOCABULÁRIO JURÍDICO – VOL. I;
2. FRANÇA, R. LIMONDI, “ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO” VOL. 6;
3. GOMES, ORLANDO, “CONTRATOS” – 18ª EDIÇÃO;
4. “ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO” – VOL. 37, p. 202;
5. PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA” – ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO – VOL. 6 – p. 53/64;

6. BUZUID, ALFREDO, "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA" – ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO – VOL. 6 – p. 66/87;
7. PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, "INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL" – VOL. 3, p. 380/382;
8. JÚNIOR, NELSON NERY, "CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO", p. 1.571/1.584;
9. JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO, "TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR" – FORENSE – [WWW.FORENSE.COM.BR](http://WWW.FORENSE.COM.BR);
10. FRIEDE, REIS, "RESTRICÇÕES IMPOSTAS AO INSTITUTO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA";
11. OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE, "GARANTIA DO CONTRADITÓRIO" – FORENSE – [WWW.FORENSE.COM.BR](http://WWW.FORENSE.COM.BR);
12. OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE, "ALCANCE E NATUREZA DA TUTELA ANTECIPATÓRIA" – FORENSE – [WWW.FORENSE.COM.BR](http://WWW.FORENSE.COM.BR);
13. MARTINS, FRAN, "CONTRATOS E OBRIGAÇÕES COMERCIAIS" – 15ª EDIÇÃO, p. 184/192;
14. STJ, "RESP 211.083/MS – 3ª TURMA – REL. MIN. WALDEMAR ZVEITER – DJU 17.12.99";
15. STJ, "RHC 9.155/MG – 4ª TURMA – REL. MIN. BARROS MONTEIRO – DJU 17.12.99";
16. JORNAL DO ADVOGADO – SEÇÃO DE MINAS GERAIS – BELO HORIZONTE – OUTUBRO/1999 – p. 8;
17. STJ, RESP 176.943/SP – 4ª TURMA – REL. MIN. ALDI PASSARINHO JÚNIOR – DJU 17.12.99;
18. TAMG, APELAÇÃO CÍVEL 225.308-1 – 1ª CÂM. CÍVEL – REL. JUIZ MOREIRA DINIZ – DJMG 27.08.87, p. 9;
19. PAULA, ALEXANDRE DE, "REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL", p. 322/325;
20. TAMG, APELAÇÃO CÍVEL 231.185/5 – 1ª CÂM. CÍVEL – REL. JUIZ NEPOMUCENO SILVA – DJMG 16.04.97, p. 10;
21. DICIONÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA – VOL. XI – 1981/1983 – p. 96;
22. DICIONÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA – VOL. VI – 1976 – p. 53;
23. DICIONÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA – VOL. VII – 1977 – p. 81;
24. TAMG, APELAÇÃO CÍVEL 204.270-2 – 4ª CÂM. CÍVEL – REL. JUIZ TIBAGY SALLES – DJMG 07.08.96;
25. SAAD, EDUARDO GABRIEL, "COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR" – SARAIVA – 1ª EDIÇÃO;
26. SCATIGNA, ELIZETE APARECIDA DE OLIVEIRA, "ALIEANÇÃO FIDUCIÁRIA: 30 ANOS DO DECRETO-LEI Nº 911/69" – REVISTA LITERÁRIA DO DIREITO – SETEMBRO/OUTUBRO/1999 – p. 25/27;
27. DINIZ, MARIA HELENA, "TEORIA DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS E EXTRA CONTRATUAIS";
28. OLIVEIRA, CELSO, "IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL EM CONTRATOS COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA" – FORENSE – [WWW.FORENSE.COM.BR](http://WWW.FORENSE.COM.BR);
29. STJ, HC 9.592/MG – 4ª TURMA – REL. MIN. BARRO MONTEIRO – DJU 13.12.99, P. 146;
30. REZEK, FRANCISCO, CITADO POR CELSO OLIVEIRA, HC 74.383-8;

31. RODRIGUES, SÍLVIO, "DIREITO CIVIL – DOS CONTRATOS E DAS DECLARAÇÕES DE VONTADE" – VOL. 3, p. 167/170;
32. DINIZ, MARIA HELENA, "TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES";
33. JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO, "PROCESSO CAUTELAR";
34. ALMEIDA, JOSÉ RAUL GAVIÃO DE, citado por CELSO OLIVEIRA, "ob. Cit.";
35. AZEVEDO, ÁLVARO VILLAÇA, citado por CELSO OLIVEIRA, "ob. Cit.";
36. GOMES, ORLANDO, "OBRIGAÇÕES";
37. STJ, SÚMULA 72;
38. RODRIGUES, SÍLVIO, "DIREITO CIVIL – PARTE GERAL" – VOL. 1, p. 250.