Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

VALDECIR VAL

ESTUDO DA NORMA LEGAL DE BUSCA E APREENSÃO NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM MÓVEL

Assis
2012

VALDECIR VAL

ESTUDO DA NORMA LEGAL DE BUSCA E APREENSÃO NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando: Valdecir Val

Orientadora: Gisele Spera Máximo Manfio

Assis

2012

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho:

Primeiramente a Deus, que nos deu o dom da vida, me deu coragem e entusiasmo para fazer este curso.

Àqueles que muito amo: minha esposa Neuci, minhas filhas Jéssica e Poliana, pela felicidade de tê-las ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

À meus familiares e amigos em singela retribuição de carinho, paciência e colaboração proporcionados a mim.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a aplicabilidade do Decreto-lei nº. 911/69, que comina na busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente.

O que se pretende analisar, a luz do principio da razoabilidade e da proporcionalidade é a legalidade das decisões judiciais sobre busca e apreensão de veículos em favor das Financeiras, sem direito de ampla defesa pelo devedor.

O Decreto-lei 911/69 disciplina uma relação de confiança entre as partes, porém esvazia a responsabilidade solidária que a financeira deve manter ou exercer em relação a parte inadimplente.

O tema é divergente, alvo das mais relevantes discussões entre os vários Tribunais Estaduais, havendo decisões conflitantes entre ambos sobre esta mesma matéria.

O presente estudo tem como finalidade buscar obras e autores sobre o assunto e que se faça uma discussão sobre as normas regulamentares, quanto à necessidade de adequação aos princípios constitucionais e ao atual código civil.

Espera-se com este trabalho suscitar a discussão em torno do assunto, procurando de alguma forma contribuir para uma mudança justa que busque equilibrar a relação entre o consumidor e as financeiras, dando a parte menos provida o equilíbrio nas relações de consumo.

ABSTRACT

This work intends to analyze the applicability of Decree-Law n. 911/69, which imputes the search and seizure of assets sold trustee.

What we intend to analyze about the principle of reasonableness and proportionality is the legality of judicial decisions on search and seizure of vehicles in favor of financial, without right to legal defense by the debtor.

Decree-Law 911/69 discipline a relationship of trust between the parties, but empties the joint responsibility that must maintain financial or exercise in relation the defaulting party.

The theme is divergent, target the most relevant discussions between the various Courts State, with two conflicting decisions on the same subject.

The present study aims to find books and authors on the subject and that make a discussion of the regulations, and the need to adapt constitutional principles and the current civil code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 08

1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA 10

2 – O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO 12

2.1. Noções Gerais 12

2.2. O Artigo 66 da Lei nº. 4.728 de 14.7.1965 13

2.3. A Natureza Jurídica da Alienação Fiduciária de Bem Móvel 19

3 – AÇÕES DECORRENTES DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM MÓVEL 23

3.1. Ação de Busca e Apreensão 26

3.2. Ação de Depósito 29

3.3. Ação Possessória 31

3.4. Ação de Execução 31

4 – ANÁLISE CRÍTICA AO DECRETO-LEI Nº. 911/69 E SUAS ALTERAÇÕES 34

CONCLUSÃO 54

REFERÊNCIAS 56

INTRODUÇÃO

Devido a crescente necessidade de oportunizar negócios e adquirir bens duráveis e de valor acentuado, os contratos firmados com cláusula de alienação fiduciária se tornaram comuns, pois facilitam a aquisição daqueles tão almejados bens, como por exemplo, o automóvel e os caminhões. Tanto um como outro, hoje já não tem conotação de luxo, mas trata-se ambos de instrumento de trabalho e facilitador do dia a dia, ganha pão de muitos e muitos brasileiros.

Veja-se num primeiro passo que alienação fiduciária é a transferência da propriedade de um bem móvel ou imóvel do devedor ao credor para garantir o cumprimento de uma obrigação.

Reportando-se à História, nota-se que a garantia da satisfação do credor nem sempre foi o patrimônio do devedor. Na Roma antiga, assegurado pela Lei das XII Tábuas, o credor detinha o direito de matar o devedor que não tivesse adimplido sua dívida. “Se não pagar e ninguém se apresentar como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso máximo de 15 libras, ou menos, se assim o quiser o credor.”

Assim, o credor romano tinha direito sobre o corpo do devedor que, por ser um inadimplente, respondia pelos seus débitos com sua liberdade e até mesmo com sua própria vida.

Com o passar do tempo o entendimento foi evoluindo e transferiu-se o ônus pelo não adimplemento da dívida para o patrimônio material do devedor. Dessa forma, passou-se a dar ensejo a um aspecto econômico caracterizado pela valorização da dignidade da pessoa da pessoa humana.

Todavia, para o credor era mais conveniente ter direito ao corpo do devedor, pois isso lhe conferia maior garantia de pagamento, até porque com a alteração no entendimento, deu-se inicio a diversas fraudes cometidas pelos devedores que tentavam burlar suas obrigações.

Mais tarde, surgiram no direito romano os institutos da “fidúcia com *creditore*” e o “ fidúcia *cum amico*”. Tratavam-se de convenções cuja idéia era a de que, umas das

partes, o fiduciário , recebia da outra , fiduciante, a propriedade de um bem, com a obrigação de dar-lhe uma destinação e restituí-lo, após alcançado o objetivo eleito.

Novamente a Lei das XII Tabuas foi invocada, dando-se ênfase ao fato de que “se alguém empenha sua coisa ou vende em presença de testemunhas o que prometeu, tem força de lei “.

Tempos depois, após a Revolução Industrial, foram criados instrumentos de garantias mais seguros que os já conhecidos penhor e a hipoteca. Deu-se atenção ao instituto conhecido como "*trust receipt"*(ter fé na quitação) ,uma evolução do *"fiducia cum amico" (*consistia em um amigo entregar a outro uma coisa com transferência da propriedade, para dela fazer uso até ser pedida em restituição). Nele, os bens alienados em garantia são meramente afetados por restrição quanto à sua disposição, de maneira que ao devedor é proibido dele se desfazer, a fim de que possam efetivamente responder pelo inadimplemento de suas obrigações, sem, entretanto, lhe desapossar do bem dado em garantia. Não sendo pagas as obrigações garantidas pela alienação fiduciária, transfere-se a propriedade do bem ao fiduciário credor.

Estruturado no Brasil graças ao "*trust receipt"* e por intermédio da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, o contrato de alienação fiduciária surgiu no ordenamento brasileiro com o escopo de dinamizar o financiamento de bens móveis, atribuindo a propriedade do bem como garantia da instituição que empresta dinheiro.

Todavia, foi o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, que designou a ação de retomada da coisa em favor do proprietário, no caso do não-pagamento por parte do mutuário e possuidor, que alienara a coisa fiduciariamente em garantia. Nascia a tão conhecida e aplicada Ação de Busca e Apreensão.

Com o advento da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, foi instituída a alienação fiduciária de coisa imóvel, objetivando dar maior amplitude ao instituto da alienação fiduciária, bem como a Lei nº 10.931, de agosto de 2004, que trouxe consigo importantes modificações no habitual modo de tratamento do regime da alienação fiduciária.

Assim, nasceu a versão brasileira do negócio fiduciário que assumiu o formato de um contrato de garantia com a finalidade de proteger, com mais efetividade, os financiamentos de aquisição de bens móveis.

Enfim, pelo fato de a alienação fiduciária consistir na garantia de operação em que, recebendo alguém financiamento para aquisição de bem móvel durável, aliena esse bem ao financiador, em garantia do pagamento da dívida contraída, tornou-se instituto de relevância no ordenamento brasileiro, haja vista que tem conferido poder de compra a quase todos os seguimentos sociais existentes no País.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A alienação como forma de garantia se deu de várias maneiras na humanidade, muitas vezes camuflada em meios diferentes e de acordo com cada época da História. Nem sempre a garantia da satisfação do credor foi o patrimônio do devedor. Os credores na sociedade romana detinham o direito, assegurado pela Lei das XII Tábuas, de matar e de se apoderar sobre o corpo do devedor que não cumpria com determinada prestação. “Se não pagasse e ninguém se apresentasse como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso máximo de 15 libras; ou menos, se assim fosse a vontade do credor”.(Lei das XII Tábuas).

Desta forma o credor romano fazia uso da sanção corpórea pelo inadimplemento da dívida, respondendo o devedor pelos seus débitos com sua liberdade e até mesmo com sua própria vida. O credor detinha, como garantia de sua satisfação, o corpo do seu devedor. O credor utilizava-se, portanto, de uma forte coerção como fator impeditivo de inadimplemento das dívidas.

Esse costume apenas foi alterado com o surgimento da *Lex Poetelia Papiria*, que introduziu no direito romano a execução patrimonial, abolindo o desumano critério da responsabilidade pessoal que impossibilitou o devedor de ficar vinculado à obrigação com seu próprio corpo, proibindo tal forma de execução. Assim, transferiu-se o ônus pelo não adimplemento da dívida para o patrimônio material do devedor, dotando a garantia da satisfação do crédito do credor de um aspecto econômico, antes não existente, que passou a valorizar a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do nosso sistema.

Diante desse panorama, viu-se o credor em uma situação de maior vulnerabilidade. A vinculação corpórea do devedor lhe era muito mais eficaz e segura do que a garantia patrimonial. Diversas fraudes passaram a ser cometidas pelos devedores para que as obrigações não fossem cumpridas. Criaram-se então, duas espécies de garantia para a proteção do crédito, a garantia pessoal e a garantia real.

A garantia pessoal está baseada na fidelidade do garantidor em cumprir as obrigações, caso o devedor não o faça. Nessa garantia, os bens pessoais do garantidor são tomados para o cumprimento da dívida do devedor. Já na garantia real, o devedor destaca um bem específico que garantirá o ressarcimento do credor na hipótese de inadimplemento, lhe restando o direito de reaver a coisa assim que adimplida a sua obrigação.

Surgiram assim, no direito romano os institutos da *fiducia cum creditore* e o *fiducia cum amico c*omo perfeito exemplo de garantia real, temos a *fiducia cum creditore,* instituto criado no direito romano pelo qual o credor recebia do devedor a propriedade e a posse de um bem fungível, a fim de que garantido fosse o cumprimento de uma obrigação principal, lhe restando o dever de restituí-lo tão logo fosse adimplido a obrigação pelo devedor. De forma e procedimento semelhantes observa-se também no ordenamento jurídico romano a presença do *fiducia cum amico,* que nada mais era que um contrato de confiança em que o fiduciante alienava seus bens a quem confiasse, para que estes ficassem guardados, como em um depósito, até que cessadas fossem as circunstâncias que ensejaram o receio do proprietário pela perda ou extravio dos bens.

No entanto, com as constantes mudanças nas relações comerciais desde a Revolução Industrial, foi necessária a criação de instrumentos de garantias mais seguros. Os institutos existentes nesse período, como o penhor e a hipoteca, tornaram-se obsoletos. Tal defasagem ocorreu, no caso da hipoteca, pois o seu campo de incidência é muito restrito comparado à complexidade de relações que surgiram, só sendo utilizada quando relacionada com bens imóveis. Já no caso do penhor isso ocorreu, pois era defeso o direito ao uso do bem penhorado pelo devedor.

Observou-se então, nos sistemas do *Commom Law*, a existência do *trust receipt*. Tal instituto seria uma evolução do fiducia *cum creditore* romano, com a diferença de

que no *trust receipt* o bem alienado não passa a integrar o patrimônio ativo do credor.

No *trust receipt*, os bens alienados em garantia são meramente afetados por restrição quanto à sua disposição, de maneira que ao devedor é defeso dele se desfazer, a fim de que possam efetivamente responder pelo inadimplemento de suas obrigações, sem, no entanto, lhe desapossar do bem dado em garantia. Em sendo inadimplidas as obrigações garantidas pela alienação fiduciária, aí sim se transfere a propriedade do bem ao fiduciário credor.

Foi com a percepção das falhas dos institutos obsoletos e com a análise e inspiração do *trust receipt* que foi possível estruturar o negócio fiduciário no ordenamento brasileiro. Tal instituto foi introduzido pelo advento da Lei de Mercados Capitais (Lei nº 4728/1965), assumindo a denominação “Alienação Fiduciária em Garantia”

2. O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. Noções Gerais

A versão brasileira do negócio fiduciário assumiu o formato de um contrato de garantia com a finalidade de proteger, com mais efetividade, os financiamentos de aquisição de bens móveis e foi introduzida no Brasil na década de 60, período em que efervesceram diversas mudanças econômico-financeiras, das quais resultaram mecanismos de captação de recursos destinados ao desenvolvimento da industria e do comércio.

Nesse aspecto, veio a lume a Lei de Mercado de Capitais (Lei nº 4.728, de 14.7.65) , que estruturou mecanismos de captação e aplicação de recursos e possibilitou a constituição da propriedade fiduciária a fim de ser suprida a insuficiência de garantias incidentes sobre bens móveis, à época restrita ao penhor e a reserva de domínio , que já não atendiam às necessidades de garantia.

A Lei nº 4.728 de 14.07.1965, denominada Lei de Mercados de Capitais, constitui-se na pedra de toque do sistema desenvolvimentista programado, impulsionado e controlado pelas autoridades governamentais, com base na captação de recursos advindos da poupança para incrementar o surgimento de novas fontes de produção e consumo, num ciclo em espiral, dinâmico e progressivo de circulação de riquezas, formado pelo complexo poupança – crédito – produção - consumo.

Com a edição da Lei nº - 4.728/65, houve um incremento no consumo decorrente da política de difusão de crédito direto ao consumidor, facilitado então pelo instituto da Alienação Fiduciária, pessoas que estavam afastadas do mercado de consumo, nele ingressaram já que a garantia oferecida ao credor poderia recair no próprio bem , objeto da compra com o financiamento.

A alienação fiduciária foi legalmente enunciada no artigo 66 e seus parágrafos da Lei nº 4.728/65. O projeto dessa lei foi apresentado pelo Poder Executivo, em mensagem de 22 de abril de 1965, encaminhada ao congresso pelo então Presidente Castello Branco, acompanhada de exposições de motivos pelos Ministros de Estados dos Negócios da Fazenda (Gouveia Bulhões), da Industria e Comércio (Daniel Faraco) e do Planejamento (Roberto Campos).

O Projeto, com 64 artigos não tratava de alienação fiduciária e, apenas no Senado, o Senador Daniel Krieger propôs emenda incluindo o instituto da alienação na lei de mercado de capitais.

2.2. O Artigo 66 da Lei nº. 4.728 de 14.7.1965

Surgiu no Brasil a partir de 1930 um processo de industrialização crescente, caracterizado pelo desenvolvimento da indústria, pela redistribuição de renda nacional e pelo crescimento do mercado interno, que na década de 60 entrara em recessão, levando o governo brasileiro a apresentar um plano de ação econômica para recuperar o desenvolvimento, conter a inflação, promover reformas sociais,

canalizar recursos que se integrassem à dinâmica desenvolvimentista e fomentar a empresa privada.

Surgiu, então, o mercado de capitais, constituído por um conjunto de operações e instituições destinadas a angariar recursos para transferi-lo aos setores de produção, industria e comercio. Esse mercado foi institucionalizado pela Lei nº 4.728/65.

A figura da alienação fiduciária ingressou no direito brasileiro, já como expressão de instituto jurídico de direito positivo, já como expressão de instituto jurídico de direito positivo, incorporada ao texto da Lei nº 4.728/65, denominado Lei de Mercado de Capitais, no seu artigo 66, com função especifica de garantia real nos contratos de abertura de crédito para financiamento direto ao consumidor na aquisição de utilidades e bens móveis duráveis.

A inserção do artigo 66 na Lei de Mercado de Capitais causou uma certa desconfiança , pois, ao que parece, não era essa a intenção da lei, conforme se pode concluir da explicação de MOREIRA ALVES, acerca da inserção desse artigo.

> "Em verdade, esse artigo deveria ter sido introduzido no anteprojeto, quando estava sendo elaborado pelos três Ministérios já aludidos, mas não foi, porque, quando se pretendeu fazê-lo , houve o veto do Ministério da Fazenda, que entendia estar o anteprojeto se transformando em colcha de retalhos." (MOREIRA ALVES – Da Alienação Fiduciária em Garantia. p.8.)

O artigo 66, não obstante a desconfiança que provocou, introduziu o instituto da alienação fiduciária. Dispunha o artigo na sua redação originaria que: " Nas obrigações garantidas pela alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da divida garantida"

O parágrafo 2º do artigo complementava: "O instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente de sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário."

Mesmo assim, para muitos, o artigo 66 da Lei 4.728/65 revelou-se falho na pratica , sobretudo no tocante ao aspecto processual, tornando-se necessária a sua reformulação , o que veio a ocorrer pelo Decreto nº 911, de 01 de outubro de 1969.

O teor do artigo trouxe varias dúvidas e em especial, quanto ao remédio processual a ser utilizado pelo credor em caso de inadimplemento do devedor. A expressão contida no inciso 2º, do artigo 66, da Lei nº 4.728/65, “continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente”, ensejou dúvidas em relação ao meio judicial hábil para se reaver o bem. Entendimento diversos manifestara-se pela reintegração de posse, e outro pela imissão na posse, e outros, ainda , pela ação de depósito porque o devedor possui a coisa em nome do adquirente e, outros, pela ação de busca e apreensão.

Diante de tanto entendimento diverso, o artigo 66 da Lei nº 4.728/65 foi alterado por meio de Decreto-lei nº 911, de 01.10.69, da lavra de uma comissão de juristas coordenada pelo professor Arnoldo Wald,

Assim ficou a redação do caput do artigo:

> 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. (decreto-lei nº911/69).

Com isso, extirparam-se as dúvidas quanto ao remédio processual adequado e a partir de então, a alienação fiduciária tornou-se um dos institutos mais utilizados para a constituição de garantia para o consumidor via crédito direto e autofinanciamento.

Como conceito, porém, o artigo 66 é falho, pois não diz o que é alienação fiduciária e sim o que ela faz. As modificações ocorridas no campo material foram menores que aquelas no campo do direito processual.

Quanto às normas de direito material, procurou corrigir certas falhas observadas no artigo 66 da Lei n. 4.728/65, explicando no caput que a alienação fiduciária transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta, independentemente da tradição,

ficando o devedor como possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem, de acordo com as leis civil e penal, conforme consta no artigo 4º:

> "Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá intentar ação de depósito, na forma prevista no Cap.II, Titulo I, Livro IV, do Código de Processo Civil."

As alterações trazidas pelo Decreto-lei n. 911/69 consagraram o desdobramento da posse, ficando o credor com o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa, e o devedor (fiduciante) fica com a posse direta e depositário (depósito legal), sujeito a todas as responsabilidades e encargos.

O Decreto-lei n. 911/69, alterou também, o inciso 3º do artigo n. 66 da Lei n. 4.728/65, dando-lhe a seguinte redação, no inciso 2º:

> "Se na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não for proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferirá ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior."

O teor da norma implica a verdadeira antecipação da transferência da propriedade que, no momento da instrumentalização da garantia fiduciária , ainda não existe.

O parágrafo 9º do artigo 1º do Decreto-lei n.911/69 estabelece que não se aplica à alienação fiduciária o disposto no artigo 1.279 do Código Civil, significando que , na alienação fiduciária , não há que se falar em retenção do bem dado em garantia fiduciária . Na alienação fiduciária, embora o devedor fique como depositário, não é cabível o pagamento de quaisquer despesas, pois o devedor, com o pagamento da obrigação ajustada, vai reaver o bem cujo domínio havia transmitido ao credor fiduciário, que o recebeu sob a condição resolutiva de devolvê-lo .

ORLANDO GOMES anota que:

> “A relação jurídica constituída pelo negócio jurídica de alienação fiduciária em garantia é típica, não se confundindo com o penhor, o mandato ou depósito.” (ORLANDO GOMES – Alienação Fiduciária, 4.ed., p.)

Como não se confunde com o depósito previsto nos artigos 1.265 a 1.287 do Código Civil, a regra que permite o ressarcimento das despesas ou prejuízo do depositário não encontra aplicação, pois o bem volta a propriedade do devedor com o pagamento da divida. As alterações estabelecidas pelo Decreto-lei n.911/69 melhoraram significativamente o instituto da garantia fiduciária, ampliando a sua aplicação e a maior segurança do credor.

Mas, JOSE CARLOS MOREIRA ALVES adverte;

> “A parte principal do Decreto-lei n. 911/69, e o que foi a causa determinante de sua elaboração, é a concernente à execução da garantia representada pela propriedade fiduciária. A esse respeito, o Decreto-lei n. 911, depois de declarar categoricamente, no artigo 2º, que “no caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros independente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expresso 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 isso resolveu a questão processual que tanto se agitara sob o império do artigo 66 da Lei n. 4.728 referente à ação de que poderia valer-se o credor para entrar na posse plena da coisa, quando o devedor se negasse a entregar-lha. De feito, o Decreto-lei n. 911, introduziu no processo Civil brasileiro, para esse fim, ação de busca e apreensão, com rito sumaríssimo e defesa limitada , e que constituiu processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior (artigo 2º, parágrafo 6º). Admitiu, ainda, expressamente (acabando com a controvérsia existente) , a possibilidade de o credor intentar contra o devedor ação de depósito “ se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse 1do devedor” (artigo 4º); bem como dispôs, no artigo 5º, que “ se o credor preferir recorrer à ação executiva ou, se for o caso ao executivo fiscal, serão penhorados , a critério do autor da ação, bens do

> devedor quantos bastem para assegurar a execução". Preceituou, enfim, quanto ao aspecto processual que , em caso de falência do devedor, tem o credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente, e , efetivada esta restituição, o credor ou proprietário fiduciário poderá vender a coisa no forma do artigo 2º do mesmo decreto-lei." (MOREIRA ALVES – Da Alienação Fiduciária, 2. ed., p. 16.)

O novo Código Civil disciplinou a matéria em seus artigos 1.361 a 1.368. Recentemente, a lei nº 10931/04, também trouxe algumas alterações na disciplina do negócio fiduciário.

Assim, após esse breve entendimento a cerca da alienação fiduciária no sistema pátrio, podemos entendê-la de forma mais aprofundada.

Devido a sua relevância, foram instituídas certas restrições no procedimento da alienação fiduciária. Em relação às partes da alienação, por exemplo, somente é possível a concessão de financiamento, nesses tipos de contrato, pelas sociedades de crédito, financiamento e investimento, de funcionamento autorizado pelo Banco Central do Brasil. Tal aspecto é de extrema relevância para o entendimento posterior, a ser analisado, das críticas atuais ao instituto da alienação.

No ensejo, há que se dizer que, ao editar a Lei 4728/65, não visou o legislador introduzir em nosso ordenamento jurídico uma simples espécie de negócio jurídico a ser usado de maneira cômoda para o atendimento de interesses individuais dos contratantes em toda e qualquer relação de direito privado, mas procurou dotar especificamente as operações de concessão de crédito da segurança necessária para que elas cumpram com seu papel na nossa economia.

Também foi vedada, pelo legislador, qualquer estipulação de pacto comissório; instituto que dá ao credor o poder de avocar para si a coisa dada em garantia face ao não pagamento do preço pelo comprador, lhe sendo obrigatório, portanto, vender o bem para que restituído seja o valor do débito. Tal limite é importante para impedir que a alienação fiduciária seja um instrumento distorcido de uma compra e venda, hipótese muito freqüente nos contratos de leasing.

Dessa forma, veio o instituto da alienação fiduciária, preencher, principalmente, os anseios das instituições financeiras, que passaram a auferir, então, maiores garantias para a satisfação dos seus créditos.

Apesar dos seus aspectos extremamente positivos, como a possibilidade do financiado ter seu direito de posse sobre a coisa alienada, lhe assegurando o uso e gozo, podendo usufruí-lo da forma como entender, a alienação fiduciária possuía alguns pontos controvertidos, criticáveis, que merecem uma análise mais detida, mais apurada, que esclareça certas distorções do instituto, como no caso era a do cabimento de prisão civil por descumprimento desses contratos de alienação fiduciária, que foi praticamente abolida pelo decisão do STF.

Na ação em que o Supremo Tribunal Federal julga a constitucionalidade da prisão civil para devedor em alienação fiduciária, os ministros podem rever a prisão civil para o próprio depositário infiel. A discussão foi acesa pelo ministro Gilmar Mendes. O Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, permite prisão civil apenas em caso de inadimplência de dívida alimentícia.

Para o ministro, o pacto tem menos poder do que a Constituição brasileira, mas é hierarquicamente superior à legislação infraconstitucional. Portanto, não revoga a possibilidade de prisão civil para depositário infiel, mas revoga a lei que regulamenta essa previsão constitucional. Com base nesse entendimento, a prisão para o depositário cairia num vago legislativo e não poderia ser aplicada.

2.3. A Natureza Jurídica da Alienação Fiduciária de Bem Móvel

A alienação fiduciária de bens móveis, criada pela Lei n. 4.728/65, modificada pelo Decreto-lei n. 911/69, foi tipificada no artigo 66, como um contrato que constitui mais um direito real de garantia, a propriedade fiduciária.

A alienação fiduciária é um contrato bilateral porque encerra os direitos e obrigações para credor e devedor, que visa transferir a propriedade de coisas móveis, com fins de garantia (propriedade fiduciária); é oneroso, porque ambas as partes visam

vantagens ou benefício; é formal porque obedece a diversas formalidades, dentre as quais, o registro no cartório competente; é comutativo, pois as obrigações recíprocas tem relativa equivalência; é acessória porque objetiva garantir um contrato principal de empréstimo.

Vemos que o contrato de alienação representa o título inquisitivo da propriedade fiduciária, que é um direito real típico, uno e indivisível até a liquidação do débito que a originou. Em se tratando de propriedade resolúvel, cuja finalidade é apenas a garantia, o credor, embora adquira o domínio, não pode ficar com a coisa para si, em ocorrendo o inadimplemento. Pelo contrário, ele adquire sob a condição resolutiva de a devolver mediante o integral pagamento da dívida e, incorrendo esse pagamento, deverá vender o bem e aplicar o produto no pagamento de seu débito, devolvendo eventual saldo devedor, conforme preceitua o artigo 66 com a redação a que lhe foi dada pelo Decreto-lei n. 911/69.

Observa-se que a Lei n. 4.728 e o Decreto-lei n.911/69 não utilizam à expressão contrato, o que, todavia, não traz nenhuma dúvida quanto à caracterização da alienação fiduciária de bens móveis em garantia, como negócio jurídico bilateral, análogo àqueles que visam constituir direitos reais de garantia e que são denominados contratos pelo Código Civil, no artigo 761: " Os contratos de penhor, anticrese e hipoteca declaração, sob pena de não valerem contra terceiros". Esses contratos, não são contratos obrigatórios, pois não criam, modificam ou extinguem obrigações. São negócios jurídicos que não se situam no campo do direito obrigacional, mas, sim, no direito das coisas."

A alienação fiduciária em garantia, como negócio fiduciário que é, compõe-se de dois elementos: obrigacional e real. O obrigacional esta expressado na dívida oriunda do financiamento do próprio bem, enquanto que o real se refere à alienação da coisa, com a transferência da propriedade ao credor para a garantia da dívida decorrente do financiamento. A alienação fiduciária transfere o direito de propriedade limitada pelo escopo de garantia.

Segundo ALFREDO BUZAID:

> "O nexo que se forma entre os elementos 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. O objetivo da alienação exclui que a transferência possa ser considerada uma datio in solutum, pois esta representa uma forma de pagamento, cuja função consiste em extinguir a obrigação.”**2**

A alienação fiduciária , segundo PAULO RESTIFFE NETO e PAULO SERGIO RESTIFFE :

> “Encerra em sua unidade dois elementos distintos: um de ordem obrigacional (do devedor), relacionado com o pagamento da dívida decorrente do financiamento; e outro de direito real, consistente na alienação da coisa, que se transfere ao financiador em garantia do cumprimento da obrigação de pagar toda a importância final do financiamento.”

O direito brasileiro, quanto à transmissão de direitos reais, distingue duas figuras, o contrato obrigatório (compra e venda, doação, por exemplo) e o modo de aquisição (tradição para coisas móveis e a transcrição para bens imóveis). Entre essas duas figuras existe o acordo de vontade das partes contratantes para o adimplemento da obrigação (transmissão da propriedade), acordo que se perfaz com a tradição ou transcrição.

O contrato de alienação fiduciária encerra duas relações: obrigacional (dívida) e real (a transferência da propriedade), sendo que o acordo de vontades para constituir uma obrigação difere do acordo de vontades para constituir direito real de garantia. A vontade de pagar a obrigação contratada só existe naqueles casos em que o cumprimento do dever seja o próprio negócio jurídico. A fim de se compreender o que foi dito, vale se lembrar que existem outros negócios que não se constituem em adimplemento de uma obrigação. Quando alguém da um imóvel em hipoteca para garantia de um mútuo afigura-se como negócio de direito das coisas, o que não é decorrente do mútuo, pois existem empréstimos sem garantia real. A constituição do gravame é negócio jurídico de direito real, que exige a vontade dirigida àquela finalidade e não poderá ser considerada como implícita no mútuo.

---

[2] - ALFREDO BUZAID – Ensaio sobre a Alienação em Garantia, Revista dos Tribunais, vol,.401, pg 9-29 (citação pg-19) - RESTIFFE NETO, RESTIFFE – Garantia Fiduciária, . p.313.

A lição de JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES ensina que:

> "Em nosso sistema jurídico, embora como se verifica nos termos do artigo 933 do Código Civil, o acordo de vontade para criar a obrigação de transmitir a propriedade se distinga do necessário ao adimplemento dessa obrigação, este se considera implícito naquela, ou, em outras palavras, a vontade de obrigar-se e a de cumprir a obrigação estão co-declaradas no contrato obrigatório, não se distinguindo, portanto, materialmente. Em se tratando de contratos de penhor, anticrese e hipoteca (e igualmente de alienação fiduciária em garantia), ressalta, mais nitidamente, a distinção entre esses dois diferentes acordos de vontade, 3porquanto, nesses casos, não há a vontade de obrigar-se, mas apenas de constituir o direito real de garantia."**3**

Assim, um contrato de hipoteca, ao ser celebrado, não faz surgir nenhuma obrigação entre as partes e se consuma por meio da transcrição no Registro de Imóveis, que pode ser requerida por qualquer interessado e não apenas pelo credor. Com base na nomenclatura do Código Civil, e à semelhança que sucede com o penhor, a hipoteca e a anticrese, pode-se caracterizar a alienação fiduciária em garantia como um contrato não obrigatório e que se situa no campo do direito das coisas.

Notamos que no direito civil brasileiro, os direitos reais não nascem do simples acordo de vontades, pois dependem da tradição ou transcrição, conforme se trata da coisa móvel ou imóvel. O simples acordo de vontades não é suficiente para produzir efeitos reais que só vão surgir com a realização de um daqueles atos denominados como modos de aquisição da propriedade: para os móveis, a tradição efetuada após o acordo de vontades transmite a posse e o direito de propriedade; para os imóveis, a transcrição consagra o direito real.

Para ORLANDO GOMES;

> "A natureza da alienação fiduciária, consideradas as limitações do poder do adquirente da propriedade, é explicada à luz das três principais construções teóricas. A primeira serve-se de um pacto obrigacional agregado à transferência da propriedade, que se destina a neutralizar o

[3] - MOREIRA ALVES – Da Alienação Fiduciária em Garantia, 4. ed., p. 40.

> efeito real da transmissão, condicionando-o ao fim especial para qual ela se realiza. A segunda teoria de origem alemã, tem a condição resolutiva para justificar a limitação do direito real do fiduciário, que adquire uma propriedade temporária, para fim determinado. A terceira teoria dissocia o direito do fiduciário, que, nas relações externas, é de propriedade e, nas internas, é de crédito, figurando em certos casos, como um mandatário e, em outros, como accipens.(credor de boa fé)**4**

Concluindo ORLANDO GOMES diz que:

> "Os efeitos do negócio fiduciário variam conforme a construção aceita, salientando que a teoria da condição resolutiva oferece maior segurança ao fiduciante. "Essa resolubilidade é uma proteção ao fiduciante, que ´´e o sujeito ativo em favor do qual o adimplemento da obrigação ocasiona a cessação dos efeitos do contrato, para ambas as partes, ou seja, a reaquisição da titularidade e do domínio sobre o bem alienado em garantia, independentemente da intervenção do fiduciário, agora ex-credor, que perde a posse indireta e o domínio."

Resta saber, uma vez fixada a natureza jurídica da alienação fiduciária, se o simples acordo de vontades em que ela se consubstancia é suficiente para o nascimento da garantia real, que é a propriedade fiduciária, ou se é necessário, para isso, um ato, tradição ou inscrição, à semelhança do penhor e da hipoteca.

3. AÇÕES DECORRENTES DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM MÓVEL

Quando o devedor deixa de pagar a divida e o credor quer valer-se da garantia, tem hoje à sua disposição quatro meios de realizá-la: a venda extrajudicial do bem; a busca e apreensão; a ação de depósito e a ação executiva.

---

[4] - ORLANDO GOMES – Alienação Fiduciária em Garantia, 4. ed. , p.43.

A venda extrajudicial do bem alienado esta prevista no artigo 1.364 do Código Civil. Essa disposição legal tornou inequívoca a natureza da venda, que é uma operação particular, “sem qualquer intervenção judicial. Numa palavra: venda extrajudicial”.

Quanto à venda extrajudicial, é possível ao credor vender o bem terceiro, embora não tenha em seu poder, o que apresenta o inconveniente de não se obter o melhor preço, “pois o terceiro comprador terá que litigar com o esbulhador para obter a posse da coisa”. Nesse caso, é de se lembrar que o credor não se consolidou a posse e a propriedade plena e a venda traz o risco de não se concretizar, uma vez que ao devedor é facultado purgar a mora se já tiver pago pelo menos 40% do preço financiado, isto para alguns doutrinadores só pode ocorrer , “se o credor houver requerido busca e apreensão do bem” e desde que efetivamente apreendido”. O devedor , de acordo com alguns doutrinadores, “deve requerer a purgação das mora depois de ter sido citado e a citação só se expede após a execução da liminar, isto é, depois de efetuado a apreensão” , tudo conforme estabelece o parágrafo 1º do artigo 3º, do Decreto-lei n. 911/69.

A venda extrajudicial, excluída qualquer intervenção judicial, só pode ocorrer, isenta de riscos para o adquirente, naqueles casos em que o devedor espontaneamente devolve o objeto financiado ao credor. Não sendo assim, essa venda terá que ser precedida de uma ação de busca e apreensão, a menos que se entenda a expressão “sem qualquer intervenção judicial” como referência exclusiva à venda, que pode ser realizada sem a mínima participação do judiciário, pois é desnecessário a autorização judicial para a alienação do bem, ainda que ajuizada a ação.

Após a sentença de primeiro grau, em que se pediram atos de busca, apreensão e depósito, a venda pode ser realizada, ainda que desprovida de segurança jurídica, já que a sentença pode ser reformada, tornado se efeito os atos já realizados, possibilitando que o devedor possa reaver o bem e conseguir reparação por eventuais danos sofridos.

Após a apreensão do objeto da garantia fiduciária, a venda se impõe, pois é proibido o pacto comissório. Por isso, a venda não é uma faculdade do credor, mas um ônus jurídico, porque a lei proíbe a incorporação do bem alienado ao seu patrimônio em pagamento da dívida. A venda extrajudicial, todavia, poderá deixar de ser meio de

execução do crédito, desde que as partes a excluam, expressamente no contrato, conforme prevê o artigo 2º do Decreto-lei n. 911/69.

A venda extrajudicial pode ser realizada, desde que proferida a sentença de primeiro grau em ação de busca e apreensão. Lembra MELHIM NAMEM CHALUB que:

> "É majoritária a doutrina no sentido de que o credor não pode, antes da sentença que ponha fim ao litígio e autorize a venda, alienar o bem dado em garantia, sobretudo à revelia do juízo, pois o fiduciário ainda não possui titulo de propriedade até então, mas, de depositário judicial." [5]

O credor pode vender o bem alienado pelo preço que encontrar. Todavia, a fim de preservar a liquidez remanescente do débito, deve permitir que o devedor acompanhe o processo alienatório, já que ele terá direito a eventual sobra, mas, também, continuará responsável pela diferença se o preço alcançado com o bem objeto da garantia não for suficiente para o total adimplemento do débito. O direito do devedor é legitimo para impedir que o credor, por má-fé ou desinteresse, venda a coisa por preço irrisório, resultando em saldo devedor superior àquele efetivamente devido. Além disso, o devedor, ao fiscalizar, poderá aferir a exatidão das despesas que o credor fez para realizar a venda e que deverão ser acrescidas ao montante da divida.

Essa venda extrajudicial só pode ocorrer se o devedor deixar de adimplir as prestações, ressalvado que, se a tiver pago 40% do preço financiado, lhe é licito purgar a mora. O ônus de vender se faz no intuito de satisfazer o crédito, devendo o credor devolver o saldo que remanescer sob pena de enriquecimento sem causa. Se o preço da venda for insuficiente para o pagamento da divida e seus acessórios, o devedor continuará responsável pela diferença. No tocante ao saldo devedor, o credor será mero credor quirografário, salvo se, além dessa propriedade, existir outra garantia a tutelar o seu crédito.

O Decreto-lei n. 911/69 tornou clara as ações decorrentes da alienação fiduciária. Emergem do Decreto-lei n. 911/69 as ações de busca e apreensão, depósito,

---

[5] - MUHIM NAMEM CHALHUB – Negócio Fiduciário, p. 178.

execução e possessórias, previstas nos artigos 3º, 4º e 5º, como meios de proteger os direitos do credor.

3.1. Ação de Busca e Apreensão

É a ação por meio da qual o fiduciário obtém a coisa em poder do fiduciante, tornando-se possuidor exclusivo do bem alienado fiduciariamente. Não é medida cautelar, tendo procedimento próprio sujeito a regras especiais, que possibilitam ao credor obter a satisfação de seu crédito com a consolidação da propriedade, que legítima a venda extrajudicial do bem alienado.

É a mais freqüente das ações, porque oferece ao credor a consolidação da propriedade e posse plena, o que lhe permitirá, assim que prolatada a sentença, vender o bem e pagar-se. É um procedimento autônomo, de natureza satisfativa e restringe-se à busca da coisa dada em garantia, não tendo relação com a ação de cobrança do débito.

De acordo com GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, :

> "A ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente é concedida ao credor ou proprietário fiduciário em detrimento do devedor ou terceiro, e deve o juiz deferi-la liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor (artigo 3º do Decreto-lei n. 911/69)."**6**

Essa liminar não pode ser entendida como aquela oriunda da medida cautelar, pois a ação de busca e apreensão prevista no decreto-lei n. 911/69 não visa segurar o resultado útil de outro processo e, uma vez realizada, o credor tem seu interesse satisfeito, não necessitando de nenhuma outra medida judicial, razão de não se ver, nesse procedimento, a instrumentalidade típica das cautelares.

---

[6] - GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO – Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia, p. 380.

A ação de busca e apreensão é uma ação mandamental, de natureza real, na qual o juiz condena o réu (devedor - fiduciante) a devolver o bem, atribuindo ao credor fiduciário propriedade e posse plena, dando-lhe o direito de, após a sentença, vender o bem, o que poderá ser feito extrajudicialmente. Anote-se que o recurso da sentença, no caso, só tem efeito devolutivo, razão pela qual nada impede a venda do bem apreendido.

A procedência do pedido, nesse tipo de ação, consolida a propriedade em nome do credor fiduciário, que estará obrigado a vender o bem para a satisfação de seu crédito, que se não satisfeito o legítima a promover a execução, já que o devedor continua responsável pelo saldo devedor remanescente, conforme estipula o inciso 5º do artigo 1º do Decreto-lei n. 911/69.

ORLANDO GOMES, em nota de rodapé, sustenta que uma interpretação sistemática do Decreto-lei n.911/69 autoriza a concluir que o parágrafo 4º do artigo 1º e o parágrafo 5º do artigo 3º tratam de situações diversas. Lembra o professor ORLANDO GOMES, que, no processo de busca e apreensão, existem duas decisões: a concessão da liminar da medida e a sentença de mérito. Após a concessão da liminar, com base no parágrafo 4º do artigo 1º, o credor estaria legitimado para vender o bem alienado, entregando eventual saldo devedor ao fiduciante. Proferida a sentença do mérito, a propriedade estará consolidada nas mãos do credor, podendo ele ficar com o bem ou vendê-lo pelo preço que encontrar, sem, contudo estar obrigado a devolver ao fiduciante, o saldo porventura apurado. Nesse caso, a venda passa a ser o exercício do pleno poder de dispor de um proprietário irrestrito e não mais um ônus para realização de uma garantia, quando o credor ainda não teve a propriedade consolidada. Segundo o autor,

> “A construção, ora esboçada, pode ser inconveniente sob o aspecto pratico, em algumas conseqüências, mas não se choca com a proibição do pacto comissório porque é a própria lei, não as partes, que determina essa solução e nada impede que a verificação da condição resolutiva seja atribuída ao juiz na sentença, como, de resto, em outros casos da propriedade resolúvel. Admitida essa interpretação, se o credor quer excutir a garantia vende o bem nos termos do parágrafo 4º do artigo 1º, mas

> se prefere consolidar a propriedade aguarda a sentença do mérito”.[7]

A doutrina e a jurisprudência, todavia não tem concordado com tal procedimento. É assente que a venda extrajudicial só é permitida após a sentença proferida nos autos da ação de busca e apreensão. Antes da sentença, não estão consolidados o domínio e a posse em mãos do credor, não lhe sendo possível alienar o bem. Os dispositivos legais dos artigos 1º e 3º do Decreto-lei n. 911/69 não permitem a venda antes da sentença, pois o credor, até então, só dispõe de propriedade resolúvel.

Segundo PAULO RESTIFFE NETO:

> “Só o resultado da procedência da ação e consolidação da propriedade e posse plena e exclusiva do objeto em mãos do autor através da sentença de primeiro grau autoriza a venda. Aí o credor fiduciário teve reconhecido seu titulo de propriedade. Portanto, enquanto não obtida a prestação jurisdicional favorável, não pode o autor, que agora é que detém a coisa apreendida na qualidade de depositário judicial, e não de seu proprietário, abrir mão do depósito e alienar o objeto depositado, sobretudo à revelia do juízo, que é o dirigente do processo e só a quem cabe dispor sobre a destinação e guarda da coisa litigiosa. Nem se compreenderia um esvaziamento do processo, por inovação oculta ou dissimulada de uma das partes litigantes como ato de arbítrio imposto ao juízo. A sentença favorável ao credor consolida a propriedade e a posse plena e exclusiva do objeto em suas mãos e implica o levantamento automático do depósito, servindo de 8título executório de que poderá valer-se desde logo o autor para proceder à venda judicial ou extrajudicial, conforme sua conveniência, ainda que tenha havido recurso, sem efeito suspensivo, que a lei especial expressamente assim o declarou no parágrafo 5º do artigo 3º. Só que neste caso a execução (venda) será sempre com caráter provisório, pois que sem coisa julgada não há de falar-se em execução definitiva (artigos 521 e 587 do atual CPC) .” **8**

Essa tese acompanha a proposta contida na exposição de motivos anexada ao Projeto de que resultou o Decreto-lei n. 911/69, e que diz taxativamente que: “A

---

[7] - ORLANDO GOMES – Alienação Fiduciária em Garantia, 4. ed. , p. 126, nota 3.
[8] - RESTIFFE NETO, RESTIFFE. – Garantia Fiduciária., 3. ed., p. 755.

busca e apreensão é, no caso, processo autônomo e exaustivo, cuja decisão termina o litígio, autorizando a venda extrajudicial do bem."

Embora o artigo 3º do Decreto-lei n. 911/69 inclua o terceiro como legitimado passivo para ação de busca e apreensão, não se tem dispositivo como de boa técnica, pois o terceiro não faz parte da relação de direito material estabelecida entre fiduciante e fiduciário, o que viria comprometer a relação processual.

Pelas muitas vantagens dada ao credor pelo Decreto-lei n. 911/ 69, notamos uma clara e evidente desvantagem do devedor frente a relação processual, tornando-se a ação de busca e apreensão extremamente abusiva aos olhos constitucionais, pondo em desequilibro a relação, com grande margem de vantagens as Instituições Financeiras Brasileiras.

3.2. Ação de Depósito

A Ação de Depósito direta ou pela conversão da busca e apreensão, não tem, ainda, um consenso, diante da possibilidade de prisão civil que emerge quando o bem não é encontrado. A figura do infiel depositário sofre criticas e os tribunais tem julgado de formas diferentes, bastando, para se ter a idéia dimensão do problema, avaliar as posições dos Tribunais Superiores – STJ e STF.

A celeuma está em se considerar a existência do depositário legal no instituto da alienação fiduciária. Há vários entendimentos de que, no instrumento de alienação fiduciária , não existe o instituto do depósito, tal como previstos nos artigos 627 a 652 do Código Civil, inexistindo, por conseguinte, o depositário, o que torna impossível a prisão do devedor fiduciante.

O Superior Tribunal de Justiça, a partir da sessão da Corte Especial de 5. 5. 99 (EREsp. 149.518/GO), por unanimidade , passou a considerar a prisão do depositário infiel como ilegítima, argumentando não se estar diante de um verdadeiro contrato de depósito, pois o fiduciante não esta guardando coisa alheia, porquanto os bens são do próprio devedor e foram dados em garantia. O STJ

entendendo que não se pode admitir o domínio do credor fiduciário, uma vez que não é licito reter a coisa para si. Ele terá de vendê-la, sendo que , se o valor da venda for superior ao seu crédito, deverá devolver o remanescente ao devedor.

O credor, que tem o domínio resolúvel, não pode ficar com a coisa para si. Assim, não sendo o credor o proprietário, não poderia ter dado a coisa em depósito. Ainda que o contrato fosse equivalente ao de depósito, o depositário, na alienação fiduciária, não esta obrigado a restituir a coisa, porquanto o pagamento do débito elimina a hipótese de restituição.

Já o Supremo Tribunal Federal, entende que a prisão civil do infiel depositário tem base constitucional, por ter sido o Decreto-lei n. 911/69 recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e ser a convenção americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) uma norma infraconstitucional declarada em vigor, como lei geral, que não derrogou o Decreto-lei n. 911/69, que é lei especial.

A discussão acerca da possibilidade ou não da prisão do infiel depositário foge ao propósito do presente estudo, dispensando-se incursão nos aspectos meta jurídicos, embora relevantes e respeitáveis, razão pela qual limita-se à análise dos interesses protegidos pelo Decreto-lei n. 911/69, no que concerne à venda do bem alienado fiduciariamente e suas conseqüências.

Quando, em cumprimento à liminar concedida na ação de busca e apreensão, o bem não é encontrado, o credor pode requerer, com base na certidão negativa que o Oficial d Justiça vai exarar em cumprimento da diligência, a conversão dessa ação em ação de depósito, cujo rito obedecerá o artigo 902 do Código de Processo Civil.

A ação de depósito é cabível contra o devedor fiduciante e jamais contra os avalistas, fiadores ou terceiros interessados, porque não tem a posse direta do bem, como depositários, e, portanto, não podem tornar-se infiéis depositários.

A ação de depósito é, também, autônoma, não se confundindo com ação de cobrança, da qual tem natureza diversa, já que objetiva apenas a restituição da coisa alienada fiduciariamente. Quando o credor não conseguir receber a coisa, ou o seu equivalente em dinheiro, poderá prosseguir nos próprios autos para haver o que lhe foi reconhecido na sentença. Se receber o bem, deverá vendê-lo e pagar-se, restituindo ao devedor o que restar, hipótese pouco provável, visto que as instituições financeiras abusam dos cálculos dos débitos atrasados, tornando-se o

devedor um refém sem perspectiva de que seja feita a justiça e que lhe seja devolvido algum centavo sequer.

3.3. Ação Possessória

Notamos que a Lei n. 4.728/65, trouxe na sua redação original, várias dúvidas sobre o elenco de ações disponibilizadas para a tutela dos direitos decorrentes dos contratos de alienação fiduciária. Nos termos do inciso 8º do artigo 66 primitivo, o proprietário pode utilizar-se das ações possessórias.

As modificações trazidas pelo Decreto-lei n. 911/69 suscitaram discussões acerca da utilização de ação possessória, diante da sustentação de serem *numerus clausus* as ações nele previstas, o que não permitiria o uso de possessórias. Entretanto não pode existir nenhuma objeção no Decreto-lei n. 911/69, não se controverte quanto ao cabimento das ações possessórias, pois em quaisquer circunstancias, se a posse foi esbulhada, é cabível a proteção por meio de ação reintegratória.

A alienação fiduciária consumou o desdobramento da posse: direta, com o devedor e indireta, com o credor. Essas posses desdobradas permitem que cada um utilize a ação possessória contra o outro, se presente o esbulho ou turbação. Portanto, se a dívida não é paga e o devedor se recusa a devolver o bem alienado, é possível a utilização de via possessória.

A posse do devedor fiduciante só se justifica enquanto viger o contrato. Reincidido o contrato, a posse perde seu título, e, se o devedor se recusa a transmiti-la ao proprietário e credor, comete esbulho possessório, o que justifica o manejo da ação possessória. A partir de 1969, as ações possessórias revelaram-se de pouca utilidade diante da eficácia das ações oferecidas pelo Decreto-lei n. 911/69.

3.4. Ação de Execução

O artigo 5º do Decreto-lei n. 911/69 possibilita ao credor fiduciário buscar a satisfação do seu crédito pela via executiva, podendo penhorar tantos bens do devedor quantos forem suficientes para a integral satisfação de seu crédito. Essa penhora não deve recair sobre os bens em garantia, uma vez que o domínio resolúvel pertence ao credor. A principio, falar-se em penhora do bem alienado soa como absurdo jurídico, pois o domínio resolúvel é do próprio credor e penhora equivaleria a constritar bens dele próprio. Todavia, pode-se compreender a penhora como possível, desde que o credor renuncie a garantia fiduciária, o que é admitido diante da análise conjunta das disposições do parágrafo 7º do artigo 1º do Decreto-lei n. 911/69, que estabelece a aplicação à alienação fiduciária em garantia, no que couber, dentre outros, o artigo 802, do Código Civil (artigo 1.436 no novo Código Civil) e as disposições do Código Civil e Processo Civil, pertinentes a matéria.

A despeito da Súmula 242 do STF na qual diz que "o bem alienado fiduciariamente não pode ser objeto de penhora nas execuções ajuizadas contra o devedor fiduciário", entende PAULO RESTIFFE NETO e PAULO SÉRGIO RESTIFFE que:

> "Deve-se interpretar no sentido da permissibilidade e, em processo de execução de título garantido por alienação fiduciária, recair a penhora no próprio bem agravado, ainda mais que não há proibição legal nem incompatibilidade para tanto, e, e consoante o principio da legalidade estampado no artigo 5º, II, da Constituição da República de 1988, os interessados somente estão proibidos de fazer alguma coisa se a lei expressamente vedar. Com isso, poderá até legitimamente ser ajustado no pacto em que se estabeleça a garantia fiduciária ser possível, em caso de cobrança judicial executiva, efetivar-se a penhora no bem gravado fiduciariamente. Mas, independentemente da cláusula, repete-se, não há proibição nem legal, nem de ordem lógica para tal penhora, que alcança os direitos do fiduciante".[9]

Já opinião contrária tem JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES ao observar que:

[9] - RESTIFFE NETO, RESTFFE. Garantia Fiduciária. , 3.ed. , p.1021.

> "O bem alienado fiduciariamente não pode, entretanto, ser penhorado, pois ele não mais é da propriedade do devedor, e, sim do credor". **10**

O Decreto-lei n. 911/69 disciplina a aplicação à alienação fiduciária e, à luz das disposições do artigo 802, do Código Civil, o entendimento esposado por Restiffe apresentar-se jurídico. Segundo o artigo 802, o penhor se resolve pela extinção da obrigação, pelo perecimento da coisa, pela renuncia do credor, pela adjudicação judicial, remissão, venda amigável,, confusão na mesma pessoa das qualidades de credor e dono da coisa, permitindo interferir que a propriedade fiduciária também deixe de existir, em casos tais. Quaisquer dos diferentes modo de extinção do penhor previsto no artigo 802 levam, também, à extinção da propriedade fiduciária, cessando a sua finalidade de garantia. A propriedade fiduciária, como sucede com os direitos patrimoniais em geral, pode ser renunciada pelo credor, persistindo o crédito. Portanto, se o devedor não dispõe de bens suficientes para garantir a execução, em vez de aguardar-se a venda dos bens penhorados, para, então, ajuizar-se a ação de busca e apreensão, ou vice versa, admite-se, desde o inicio da execução, constritar-se, pela penhora, o bem alienado fiduciariamente, para buscar a integral satisfação do crédito do fiduciário.

Hoje, o artigo, 802 do Código Civil, corresponde ao artigo 1436 do CC/02, que prevê a extinção do penhor quando se extingue a obrigação, quando perece a coisa, pela renuncia do credor, pela confusão na mesma pessoa das qualidades de credor e de dono da coisa e pela adjudicação, remissão ou a venda da coisa empenhada, feita pelo credor ou por ele autorizada.

A conclusão em face do artigo 1436 é a mesma que se fez na vigência do Código Civil de 1916.

Deve-se lembrar que a garantia da propriedade fiduciária é constituída para que, em caso de inadimplemento, possa o credor vender o bem e reverter o produto a beneficio de seu crédito. Quando o credor prefere receber, por meio da ação de execução, a totalidade de seu crédito, a penhora sobre o bem alienado assegurará a satisfação do único interesse tutelado: o pagamento do credor. Na ação de busca e

---

[10] - MOREIRA ALVES , citado por RESTIFFE NETO, RESTIFFE. Garantia Fiduciária, 3., p.1016.

apreensão, o objetivo final é a apreensão do bem e a consolidação da posse plena para a sua venda judicial ou extrajudicial, cujo produto é destinado a satisfação do crédito do fiduciário. Da mesma forma, a efetividade da garantia fiduciária deve ocorrer no processo executivo, pelo que o bem será penhorado, tão somente para que possa ser vendido em hasta pública e o produto destinado ao pagamento do crédito do fiduciário.

A possibilidade é, de fato, jurídica, ainda mais quando se observa o resultado útil de ambos os procedimentos são os mesmos, ou seja, vender o bem para satisfação do crédito do fiduciário. Deve-se ter em conta, também, que o processo moderno orienta-se pelo principio da efetividade da garantia, como forma de realizar o direito material subjetivo, por meio da entrega da justa prestação jurisdicional satisfativa.

A ação executiva é o meio adequado para buscar a satisfação do crédito, quando o bem estiver desaparecido ou destruído. O que se busca com a ação é cobrar a dívida. Que pode ser total, isto é, prestações vencidas e vincendas, pois é facultado ao credor, nesses casos, considerar ou não vencida antecipadamente a dívida. A execução poderá ser proposta pelo credor fiduciário e aqueles que se sub-rogarem legalmente contra o devedor e demais coobrigados. A tutela executiva pode ser movida contra o devedor e os demais coobrigados, sendo que, em relação ao avalista, a execução corresponderá apenas as parcelas vencidas quando ajuizada a ação, pois a sua obrigação é cambiária, ou seja, a dívida que garante , só poderá ser cobrada a parti da data do vencimento previsto no contrato, isto se tratar do garantidor de notas promissórias caucionadas ao contrato. Em se tratando de cédulas, o vencimento antecipado atinge o avalista, por expressa disposição cedular.

O procedimento é o dos artigos 646 e seguintes, do Código de Processo Civil.

4. ANALISE CRÍTICA AO DECRETO-LEI Nº. 911/69 E SUAS ALTERAÇÕES

O Decreto-lei n. 911/69 foi introduzido no Brasil no período da ditadura, estabeleceu normas processuais fiduciária que em seus textos trouxeram regras que claramente protegem e reforçam as instituições financeiras, sempre detentoras do poderio econômico do país.

O ano e o momento em que foi elaborado poderia explicar sua completa contradição com o ordenamento jurídico vigente. No entanto, suas alterações, as mais importantes foram trazidas pela Lei nº 10.931/04, que também facilitam a atuação das instituições financeiras, tanto na busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, como na sua venda, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extra judicial, exceto disposição expressa no contrato, deixando o devedor fiduciário indefeso. No mais, fere também os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, da isonomia e do livre convencimento do Juiz, fazendo-o que conceda a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente sem a oitiva da parte contrária, transgredindo claramente a Carta Magna Brasileira.

Com tudo isso é que somos levados a crer na força econômica e política que tais instituições possuem no Congresso Nacional, pois são elas as únicas beneficiadas pelo referido Decreto, ao arrepio de todo ordenamento jurídico vigente, sendo este o entendimento extraído dos acórdãos selecionados do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O referido Tribunal de Justiça Gaúcho tem entendido e decido que não é possível a concessão de medida liminar de busca e apreensão quando o fundamento para tal é a simples mora, obstando ao fiduciante a mais ampla defesa. Nota-se que o Decreto-lei n. 911/69 está, a toda evidencia, neste ponto, desconforme com a legislação vigente, como bem ressaltam os seguintes julgamentos: 70011251485 , 70012708657 , 70012721312 e 70012618823 . No mais, é de ser garantido ao devedor a ampla defesa, sobretudo em não sendo caso de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Por isso, se faz necessário que estejam presentes os requisitos autorizadores essenciais e comuns à concessão de liminares em geral, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Notamos que a Lei nº 10.931/04 trouxe alterações ao Decreto-Lei n. 911/69, as quais apresentam maior efetividade ao processo de busca e apreensão e satisfação do crédito em atraso para contratos com alienação fiduciária em garantia. Por alterar

apenas normas de natureza processual, a vigência da referida lei, possui imediata aplicação nos processos em andamento, devido a principio do isolamento dos atos processuais, acolhido pelo nosso ordenamento jurídico.

O artigo 2º da Lei nº 10.931/04 permite ao proprietário fiduciário vender o bem a terceiros independente do leilão, praça ou hasta pública, bem como comprovado o inadimplemento contratual, será facultado ao credor considerar vencidas todas as obrigações contratuais, independente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial. A nova Lei alterou de maneira substancial os parágrafos 1º ao 6º do artigo 3º do decreto-lei n. 911/69, incluindo os parágrafos 7º e 8º, visando facilitar a venda do bem retomado do devedor inadimplente pelas instituições financeiras.

O artigo 3º do Decreto-lei n. 911/69 nos diz que comprovada a mora e o ajuste contratual, poderá o proprietário fiduciário ou o credor, requerer a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. Ao se comparar a redação primitiva dos parágrafos do referidos artigo com a criada pela Lei nº 10.931 de 2004, resta notório o favorecimento das instituições financeiras frente ao devedor.

Prévia, inicialmente, o parágrafo 1º que executa a medida liminar de busca e apreensão poderia o réu, tendo pago 40% do preço financiado, requerer a purgação da mora. No entanto, com a nova redação, tal possibilidade foi suprimida a texto legal, podendo o credor, após 5 dias da efetivação da liminar de busca e apreensão do bem dado em garantia, requerer junto as repartições competentes a expedição de novo certificado de registro de propriedade, em seu nome ou em de terceiro por ele indicado, livre de ônus, deixando como única possibilidade ao devedor, de acordo com o parágrafo 2º, no prazo do parágrafo 1º pagar a integralidade da divida pendente , para o bem lhe ser restituído livre de ônus.

Já no que tange ao prazo de contestação, houve alteração com a introdução do parágrafo 3º do artigo 3º, passando de três dias para quinze dias o prazo para resposta, contados da execução da liminar, desconforme com o artigo 241, do CPC. No entanto é omisso o referido dispositivo, pois não prevê a citação do devedor para a apresentação da contestação, o que pode gerar a nulidade de todo o processo, por aí desrespeitar o principio constitucional do amplo contraditório.

Também é previsto no parágrafo 5º, também do artigo 3º, que da sentença, em caso de procedência do pedido, é cabível o recurso de apelação, recebido apenas no

efeito devolutivo , não havendo a suspensão de seus efeitos, podendo o credor proceder à venda extrajudicial do bem, e quando não for encontrado o bem alienado fiduciariamente, pode o credor requerer a conversão do pedido de busca e apreensão em depósito.

No entanto o Pleno do STF tenha decidido que a prisão do devedor alienante é constitucional, caso não entregue o bem alienado fiduciariamente, a Corte Especial do STJ, tornou pacifico o entendimento no sentido de que descabe a prisão do devedor civil que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária , sendo esta orientação a de melhor tom.

Concluímos que, ainda que prevista a discussão de cláusulas e encargos contratuais nos próprios autos da ação de busca e apreensão, bem como multa em favor do devedor fiduciário, no caso de improcedência da ação, com a analise acima exposta, fica evidente que a força econômica das instituições financeiras se faz presente e atuante em nosso Poder Legislativo, desde a época dos governos militares, quando foi editado o Decreto-lei n. 911/69, até hoje, com leis rapidamente editadas e votadas ao encontro dos critérios e conveniência ditados pelos “lobbys” dos bancos.

Analisando de forma fria e imparcial, nota-se também a falta de Legislação a ser incluída no Decreto-lei n. 911/69, no que tange ao critério de deferimento da Busca e Apreensão, sem jamais ser levado em conta a porcentagem paga, sendo 10 % ou 90% do bem alienado fiduciariamente, se adota o mesmo critério, não se levando em conta o mau causado ao devedor, ferindo claramente o CDC, visto que na pratica do dia a dia, diante dos cálculos leoninos das parcelas e multas em atraso, jamais as Instituições Financeiras restituem em nenhum centavo o devedor, reflexão a ser levado em conta, visto que a cada trimestre os lucros de tais Instituições Financeiras aumentam cada vez mais.

Notas:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE ALIENAÇÃO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FUNDAMENTOS E APLICAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS, SUPRIMENTO DA VONTADE VICIADA E INTEGRAÇÃO JURISDICIONAL. ÔNUS DA PROVA. O código de proteção ao consumidor (Lei n°8078/90) também é

aplicável aos negócios jurídicos firmados entre os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços (Art-3, Par-2), importando na declaração de nulidade formal absoluta das cláusulas viciadas por abuso de poder econômico, excesso de onerosidade e/ou enganosidade negocial (Art-51, e Par-1). No entanto, a validade do negócio pode remanescer, *quantum satis* e no âmbito de litígio judicializado, mediante a aplicação do princípio da preservação dos negócios (Art-51, Par-2), com a nulificação *ex tunc* e suprimento válido das cláusulas viciadas através da reconstrução judicial (integração) provocada ou necessária,pois as nulidades formais e materiais absolutas são cognoscíveis de ofício e em qual quer grau de jurisdição, âmbito em que o CDC sufraga, dentre outros, o princípio do inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, em face da sal objetiva hipossuficiência volitiva nas relações de consumo (Art-6, Inc-VIII, e Art-51, Inc-VI). Direito subjetivo a purgação da mora pelo devedor fiduciário. Os princípios que fundamentam o Código de Proteção ao Consumidor (Lei n°8078/90) asseguram ao devedor fiduciário, até prova concreta sobre matéria de fato em sentido contrário, o direito subjetivo de purgação da mora, independentemente da implementação da ab-rogada condição percentual estabelecida nas relações de consumo por força do disposto no Art-119, c/c o Art-51, Inc-IV, e Par-1, Incisos II e III, do CDC. Direito a purga da mora reconhecido. O DIREITO constitucional da ampla defesa na ação de busca e apreensão de bem sob alienação fiduciária. O direito fundamental insculpido no Art-5, Inc-LV, da CF, assegura a efetividade do contraditório e da ampla defesa aos litigantes devido, processo lega judicial ou extrajudicial, com todos os meios e recursos a ela inerentes, razão pela qual o Art-3, Par-2, do DL n° 911/69, não foi recepcionado pela Carta Política de 88, pois restringe estas magnas garantias na ação de busca e apreensão de bem sob alienação fiduciária em garantia, caracterizando nulidade processual de pleno direito, inclusive porque o Art-83 do Código de Defesa do Consumidor dispõe mandatóriamente que, para defesa dos direitos e interesses por ele protegidos, são admissíveis todas as espécies de ações e exceções capazes de propiciar a sua adequada e efetiva tutela. A pagas, impende mantê-la na posse e guarda do bem objeto do contratexame de plausibilidade: A ocorrência de mora *accipiendi* e os seus efeitos jurídicos nos negócios litigiosos. Em exame processual de plausibilidade, os procedimentos voluntários desenvolvidos pelo devedor em Juízo, a fim de reforçar o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* que fundamentam as pretensões ou exceções que deduziu na causa, bem assim qualificar a segurança patrimonial do litígio na parte em que advoga incumbir-lhe o ordenamento jurídico, caracterizam uma espécie de presunção *jure et de jure* quanto ao seu ânimo de adimplemento e litigância de boa-fé, âmbito em que se insere, dentre outros, o pedido para consignar, típica ou atipicamente, os valores que entende juridicamente corretos e devidos em demandas nas quais discute a nulidade formal e/ou material absoluta derivada da constituição abusiva, excessiva e/ou enganosa, de obrigações pecuniárias constituídas pelo credor no plano extrajudicial, independentemente dos valores depositados virem das obrigações. Neste contexto e em Juízo processual de plausibilidade sobre prova instrumental acerca do abuso do poder econômico, excesso de onerosidade e/ou enganosidade negocial nas cláusulas relativas aos encargos financeiros e outras obrigações essenciais e acessórias incidentes sobre o negócio jurídico litigioso *sub judice*, impõe-se a conclusão de que, no curso do processo e até o julgamento final da lide, não se caracteriza a constituição em mora do devedor pelo vencimento de obrigação viciada por nulidade

formal e/ou material absoluta, daí resultando a decisão provisória de suspensão da eficácia dessas obrigações nos lindes do negócio em que inseridas, todavia modificável por comprovado fato jurídico no superveniente na causa, de livre apreciação fundamentada pelo *Juízo a quo*. Agravo Improvido. (Agravo de Instrumento Nº 598561793, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 04/03/1999)". Fonte: <www.tj.rs.gov.br> acesso em 12 de setembro de 2005.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Os privilégios instituídos pelo Decreto-Lei 911/69 em favor das instituições financeiras ferem, flagrantemente, os princípios da igualdade perante a lei e da isonomia processual, bem como o do livre convencimento do juiz, especialmente a impor, no *caput* do artigo 3, o deferimento de liminar, sem a ouvida da parte contrária, tão-somente com a comprovação da mora. Ausência de risco de lesão grave, de difícil reparação. Agravo Não-provido. (Agravo de Instrumento Nº 599378429, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 24/06/1999)". Fonte: <www.tj.rs.gov.br> acesso em 12 de setembro de 2005.

"APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PRELIMINAR. Mesmo em sede de ações de busca e apreensão e de depósito mostra-se viável o exame da legalidade de disposições contratuais, como, aliás, se verifica da análise do disposto no caput e no § 1º do artigo 2º do Decreto-Lei nº 911/69. Por serem de ordem pública e interesse social as normas de proteção e defesa do consumidor, possível a declaração de ofício da nulidade das cláusulas eivadas de abusividade, independentemente de recurso do consumidor. MÉRITO. Declarada a imprestabilidade da notificação extrajudicial para constituir o devedor em mora, porquanto não-comprovado seu recebimento em mãos próprias. Ademais, diante dos encargos excessivos constantes da avença, restou descaracterizada a mora solvendi. Decretada a nulidade da cláusula resolutória expressa, a teor do disposto no CDC, por flagrantemente abusiva. Mantida a extinção do feito sem julgamento do mérito, em face da impossibilidade de julgar improcedente a demanda, como é o entendimento majoritário desta Câmara, por não haver sido perfectibilizada a citação. Preliminar rejeitada. Conclusão sentencial mantida, agregados outros fundamentos. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70011251485, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 25/08/2005)". Fonte: <www.tj.rs.gov.br> acesso em 12 de setembro de 2005.

"Agravo de instrumento. Decisão monocrática. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. DL nº 911/69. Liminar de busca e apreensão indeferida na origem. Abusividade de cláusulas contratuais. Necessidade de depósito das prestações mensais, atendido o valor principal parcelado, acrescido de juros legais e correção monetária. Recurso manifestamente improcedente. (Agravo de Instrumento Nº 70012708657, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Pereira da Costa Vasconcellos, Julgado em 25/08/2005)". Fonte: <www.tj.rs.gov.br> acesso em 12 de setembro de 2005.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. 1. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. O art. 3º, do Decreto-lei 911/69, deve ser interpretado em conformidade com o ordenamento jurídico.

Possibilidade de ampla defesa ao devedor fiduciante. Descabida a liminar com base na mera alegação de mora do devedor. Posse mantida até decisão de mérito. 2. AJG. É entendimento pacificado desta câmara que para o deferimento do benefício da AJG basta a simples afirmação do interessado que não possue condições de arcar com as despesas processuais. 3. MULTA. Multa acautelatória adequada para feitos e pedidos desta natureza. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70012721312, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 25/08/2005)". Fonte: <www.tj.rs.gov.br> acesso em 12 de setembro de 2005.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXIGÊNCIA DE ENCARGOS ILEGAIS/ABUSIVOS. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. Ainda que o DL nº 911/69 tenha sido recepcionado, no ponto, pela Constituição Federal, para a concessão da antecipação de tutela de busca e apreensão é necessário o preenchimento dos requisitos essenciais, como o fumus boni juris e o periculum in mora. A cobrança de encargos ilegais e abusivos descaracteriza a mora do devedor. Impõe-se o deferimento da AJG apenas para fins de processamento do Agravo de Instrumento. Agravo de Instrumento provido. (Agravo de Instrumento Nº 70012618823, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Castro Boller, Julgado em 25/08/2005)". Fonte: <www.tj.rs.gov.br> acesso em 12 de setembro de 2005.

Nas justificativas do Projeto da Lei 10.931, a intenção do legislador é evitar, entre outras conseqüências, a "extensa frota e automóveis ociosos e em processo de deterioração, situação essa economicamente indesejável e ineficiente, configurando total desperdício de recursos".

"A integralidade da dívida vem a ser o total do débito, isto é, o principal e os encargos contratuais, abrangendo comissões e demais despesas. Nesse sentido: (JTA 105/108), maioria. Código de processo civil e legislação processual em vigor / Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa – 37. ed., pág. 1137".

"Somente na hipótese de procedência da ação é que a apelação é recebida apenas no efeito devolutivo; na hipótese de improcedência, deve ser recebida em ambos os efeitos (JTA 125/258). Código de processo civil e legislação processual em vigor / Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa – 37. ed., pág. 1138".

"A conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito tem como pressuposto a não localização do bem. Por isso, a mesma não tem cabimento se o bem encontra-se 'com o devedor em local perfeitamente identificável' (STJ-3ª Turma, Resp 434,806-MS, rel. Min. Menezes Direito, j. 6.2.03, não conheceram, v.u., DJU 10.3.03, p. 193. Código de processo civil e legislação processual em vigor / Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa – 37. ed., pág. 1138".

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – PRISÃO CIVIL - INADMISSIBILIDADE. 1. Consoante pacificado pela Corte Especial, em caso de conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, torna-se inviável a prisão civil do devedor fiduciário, porquanto as hipóteses de depósito atípico não estão inseridas na exceção constitucional restritiva de

liberdade, inadmitindo-se a respectiva ampliação. Ademais, descabida, nestes casos, a equiparação do devedor à figura do depositário infiel. Precedentes: EREsp nº 149.518/GO; HC n.º35.970/PB; HC n.º 29.284/SP; dentre outros. 2. Recurso provido, para determinar a soltura da paciente. (RHC 17828 / SP ; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2005/0087168-0, T4 - QUARTA TURMA, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Julgado em 02/08/2005, DJ 22.08.2005 p. 274)". Fonte: <www.stj.gov.br> acesso em 12 de setembro de 2005.

Notamos que os Tribunais da Região Sul, principalmente do estado do Rio Grande do Sul vem decidindo a favor das Ações Revisionais no que tange a abusividade das cláusulas contratuais nos Contratos de Alienação Fiduciária e até revogando liminares de busca e apreensão, ficando demonstrado a forma abusiva de taxas e juros que as Instituições Financeiras praticam neste tipo de contrato.

13. Número: 70050187285 **Inteiro Teor:** doc html	**Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS	**Seção:** CIVEL
Tipo de Processo: Agravo de Instrumento	**Órgão Julgador:** Décima Terceira Câmara Cível	**Decisão:** Monocrática
Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito	**Comarca de Origem:** Comarca de Rio Grande	
Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE **BUSCA** E **APREENSÃO** (DL 911/67). CONTRATO BANCÁRIO DE OUTORGA DE CRÉDITO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ALTERAÇÃO DE POSICIONAMENTO. Inicialmente, ressalto que mudei radicalmente o posicionamento que vinha adotando até então em ações que tinham por objeto contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária tendo em vista a recente alteração na legislação processual, decorrente do advento do art. 543-C § 7º, inc. II do CPC, introduzido pela Lei nº 11.672/2008, o qual determina o retorno dos autos para reexame do acórdão proferido pela Câmara que se encontre em confronto com a orientação		

predominante do egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos processos ditos repetitivos. CASO CONCRETO. Alegação de inadimplemento em face da cobrança de encargos abusivos. Inocorrência. Acatando a inteligência do paradigma do Resp. Nº. 1.061.530/RS e tendo em vista a alteração radical de posicionamento, entendo que no caso concreto os encargos capazes de afastar a mora não discrepam substancialmente da realidade do mercado no período. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DA AÇÃO DE **BUSCA** E **APREENSÃO**. Ausência da comprovação da notificação regular do devedor em mora. Desatendimento da exigência do art. 2º, § 2º do Decreto-Lei nº 911/69. Revogação da liminar de **busca** e **apreensão**. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70050187285, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 30/07/2012)		
Data de Julgamento: 30/07/2012		
Publicação: Diário da Justiça do dia 01/08/2012		

12. Número: 70050171602 **Inteiro Teor:** doc html	**Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS	**Seção:** CIVEL
Tipo de Processo: Agravo de Instrumento	**Órgão Julgador:** Décima Terceira Câmara Cível	**Decisão:** Monocrática
Relator: Breno Pereira da Costa Vasconcellos	**Comarca de Origem:** Comarca de Venâncio Aires	
Ementa: Ação de **busca** e apreensão. DL nº 911/69. Demonstração da existência de abusividade de cláusulas contratuais. Não configuração da mora. Recurso, de plano, improvido. (Agravo de Instrumento Nº 70050171602, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Pereira da Costa		

Vasconcellos, Julgado em 30/07/2012)		
Data de Julgamento: 30/07/2012		
Publicação: Diário da Justiça do dia 01/08/2012		

3. Número: 70050098094 **Inteiro Teor:** doc html	**Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS	**Seção:** CIVEL
Tipo de Processo: Agravo de Instrumento	**Órgão Julgador:** Décima Terceira Câmara Cível	**Decisão:** Monocrática
Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito	**Comarca de Origem:** Comarca de Canoas	
Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO - VEÍCULOS. AÇÃO DE **BUSCA** E APREENSÃO. REVISIONAL. INDEFERIMENTO DA LIMINAR. CASO CONCRETO. PROCESSUAL CIVIL. MORA DESCARACTERIZADA NA ESPÉCIE CONTRATUAL. ADIMPLEMENTO DA PARCELA QUE DEU AZO AO AFORAMENTO DA AÇÃO PELO CREDOR FIDUCIÁRIO. ABUSIVIDADE DA TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSENTE CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 267, IV DO CPC. EXTINÇÃO DA **BUSCA** E APREENSÃO. RECURSO PROVIDO DE PLANO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, NOS TERMOS DO §1º - A DO ART. 557 DO CPC. (Agravo de Instrumento Nº 70050098094, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 30/07/2012)		
Data de Julgamento: 30/07/2012		
Publicação: Diário da Justiça		

do dia 01/08/2012		

. **Número:** 70050184456 **Inteiro Teor:** doc html	**Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS	**Seção:** CIVEL
Tipo de Processo: Agravo de Instrumento	**Órgão Julgador:** Décima Terceira Câmara Cível	**Decisão:** Monocrática
Relator: Ângela Terezinha de Oliveira Brito	**Comarca de Origem:** Comarca de Pelotas	
Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO DE **BUSCA** E APREENSÃO (DL 911/67). CONTRATO BANCÁRIO DE OUTORGA DE CRÉDITO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CASO CONCRETO. PARADIGMA - RESP. Nº 1.061.530/RS. JUROS REMUNERATÓRIOS FIXADOS EM PERCENTUAL QUE DISCREPA SUBSTANCIALMENTE DA TAXA MÉDIA DE MERCADO DO PERÍODO. MORA AFASTADA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. EXTINTA A AÇÃO DE **BUSCA** E APREENSÃO, COM BASE NO ART. 267, VI, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70050184456, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 30/07/2012)		
Data de Julgamento: 30/07/2012		
Publicação: Diário da Justiça do dia 01/08/2012		

Número: 70050162494 **Inteiro Teor:** doc html	**Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS	**Seção:** CIVEL

Tipo de Processo: Agravo de Instrumento	**Órgão Julgador:** Décima Terceira Câmara Cível	**Decisão:** Monocrática
Relator: Breno Pereira da Costa Vasconcellos	**Comarca de Origem:** Comarca de Santa Maria	
Ementa: Agravo de instrumento. Decisão monocrática. Ação de **busca** e apreensão. DL nº 911/69. Liminar de **busca** e apreensão deferida na origem. Demonstração da existência de abusividade de cláusulas contratuais. Não configuração da mora. Manutenção do financiado na posse do bem. Cabimento. Condicionamento. Recurso, de plano, parcialmente provido. (Agravo de Instrumento Nº 70050162494, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Pereira da Costa Vasconcellos, Julgado em 30/07/2012)		
Data de Julgamento: 30/07/2012		
Publicação: Diário da Justiça do dia 01/08/2012		

11. Número: 70049680705 **Inteiro Teor:** doc html

Tribunal: Tribunal de Justiça do RS

Seção: CIVEL

Tipo de Processo: Agravo de Instrumento	**Órgão Julgador:** Décima Terceira Câmara Cível	**Decisão:** Monocrática
Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito	**Comarca de Origem:** Comarca de Porto Alegre	

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE **BUSCA** E APREENSÃO. DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DO BEM, SOB PENA DE MULTA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ASTREINTES IMPUGNAÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. DEMORA NA

ENTREGA DO BEM. RESPONSABILIDADE QUE NÃO PODE SER IMPUTADA A AGRAVADA. BEM QUE DEVERIA TER SIDO ENTREGUE NAS MESMAS CONDIÇÕES EM QUE FOI APREENDIDO. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO, COM FUNDAMENTO NO ART. 557, CAPUT, DO CPC. (Agravo de Instrumento Nº 70049680705, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 30/07/2012)

Data de Julgamento: 30/07/2012

Publicação: Diário da Justiça do dia 01/08/2012

Percebe-se a clara abusividade das taxas de juros em discrepância com o mercado praticada pelas instituições financeiras.

14. Número: 70050147339 **Inteiro Teor:** doc html	**Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS	**Seção:** CIVEL
Tipo de Processo: Agravo de Instrumento	**Órgão Julgador:** Décima Terceira Câmara Cível	**Decisão:** Monocrática
Relator: Ângela Terezinha de Oliveira Brito	**Comarca de Origem:** Comarca de Casca	
Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO DE **BUSCA** E APREENSÃO (DL 911/67). CONTRATO BANCÁRIO DE OUTORGA DE CRÉDITO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CASO CONCRETO. PARADIGMA - RESP. Nº 1.061.530/RS. JUROS REMUNERATÓRIOS FIXADOS EM PERCENTUAL QUE DISCREPA SUBSTANCIALMENTE DA TAXA MÉDIA DE MERCADO DO PERÍODO. MORA AFASTADA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA		

AÇÃO. EXTINTA A AÇÃO DE **BUSCA** E APREENSÃO, COM BASE NO ART. 267, VI, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70050147339, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 27/07/2012)		
Data de Julgamento: 27/07/2012		
Publicação: Diário da Justiça do dia 01/08/2012		Versão para impressão

A posse do bem alienado com condicionamento dos depósitos dos valores devidos pelo requerente.

Número: 70050187608 **Inteiro Teor:** doc html	**Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS	**Seção:** CIVEL
Tipo de Processo: Agravo de Instrumento	**Órgão Julgador:** Décima Terceira Câmara Cível	**Decisão:** Monocrática
Relator: Lúcia de Castro Boller	**Comarca de Origem:** Comarca de Uruguaiana	
Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE **BUSCA** E **APREENSÃO**. LIMINAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSE DO BEM OBJETO DO CONTRATO. Diante da prova da existência de cláusulas contratuais abusivas e/ou ilegais, durante o período de normalidade, conforme determina o RE-Sp. nº 1.061.530-RS, resta desconfigurada a mora, o que afasta a concessão da liminar de **busca** e **apreensão**. CONDICIONAMENTO. O bem permanecerá na posse do consumidor, sob compromisso, e desde que efetuado o depósito, mensal, dos valores que entende devidos, observado o valor principal (incluídas as parcelas vencidas e não pagas), juros de acordo com a taxa média de marcado, divulgada pelo BACEN, e variação pelo IGP-M, dividido pelo número de parcelas faltantes. Agravo de Instrumento parcialmente provido. (Agravo de Instrumento Nº		

70050187608, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Castro Boller, Julgado em 31/07/2012)		
Data de Julgamento: 31/07/2012		
Publicação: Diário da Justiça do dia 02/08/2012		
Número: 70050186915 **Inteiro Teor:** doc html	Tribunal: Tribunal de Justiça do RS	Seção: CIVEL
Tipo de Processo: Agravo de Instrumento	Órgão Julgador: Décima Terceira Câmara Cível	Decisão: Monocrática
Relator: Lúcia de Castro Boller	**Comarca de Origem:** Comarca de Bento Gonçalves	
Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE **BUSCA** E **APREENSÃO**. LIMINAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSE DO BEM OBJETO DO CONTRATO. Diante da prova da existência de cláusulas contratuais abusivas e/ou ilegais, durante o período de normalidade, conforme determina o REsp. nº 1.061.530-RS, resta desconfigurada a mora, o que afasta a concessão da liminar de **busca** e **apreensão**. CONDICIONAMENTO. O bem permanecerá na posse do consumidor, sob compromisso, e desde que efetuado o depósito, mensal, dos valores que entende devidos, observado o valor principal (incluídas as parcelas vencidas e não pagas), juros de acordo com a taxa média de marcado, divulgada pelo BACEN, e variação pelo IGP-M, dividido pelo número de parcelas faltantes. Agravo de Instrumento parcialmente provido. (Agravo de Instrumento Nº 70050186915, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Castro Boller, Julgado em 31/07/2012)		
Data de Julgamento: 31/07/2012		
Publicação: Diário da Justiça do dia 02/08/2012		

Já no estado de São Paulo, notamos que o Tribunal raramente da provimento a recursos a favor do devedor, ficando evidenciado a divergência de entendimentos e o forte lobby dos bancos .

0108629-54.2012.8.26.0000 Agravo de Instrumento
Relator(a): Nestor Duarte
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 30/07/2012
Data de registro: 03/08/2012
Outros números: 1086295420128260000
Ementa: Alienação fiduciária em garantia. Ação de busca e apreensão. Purgação da mora. Quantum debeatur. Apuração com base nas prestações vencidas devidamente acompanhadas dos encargos previstos no contrato. Inteligência do art. 3º, § 2º, do Decreto-lei 911/69, com as alterações dadas pela Lei 10.931/2004. Agravo improvido.

0151020-24.2012.8.26.0000 Agravo de Instrumento
Relator(a): Andrade Marques
Comarca: Osasco
Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 02/08/2012
Data de registro: 03/08/2012
Outros números: 1510202420128260000

Ementa: * Tutela antecipada Ação Revisional. I A antecipação de tutela nas ações revisionais de mútuo bancário têm como balizas no direito brasileiro o acórdão do STJ relativo ao Incidente de Recursos Repetitivos - REsp 1.061.530. II Ausência de fumus boni iuris (i): juros aparentemente válidos. O deferimento de pedido liminar de antecipação de tutela nas ações revisionais de contrato de mútuo bancário tem como condição sine qua non a flagrante abusividade da taxa de juros remuneratórios (relativos à fase de execução contratual e não à de inexecução), com fundamento no critério da discrepância da taxa média praticada pelo mercado. Precedentes do STJ. III No caso, taxa de juros, segundo consta, conforme à média do mercado, tabela de cálculo formulada unilateralmente e presunção de validade do contrato firmado descaracterizam a verossimilhança das alegações. IV - Ausência de fumus boni iuris (ii): capitalização mensal dos juros válida. Possibilidade para os contratos bancários que prevejam expressamente essa faculdade do credor após a publicação da MP nº 1.963-17 de 31 de março de 2000. Presunção de constitucionalidade da r. MP enquanto pendente a ADIn nº 2316/DF. V Não têm o condão de descaracterizar a mora, nem em sede de decisão antecipatória, nem em decisão definitiva, o mero ajuizamento da ação revisional (relativa à fase de execução ou não) ou a discussão judicial acerca dos encargos moratórios (relativa à fase de inexecução ou inadimplemento). Precedentes do STJ. VI Cumulativamente, além de propor ação revisional e de provar a flagrante abusividade dos juros, o mutuário deve consignar o valor contratado ou prestar caução idônea arbitrada pelo Juiz. Como no caso não foi comprovada a abusividade, o pagamento previsto no contrato livremente firmado conta com presunção de validade. Assim, na espécie, o depósito de valor inferior ao contratado não tem o condão de elidir a mora. VII Impossibilidade de sustação da inscrição no cadastro de inadimplentes. Ausência do fumus boni iuris e do depósito das parcelas incontroversas. VIII - Ausência do periculum in mora. A ameaça de alegado dano irreparável, consubstanciado na execução, busca e apreensão, inscrição nos cadastros de inadimplentes e incidência de encargos moratórios, decorre de exercício regular de direito pelo credor. Providências legítimas previstas pelo ordenamento, e não dano injusto. IX Manutenção da posse do veículo.

Impossibilidade. A ação revisional e a de busca e apreensão não são conexas. O ajuizamento da primeira não acarreta a suspensão da última, nem impede o deferimento da sua liminar. Precedentes do STJ. Requisitos específicos do Dec.-Lei 911/69. Análise nos autos da ação de busca e apreensão, e não na revisional. Agravo não provido*

0003814-95.2009.8.26.0360 Apelação
Relator(a): Marcos Ramos
Comarca: Mococa
Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 01/08/2012
Data de registro: 02/08/2012
Outros números: 38149520098260360
Ementa: Alienação fiduciária em garantia - Ação de busca e apreensão convertida em depósito - Sentença de procedência Manutenção do julgado Necessidade Legitimidade passiva ad causam Presença Inadimplemento confessado Alegação do réu no sentido de que foi sugestionado a viabilizar o financiamento para beneficiar terceira pessoa, sob argumento de que não sofreria nenhum prejuízo Inconsistência jurídica Res inter alios acta com relação ao credor fiduciário Flagrante afronta aos termos do contrato e ao DL nº 911/69. Apelo do réu desprovido.

0113789-60.2012.8.26.0000 Agravo de Instrumento
Relator(a): Walter Cesar Exner
Comarca: Ribeirão Preto

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 28/06/2012
Data de registro: 01/08/2012
Outros números: 1137896020128260000
Ementa: Agravo de instrumento. Contratos bancários. Ação revisional cumulada com pedido liminar e restituição de valor pago. Decisão que indefere pedido de antecipação de tutela, que pretendia a consignação dos valores incontroversos, bem como a imposição de óbice à negativação do nome da agravante e a manutenção da posse do bem. Propositura da ação de revisão de contrato que não impede a caracterização da mora da autora. Possibilidade de depósito dos valores incontroversos das parcelas, o que não elide os efeitos da mora. Recurso parcialmente provido.

0003578-02.2009.8.26.0116 Apelação
Relator(a): Thiago de Siqueira
Comarca: Campos do Jordão
Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 25/07/2012
Data de registro: 01/08/2012
Outros números: 35780220098260116
Ementa: Ação de prestação de contas Primeira fase Contrato de alienação fiduciária Apreensão e venda do veículo objeto desta contratação Obrigação de prestação de contas, por parte do banco credor, configurada, tendo-se em vista o disposto no art. 2º do **Decreto-lei** 911/69 - Ação julgada

procedente Decisão que deve ser mantida Recurso do réu improvido.

CONCLUSÃO

A alienação fiduciária em garantia surgiu no Brasil como uma garantia de direito real nos contratos de compra e venda, visando alavancar e dinamizar o desenvolvimento, até então estagnado por sucessivos governos bancados pela ditadura.

Inicialmente introduzida pela Lei 4.728/65 no seu artigo 66, a alienação fiduciária se revelou falha na pratica, principalmente no que tange ao seu aspecto processual, mas corrigida então pelo Decreto-lei n. 911/69.

A principal “arma” entrelaçada na alienação fiduciária revestida de um caráter especial é a busca e apreensão, que no caso de inadimplemento do devedor transfere ao credor o direito total sobre a coisa, podendo vendê-lo em quinze dias para satisfazer o seu crédito, sendo um procedimento autônomo que põe fim ao processo, tornando em muitos casos uma desigualdade irreparável entre as partes.

Além da busca e apreensão, outras opções dadas ao credor são a convolação em ação de depósito, a ação possessória e a execução, todas buscando satisfazer o débito ao credor.

Vejo que neste momento surge a problematização do tema abordado no presente trabalho, pois se faz necessário uma reflexão de todas as ações existentes pró credor, sem nenhum critério no que se diz a quantia já paga pelo devedor cerceando seu direito de ampla defesa.

Na pratica se nota os critérios dos cálculos dos juros e multas extorsivos das parcelas vencidas e a não descapitalização correta das parcelas vincendas, passando ao olhar indiferente do nosso judiciário tornando-se uma forma de enriquecimento ilícito legalizado das instituições financeiras de nosso país.

Com tudo isso é que somos levados a crer na força econômica e política que tais instituições possuem no Congresso Nacional, pois são elas as únicas beneficiadas pelo referido Decreto, ao arrepio de todo ordenamento jurídico vigente. Porém notamos que alguns Tribunais, especificamente o do Rio Grande do Sul, que vem decidindo como mostrado no presente trabalho que não é possível à concessão de

medida liminar de busca e apreensão quando o fundamento para tal é a simples mora, obstando ao fiduciante a mais ampla defesa. Nota-se que o Decreto-lei n. 911/69 está, a toda evidencia, neste ponto, desconforme com a legislação vigente, como bem ressaltam alguns julgamentos mostrados.

Diante do gigantesco “lobby” feito por tais instituições financeiras em todas as esferas de poder de nosso país, concluímos que será difícil mudar tal situação e até achamos que seja necessária desde que com algumas alterações pró devedor, porém nos colocamos no direito de não nos conformar e de tentar tirar o lenço dos olhos de nosso Judiciário.

REFERÊNCIAS

BASTOS. Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 21. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Decreto- Lei 911/69, de 1º de outubro de 1969. Dispõe sobre normas processuais sobre alienação fiduciária.

CANUTO, Elza Maria Alves. Alienação Fiduciária de Bem Móvel. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

CÓDIGO CIVIL. Vade Mecum/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes- São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1988. Vade Mecum/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes – São Paulo: Saraiva, 2008.

FIUZA. Ricardo (coordenador). Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. Alienação Fiduciária em Garantia, 4. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1975.

MOREIRA ALVES – Da Alienação Fiduciária em Garantia. p.8.

NEGRÃO. Teotônio et al. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 37. ed. Atual. Até 10 de fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005.

RESTIFFE NETO, Paulo – Alienação Fiduciária. 2. ed. , São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1976.

RODRIGUES. Silvio. Direito Civil: Direito das Coisas, volume 5. 28. ed. rer. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

Supremo Tribunal de Justiça – Site http://stj.gov.br/, acesso em 12 de setembro de 2005.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Tribunal de Justiça – Site http://tj.rs.gov.br/, acesso em 12 de setembro de 2005.