



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Alienação Fiduciária no Decreto-Lei 911/69 após as alterações jurisprudenciais e legislativas da Lei n. 13.043/14 confrontadas com a principiologia do ordenamento jurídico brasileiro: diretrizes e interpretações possíveis

Lucas Almeida Chaves Pereira

Rio de Janeiro
2017

LUCAS ALMEIDA CHAVES PEREIRA

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NO DECRETO-LEI 911/69 APÓS AS ALTERAÇÕES
JURISPRUDENCIAIS E LEGISLATIVAS DA LEI N. 13.043/14 CONFRONTADAS COM
A PRINCIPIOLOGIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: diretrizes e
interpretações possíveis

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

Dr. Marcelo Pereira de Almeida

Coorientadora:

Prof^a Dr^a Néli Luiza Cavalieri Fetzner

Rio de Janeiro
2017

LUCAS ALMEIDA CHAVES PEREIRA

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NO DECRETO-LEI 911/69 APÓS AS ALTERAÇÕES
JURISPRUDENCIAIS E LEGISLATIVAS DA LEI N. 13.043/14 CONFRONTADAS COM
A PRINCIPIOLOGIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: diretrizes e
interpretações possíveis

Monografia apresentada como exigência de conclusão de
Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em da Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2017

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Cláudio Brandão de Oliveira
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ

Convidado: Prof. Thiago Ferreira Cardoso Neves
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ

Orientador: Prof. Marcelo Pereira de Almeida
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas nesse trabalho, que são de responsabilidade exclusiva da autora.

Ao sonhador que há em cada um
de nós, para que ele tenha certeza
de que tudo é possível.

AGRADECIMENTOS

A Deus, causa primária de todas as coisas, por permitir mais essa oportunidade de vida para evoluir e superar meus desafios, a fim de que eu possa auxiliar meus irmãos em necessidade com o conhecimento adquirido.

Ao professor e orientador Marcelo Pereira de Almeida, por sempre responder com presteza e com muita atenção aos emails, respondendo a todas as perguntas durante a elaboração da monografia, além de fornecer conselhos e recomendações bibliográficas, as quais enriqueceram enormemente o presente trabalho.

A Néli Fetzner, pela confiança, carinho, atenção, compreensão e companheirismo que sempre teve comigo, desde os primeiros esboços desta monografia, sempre se mostrando preocupada não só em auxiliar na criação de um trabalho jurídico que agregue valor ao conhecimento do Direito, mas também na formação e crescimento pessoal e emocional de todos seus orientados, a fim de que eles alcancem seus sonhos e se tornem aquilo que tanto almejam. Estendo o agradecimento à equipe do setor de monografia, especialmente Anna Dina e Tarcila, por seu profissionalismo, carinho e atenção sempre que necessitava de alguma informação ou quando era preciso resolver alguma questão.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, pela oportunidade de vivenciar diariamente um alto nível de estudos e reflexões acerca do Direito.

Aos professores da Emerj que proporcionaram mais do que aulas sobre os diversos ramos do Direito, verdadeiras lições de vida, dedicação, empenho e resiliência na busca de um sonho.

Aos meus pais, José Maria e Jussara, por me amarem antes mesmo de eu vir ao mundo; por acompanharem cada um de meus passos e por terem me ensinado que todo o trabalho realizado com dedicação será bem recompensado. Palavras não são suficientes para expressar o quanto vocês são importantes para mim, então espero que o meu amor possa fazê-los sentir a gratidão que tenho em meu coração.

Ao meu irmão, Flávio, e a minha irmã, Raquel, pelas boas lembranças, por me darem forças nos difíceis, servindo igualmente de inspiração por buscarem, com tanta paixão e empenho, aquilo que gostam de fazer e objetivam para a vida.

A toda minha família. Aos meus avós, paternos e maternos, encarnados e já desencarnados, por serem pedra fundamental no meu caráter e nos meus valores, tendo me ensinado lições que o tempo jamais apagará. Aos meus padrinhos, Tio Ricardo e Tia Regina, por sempre estarem presentes, sendo atenciosos, carinhosos e prestativos. Aos meus tios e tias, os quais sempre me trataram como um filho, zelando e servindo de inspiração. Aos meus primos, verdadeiros irmãos, pelas brincadeiras, risadas, conversas, companheirismo e alegria de todos os dias em que pudemos estar juntos.

A Abby, pelo amor, carinho, compreensão e companheirismo em toda a jornada vivida e por toda aquela que se desenha a nossa frente; pelas risadas e momentos únicos que vivenciamos juntos; por ser uma inspiração devido à dedicação e ao empenho nos estudos para transformar seus sonhos em realidade; por acreditar em nós e no fato de que podemos e seremos o que desejamos – nada menos. Por tudo isso e muito mais, NEQEAV.

Aos amigos André, Victor e Walter, que desde longa data tornaram os dias mais cheios de alegria e de vida. Irmãos que pude escolher! Que a amizade continue eternamente, não servindo a distância como impeditivo para nossas risadas, conversas fiadas, conversas sérias, “gordices” e sessões de RPG. Vocês me inspiram e me ajudam a seguir.

Aos amigos que fiz na Cidade Maravilhosa, especialmente Evandro, Sinara, Leo, Fabi, Carol, Marcelle, Raquel, Babi, Erika e tantos outros! Obrigado por me acolherem e tornar os dias mais descontraídos, ensinando-me que sempre se pode descobrir novas amizades aonde quer que eu vá! Vocês estarão sempre em meu coração!

A todos os que com suas palavras e atitudes me ajudaram a chegar até aqui.

“Não criarás prosperidade se desestimulares a poupança. Não criarás estabilidade permanente baseada em dinheiro emprestado. Não evitarás dificuldades financeiras se gastares mais do que ganhas. Não poderás ajudar os homens de maneira permanente se fizeres por eles aquilo que eles podem e devem fazer por si próprios.”

“Não fortalecerás os fracos, por enfraqueceres os fortes. Não ajudarás os assalariados, se arruinares aquele que os paga. Não estimularás a fraternidade, se alimentares o ódio.”

Abraham Lincoln

SÍNTESE

A alienação fiduciária em garantia é um instrumento de grande utilização no direito brasileiro, havendo uma modalidade específica prevista no Decreto-Lei n. 911/69, o qual sofreu diversas modificações ao longo dos anos. O presente estudo se propõe a realizar uma análise crítica das principais mudanças legislativas e jurisprudenciais ocorridas com o instituto da alienação fiduciária em garantia ao longo desse tempo, em especial o estado atual da modalidade prevista no referido decreto-lei. Far-se-á comentários apontando as mudanças que trouxeram verdadeiros privilégios às instituições financeiras, principais credoras fiduciárias, explicitando as razões políticas e econômicas que embasam essas alterações legislativas. Ademais, analisar-se-á as principais e mais polêmicas alterações, por meio de uma reflexão crítica que leva em conta a moderna principiologia do ordenamento jurídico brasileiro, tanto no aspecto processual quanto no aspecto material, sempre em vista dos valores da Constituição Federal. Com especial destaque, criticar-se-á a previsão expressa no art. 3º, *caput* do Decreto-Lei n. 911/69 que permite o ajuizamento da ação de busca e apreensão com pedido liminar em sede de plantão judiciário, por sua patente inconstitucionalidade; bem como será analisada criticamente a posição assumida pelo STJ no RESP n. 1.418.593/MS quanto à possibilidade de purgação da mora pelo pagamento da integralidade da dívida, propondo-se uma solução que concilia o texto legal com os princípios regentes do ordenamento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DO DECRETO-LEI N. 911/69.....	13
1.1. Notas sobre as origens e o conceito civilista da propriedade fiduciária e do Decreto-Lei n. 911/69	13
1.2. As principais inovações trazidas pelas Leis n. 10.931/04 e n. 13043/14 ao Decreto-Lei n. 911/69: mudanças ocorridas e controvérsias solucionadas	18
1.3. Os entendimentos jurisprudenciais mais relevantes ao longo da história da Alienação Fiduciária	35
1.4. Breve crítica às questões ideológicas e políticas inerentes às modificações legislativas no instituto da Alienação Fiduciária	39
1.5. Breve crítica econômica às políticas de crédito em relação à evolução legislativa da alienação fiduciária: um olhar voltado ao consumo ao invés da produção	42
2. OS PRINCÍPIOS COMO UMA DAS ESPÉCIES DE NORMA JURÍDICA MAIS RELEVANTES NA REALIDADE DO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	47
2.1. A evolução da visão do sistema jurídico: de mero conjunto de regras até a visão atual de um ordenamento complexo que engloba princípios e regras	49
2.2. A visão das espécies normativas e seus critérios de distinção segundo as lentes de Humberto Ávila: uma breve exposição da argumentação utilizada e da conceituação dada pelo autor	54
2.3. Breves considerações sobre alguns relevantes princípios processuais presentes de maneira expressa no Novo Código de Processo Civil	62
2.4. Outros princípios relevantes para a análise e a crítica da ação de busca e apreensão prevista no Decreto-Lei n. 911/69	74
2.5. Um alerta e algumas considerações sobre os perigos do “panprincipiologismo”	81
3. A PROBLEMÁTICA DO DEFERIMENTO DA LIMINAR EM SEDE DE PLANTÃO JUDICIÁRIO E OUTRAS BREVES CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O PROCEDIMENTO ATUAL DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DO DECRETO-LEI N. 911/69	84
3.1. A atual dinâmica procedimental da ação de busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia do Decreto-Lei n. 911/69	85
3.2. Análise sobre o plantão judiciário: conceito, regulamentação e utilidade	91
3.3. A questionável constitucionalidade da previsão do art. 3º, caput, in fine, do Decreto-Lei n. 911/69 frente aos princípios processuais modernos	96
3.4. Reflexões sobre outros pontos questionáveis do Decreto-Lei n. 911/69 após as mudanças promovidas pela Lei n. 13.043/14	107
3.4.1. Breves reflexões sobre o art. 6º-A do Decreto-Lei n. 911/69 e a possível desvalorização que ele representa para outros institutos jurídicos	108
3.4.2. O privilégio insculpido no art. 1.368, parágrafo único, do Código Civil	110
3.4.3. A aplicação do procedimento da ação de busca e apreensão aos contratos de arrendamento mercantil	112
3.5. Brevíssimos apontamentos sobre a recente Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5.291/SP como exemplo de reação às modificações feitas pela Lei n. 13.043/14 ...	115
4. A QUESTÃO DA MORA NO PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA: CRÍTICAS E ALTERNATIVAS AO SISTEMA COM BASE NA PRINCIPIOLOGIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO MODERNO.....	117
4.1. Conceituação e explicações básicas sobre a mora no ordenamento jurídico	117

4.2.	A controvérsia acerca da possibilidade da purgação da mora: uma análise crítica e principiológica do RESP n. 1.418.593/MS	121
4.3.	A dúvida quanto à possibilidade de purgação da mora após a Lei n. 10.931/04 e as decisões conflitantes que geraram insegurança jurídica	122
4.4.	A uniformização da jurisprudência acerca do tema: críticas e reflexões sobre a argumentação desenvolvida no RESP n. 1.418.593/MS e no RESP n. 1.287.402/PR	128
4.5.	Proposta de solução sobre a purgação da mora que compatibiliza o princípio da legalidade e os demais princípios relacionados	148
	CONCLUSÃO	152
	REFERÊNCIAS	155

INTRODUÇÃO

A propriedade fiduciária tem sido um direito real de garantia que ganhou extrema importância e destaque nas últimas décadas, com reflexos sobre o ordenamento jurídico e o crescimento econômico da sociedade brasileira. Por meio dessa garantia, consubstanciada em um contrato, a “Alienação Fiduciária”, tornou-se possível a concessão de mais crédito as pessoas, a fim de que a população pudesse ter acesso aos mais diferentes produtos e alavancar a economia.

Contudo, de modo a resguardar as instituições responsáveis pelo crédito e proteger a confiança na recuperação dos montantes emprestados, o ordenamento se vale de meios procedimentais que trazem celeridade e segurança aos direitos dos credores, tal como o Decreto-Lei n. 911/69, o qual se aplica as instituições financeiras.

Entretanto, as recentes alterações legislativas e interpretações jurisprudenciais dadas pelos tribunais superiores trouxeram uma “superproteção” desarrazoada dessa espécie de credor, dando-lhe grandes privilégios e vantagens injustificáveis, muitas das quais se mostram incompatíveis com a moderna principiologia.

Assim, o presente trabalho propõe uma análise crítica de algumas dessas mudanças e interpretações, apontando as suas dificuldades de compatibilização com os princípios processuais e materiais de vertente constitucional, bem como apresentar soluções que atendem melhor aos valores do sistema jurídico pátrio.

No primeiro capítulo, serão traçadas noções essenciais sobre a propriedade fiduciária e o instituto da alienação fiduciária em garantia, bem como serão verificadas, de maneira sucinta, as alterações legislativas trazidas pela Lei n. 10.931/04 e pela Lei n. 13.043/14. Igualmente serão apresentados os principais posicionamentos jurisprudenciais que deram o contorno atual à alienação fiduciária em garantia e à ação de busca e apreensão do Decreto-

Lei n. 911/69. Ao final do capítulo, serão discutidas as razões políticas e econômicas que justificaram as mudanças já vistas, como forma de privilegiar as instituições financeiras e, desse modo, permitir uma política de crédito voltada ao consumo.

No segundo capítulo, dever-se-á verificar a evolução dos princípios no ordenamento jurídico, a fim de demonstrar a razão de sua elevada importância no momento atual. Em sequência, será apresentada a visão de Humberto Ávila quanto às espécies normativas e seus critérios de distinção, uma vez que essa lente doutrinária auxiliará e guiará a compreensão do estado ideal de coisas buscado pelos princípios, permitindo verificar se a legislação atende ou não a tais objetivos. Ademais, apresentar-se-ão alguns princípios processuais expressos no Novo Código de Processo Civil, bem como alguns princípios materiais relevantes para as críticas que serão desenvolvidas nos próximos capítulos. Por fim, válido será alertar sobre os perigos do “panprincipiologismo”.

No terceiro capítulo, expõe-se objetivamente o procedimento da ação de busca e apreensão do Decreto-Lei n. 911/69, a fim de facilitar a compreensão das críticas construídas. Após apresentar o conceito e a regulamentação do plantão judiciário, far-se-á a crítica à problemática do deferimento da liminar de busca e apreensão nesse expediente extraordinário, conforme permite o art. 3º, *caput, in fine*, do Decreto-Lei n. 911/69. Ademais, algumas alterações pontuais trazidas pela Lei n. 13.043/14 serão objeto de reflexão e crítica em relação ao seu impacto na sistemática da alienação fiduciária em garantia, bem como sobre outros institutos do ordenamento jurídico e, até mesmo, para além do Direito.

No capítulo final, debruçar-se-á sobre a questão da mora na alienação fiduciária em garantia do Decreto-Lei n. 911/69. Após a conceituação e compreensão da mora, passar-se-á a algumas reflexões críticas sobre a notificação extrajudicial do devedor fiduciante, especialmente depois das alterações promovidas pela Lei. n. 13.043/14. Então, far-se-á uma análise da problemática jurisprudencial acerca da purgação da mora após a mudança no art.

3º, §§1º e 2º do Decreto-Lei n. 911/69 promovida pela Lei n. 10.931/04. Para tanto, verificar-se-á os argumentos utilizados no RESP n. 1.418.593/MS, decisão que pacificou o tema na jurisprudência. Após, far-se-á uma reflexão crítica da posição adotada pelo STJ, reconhecendo as dificuldades e limites interpretativos, mas apresentando alternativas de interpretação em vista da principiologia moderna, em especial os princípios da função social do contrato e da continuidade dos contratos. Por fim, apresentar-se-á uma solução prática que compatibiliza as limitações textuais do decreto-lei com o estado ideal de coisas buscado pelos princípios constitucionais citados, apontando-se, ainda, os meios para que haja superação da situação atual.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, exploratória e essencialmente qualitativa.

1 - A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DO DECRETO-LEI N. 911/69

A fim de compreender as incompatibilidades que serão apontadas posteriormente entre o procedimento previsto para a ação de busca e apreensão da alienação fiduciária do Decreto-Lei n. 911/69 e a principiologia moderna do ordenamento jurídico brasileiro, em especial aqueles princípios que ganharam maior expressividade com o Novo Código de Processo Civil, deve-se, primeiramente, conhecer o citado instituto jurídico.

Assim sendo, para se construir uma análise crítica sobre a nova legislação prevista no referido decreto-lei, faz-se mister a sua correta compreensão, por meio da sua conceituação e contextualização, bem como por uma breve análise de sua história e evolução dentro do ordenamento pátrio, tanto no aspecto legal quanto jurisprudencial.

Após esse panorama, mais fácil será a percepção quanto às vantagens exacerbadas que as instituições financeiras detêm nesse procedimento e às motivações de índole política e econômica que tal instrumento traz aos grandes *players* que dele se valem para suas atividades.

Imbuído desses ideais, pois, dedica-se o primeiro capítulo deste estudo à análise da alienação fiduciária e do Decreto-Lei n. 911/69.

1.1. Notas sobre as origens e o conceito civilista da propriedade fiduciária e do Decreto-Lei n. 911/69

Antes que se adentre ao estudo da origem do instituto, necessário se faz esclarecer ao estudioso do Direito que é recente a diferenciação terminológica entre a propriedade fiduciária e a alienação fiduciária. As expressões referem-se a âmbitos distintos do Direito

Civil (especificamente ao direito real e ao direito contratual), mas ligados umbilicalmente, o que será mais detalhado posteriormente.

A análise histórica da alienação fiduciária exige que se retorne aos tempos em que uma cidade era o centro do mundo: Roma. No Direito Romano a *fidúcia* era uma modalidade de garantia real, na qual o devedor transmitia a propriedade da coisa ao credor, confiando que essa lhe seria restituída ao quitar o débito. Conforme lecionam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, é justamente dessa relação que advém a origem da palavra fiduciária, uma vez que a confiança, *confidere*, representa a espera legítima de que o outro se conduza como desejado, pois o agente tem fé - *fidúcia* - no cumprimento da palavra empenhada.¹

O decurso do tempo não foi benéfico a essa forma de garantia das relações jurídicas, pois a fidúcia não foi reproduzida em outras legislações civilistas desde o século VI. Contudo, somente em 1965 essa figura retornou ao ramo civilista do ordenamento jurídico brasileiro, quando Caio Mário da Silva Pereira incluiu o contrato de fidúcia em seu Projeto do Código das Obrigações de 1965, inspirado no direito anglo-americano.² Ademais, em “feliz coincidência”, a alienação fiduciária em garantia foi tratada pela Lei n. 4.728/65, a qual dispõe sobre o mercado de capitais.³

A evolução legislativa ecoou até o advento do Novo Código Civil de 2002, aparecendo a figura da propriedade fiduciária dentro do rol dos direitos reais, tanto de maneira implícita como uma das modalidades de propriedade (art. 1.225, I, do Código Civil), quanto de maneira explícita nos art. 1.361 a 1.368-B, do Código Civil.

Nesse ínterim, duas legislações surgiram para tratar desse instituto, constituindo sistemas mais específicos: o Decreto-Lei n. 911/69 e a Lei n. 9.514/97. Essa legislação tratava da propriedade fiduciária imobiliária; enquanto que aquela tratou da propriedade fiduciária de

¹ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Direitos Reais*. 10. ed. V. 5. JusPODIVM. 2014. p. 467.

² Ibid., p. 467 e 468.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 354.

bens móveis fungíveis, da cessão fiduciária de direitos sobre coisas moveis ou de títulos de credito, restringindo o credor nessas hipóteses a ser instituição financeira. É sobre esse dispositivo normativo que o presente estudo se desdobra.

Todavia, antes de se passar a análise do histórico dessa legislação, deve-se, finalmente, conceituar os institutos.

A propriedade fiduciária é um direito real de garantia, enquanto a alienação fiduciária é o negócio jurídico em que se tem essa garantia. Assim, os conceitos são demasiadamente próximos, o que pode gerar confusão ao intérprete, mas que encontra explicação na história do instituto, já que foi o Código Civil de 2002 que trouxe essa diferenciação terminológica.

Reproduzam-se os conceitos trazidos pela melhor doutrina, a fim de se verificar a proximidade e as distinções entre os institutos.

Primeiramente, traz-se a visão sempre precisa de Caio Mário⁴, que trata a propriedade fiduciária como um direito real de garantia que pode ser definida como:

[...] a transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves⁵, ao tratarem da propriedade fiduciária, conceituam a própria alienação fiduciária, o que corrobora a referida proximidade entre os conceitos. Definem, assim, a alienação fiduciária como um negócio jurídico bilateral no qual:

[...] o credor fiduciário adquire a propriedade resolúvel e a posse indireta de bem móvel (excepcionalmente de imóvel), em garantia de financiamento efetuado pelo devedor alienante – que se mantém na posse direta da coisa –, resolvendo-se o direito do credor fiduciário com o posterior adimplemento da dívida garantida.

Relevante que se reproduza os conceitos apresentados por dois grandes nomes do Direito Empresarial. Primeiramente, Fran Martins⁶ define a alienação fiduciária em garantia

⁴ Ibid., p. 354.

⁵ CHAVES; ROSENVALD, op. cit., p. 469.

⁶ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 2 e 3.

como aquela “[...] operação em que, recebendo alguém financiamento para a aquisição de bem móvel durável, aliena esse bem ao financiador, em garantia de pagamento da dívida contraída”.

Por fim, seguindo a mesma linha de pensamento, Thiago Cardoso Ferreira Neves conceitua a alienação fiduciária como:

[...] o negócio jurídico fiduciário por meio do qual o devedor-fiduciante transfere ao credor fiduciário, em confiança e com fins de garantia, a propriedade de coisa móvel ou imóvel, sob a condição resolutiva de lhe ser devolvida a coisa alienada quando ocorrido o evento, futuro e incerto, definido pelas partes.

Após essas conceituações, somente resta concluir pela diferença na natureza jurídica dos institutos, a despeito da grande proximidade nas suas definições. Assim, o contrato de alienação fiduciária em garantia é um negócio jurídico bilateral, em que se institui um direito real de garantia, propriedade fiduciária, em favor do credor fiduciário. Esse receberá do devedor fiduciante o bem objeto da garantia, tornando-se proprietário da coisa móvel ou imóvel, propriedade resolúvel, devendo restituí-la ao devedor quando da quitação da obrigação avençada.

Ressalta-se, mais uma vez, a existência de discussão doutrinária sobre a natureza jurídica da alienação fiduciária, entendendo alguns como o próprio direito real de garantia e outros como contrato, posição adotada no presente estudo.⁷

Superada essa discussão, não há dúvida de que para a compreensão de um instituto jurídico mister se faz ir além de sua mera conceituação. Dessa forma, algumas considerações sobre a alienação fiduciária em geral devem ser tecidas para que, posteriormente, possa-se somente trabalhar com as especificidades que tocam ao sistema do Decreto-Lei n. 911/69.

Inicialmente, no que toca ao objetivo do contrato de alienação fiduciária, essa finalidade está intrinsecamente ligada ao conceito da propriedade fiduciária, como já

⁷ Para uma análise mais aprofundada dessas discussões, recomenda-se a leitura da obra *Contratos Mercantis* de Thiago Ferreira Cardoso Neves, em especial o capítulo sobre a Alienação Fiduciária, no tópico sobre a Natureza Jurídica, no qual o autor traz posições de diversos renomados autores sobre o referido tema.

destacado. Isso se justifica pelo fato de que o direito de garantia real traz segurança ao negócio jurídico realizado, implicando a transmissão da posse e a aquisição da propriedade de um bem do devedor fiduciante pelo credor fiduciário. Em outras palavras, o bem passa a ser do credor, sob condição resolúvel, obtendo ele a maior das garantias possíveis. Desse modo, a coisa dada em garantia já é do credor e permanecerá integrada ao seu patrimônio até que a condição resolúvel se implemente.

A doutrina brasileira tem relevantes discussões quanto ao momento em que, efetivamente, a propriedade se transfere ao credor. Há quem considere que seja quando da tradição do bem⁸. Contudo, entende-se que essa tradição é ficta e não real, uma vez que o credor fiduciário não recebe o bem, mas tão somente lhe é transferida a posse indireta da coisa. No entanto, outra parcela da doutrina sustenta que a aquisição da propriedade fiduciária se dá com o registro. Esta parece ser a corrente mais correta, porque atende aos ditames legais (art. 1.361, §1º, do CC) e se adéqua a finalidade a que se destina essa propriedade, que é tanto a satisfação do crédito do credor quanto a sua proteção contra eventuais embaraços que poderiam ser criados por terceiros.⁹⁻¹⁰

A dinâmica desse negócio jurídico, então, é de que a propriedade do bem é passada ao credor fiduciário pela tradição ficta quando da celebração do contrato, adquirindo-a realmente com o registro próprio do instrumento contratual, pois esse terá a propriedade e a posse indireta, mas o bem continuará nas mãos do devedor fiduciante, o qual se torna tão somente possuidor indireto até que sobrevenha a condição resolúvel.

⁸ NEVES, op. cit., p.7. Entre os defensores dessa posição citados pelo referido autor, pode-se destacar Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Arnaldo Rizzardo, Paulo Sérgio Restiffe e Paulo Restiffe Neto.

⁹ NEVES, op. cit., p.7-12.

¹⁰ Em que pese a controvérsia, esclarece Thiago Ferreira Cardoso Neves que a jurisprudência do STJ tem entendimento no sentido do mero caráter publicitário do registro, ou seja: “(...) visa o registro apenas dar publicidade ao ato translativo, produzindo efeitos erga omnes e evitando a lesão a direito de terceiros de boa-fé. Não é, pois, condição para a transferência do bem e, tampouco, requisito de validade do negócio. É o que se extrai da ementa do REsp 686932, da relatoria do eminente ministro Luiz Fux, hoje no Supremo Tribunal Federal, e do Enunciado 92 da sua súmula de jurisprudência.” NEVES, op. cit., p. 10.

Evidentemente, há outras características relevantes sobre esse instituto que merecem análise. Contudo, tais atributos serão melhor explorados ao longo do trabalho, em especial quando se abordar a legislação específica do Decreto-Lei n. 911/69, ao que se procede a seguir.

1.2. As principais inovações trazidas pelas Leis n. 10.931/04 e n. 13043/14 ao Decreto-Lei n. 911/69: mudanças ocorridas e controvérsias solucionadas

Compreendido e conceituado o negócio jurídico objeto do presente estudo, passa-se a análise do Decreto-Lei n. 911/69. Neste momento, buscar-se-á compreender o conteúdo dos dispositivos legais, bem como verificar as mudanças ocorridas com a evolução legislativa e entender o seu estado atual, tecendo breves comentários sobre as principais alterações trazidas pelas Lei n. 10.931/04 e Lei n. 13.043/14. Ao final, teremos a visão do procedimento da ação de busca e apreensão da alienação fiduciária tal como ele é visto hoje.

Inicialmente, deve-se apontar que o Decreto-Lei n. 911/69 trouxe alterações no art. 66 da Lei n. 4.728/65, de maneira a conceituar a alienação fiduciária, delimitar a posição e os direitos das partes envolvidas, determinar a forma do registro e de prova do instituto, além de disciplinar a forma de transmissão da propriedade, o modo de identificação do bem objeto do negócio, as soluções possíveis para os casos de inadimplência e outros aspectos. Além disso, o decreto-lei introduziu o procedimento da ação de busca e apreensão, ferramenta que permitiria a recuperação do bem alienado fiduciariamente de maneira mais célere pelo credor fiduciário.

Um dos primeiros questionamentos que surgiu foi sobre a qualidade daquele que poderia figurar como credor fiduciário. Em outras palavras, quem era o credor-fiduciário que poderia se valer dessa diferenciada ação de busca e apreensão? A resposta dessa pergunta se

tornou mais clara conforme ocorreu a evolução legislativa, acompanhada pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Todavia, antes de se verificar a solução de tal questão, é importante relembrar que as situações práticas em que se firma o contrato de alienação fiduciária envolvem três personagens, porém apenas dois deles figuram no referido contrato. Isso se explica porque a alienação fiduciária, como já dito, é um contrato feito para se dar uma garantia ao contrato de financiamento previamente firmado. Nessa dinâmica, o devedor fiduciante (usualmente, um consumidor) contrai o empréstimo com o credor fiduciário para poder adquirir o bem. Em sequência, o devedor utiliza esse montante para contratar com o fornecedor-comerciante, que é o terceiro alheio ao contrato, cuja atuação será de alienar o bem. Ato contínuo, em garantia de adimplemento do mútuo firmado, caberá ao devedor alienar o referido bem em favor do credor, dando-lhe uma propriedade resolúvel.^{11 12} É esse sujeito que se passa a analisar.

No início, com a redação original do decreto-lei, não havia disposição expressa que explicasse quem poderia figurar no polo ativo da ação, mas em razão de o diploma legal ter inserido um artigo na Lei n. 4.728/65 justamente para tratar desse instituto, a conclusão geral¹³ foi de que somente as instituições financeiras e entidades afins expressamente autorizadas por lei a se valerem dessa modalidade de contratação (a exemplo dos consórcios,

¹¹ Em síntese, Thiago Neves explica que esse contrato “(...) envolve uma tríplice relação. Primeiro, o devedor celebra com o credor um contrato de mútuo visando a aquisição de um determinado bem. Após obter o numerário, o devedor adquire o bem desejado do comerciante. Por último, o devedor o aliena ao credor como garantia do adimplemento da dívida contraída através do empréstimo”. NEVES, op. cit., p. 12-16.

¹² Uma explicação mais complexa é apresentada pelo mesmo autor, Thiago Neves, ao citar os ensinamentos de Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, dizendo que “(...) como só transmite quem tem (art. 756 do CC), explica-se por que nas vendas de bens figura como adquirente o consumidor, aquele que é destinatário do financiamento direto (fiduciante), de modo que a compra mercantil (ou civil) é feita à vista, mediante intervenção de financeira, que paga, em nome do comprador, o valor da compra ao vendedor, que se exclui da relação típica que então nasce entre usuário e financiador. O vendedor não transaciona com o financiador a dinheiro para este revender a prazo ao consumidor. Há uma compra e venda entre o vendedor e o consumidor e a seguir uma transmissão de caráter peculiar, com fim de segurança, entre o financiado (devedor fiduciante) e o financiador (credor fiduciário). Neste segundo momento, quando surge o financiamento, é que se depara com o negócio jurídico (pacto adjeto) denominado alienação fiduciária em garantia, que tem sua causa no negócio subjacente, de natureza civil ou mercantil”. RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio *apud* NEVES, op. cit., p. 16.

¹³ NEVES, op. cit., p.14. Entre os defensores dessa posição citados pelo referido autor, pode-se destacar Orlando Gomes e Melhim Namem Chalhub.

por conta do art. 7º da Lei n. 5.768/71). A explicação para tanto se embasa não só pela exposição de motivos do próprio Decreto-lei n. 911/69 afirmar que se dava maiores garantias às operações feitas instituições financeiras; como também no fato de que a alienação fiduciária, em vista de sua previsão legal, estaria direcionada aos mercados financeiros e de capitais, os quais tem atuação restrita a certos *players* expressamente autorizados (tal como as instituições financeiras, por conta do art. 3º, III, da Lei n. 4.728/65). Esse entendimento também era predominante na jurisprudência pátria¹⁴.

Posteriormente, com o Código Civil de 2002 e a Lei n. 10.931/04, houve uma ampliação do instituto da alienação fiduciária e um reforço ao âmbito limitado de aplicação do Decreto-Lei n. 911/69. Explique-se. O Novo Código Civil trouxe a previsão da Propriedade Fiduciária (art. 1.361 a 1.368-A), de forma que, segundo alguns doutrinadores¹⁵, haveria um gênero de alienação fiduciária, o qual seria dividido em algumas espécies. Assim, o Código Civil teria previsto a alienação fiduciária de bem móvel geral ou genérica, a qual pode ser celebrada por qualquer pessoa para garantir um negócio jurídico. Já a Lei n. 4.728/65 e o Decreto-Lei n. 911/69 conteriam as previsões legais da espécie de alienação fiduciária de bem móvel especial, realizada por instituição financeira e por aqueles autorizados por lei, no âmbito do mercado financeiro e de capitais.¹⁶

Essa divisão restou corroborada pelas alterações promovidas pela Lei n. 10.931/04, a qual revogou os art. 66 e 66-A da Lei n. 4.728/65, inserindo o art. 66-B e alterando o título da Seção IX daquela lei para “Alienação Fiduciária em Garantia no Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais”. Ademais, essa lei também incluiu o art. 1.368-A no Código Civil, dispondo que as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária estão

¹⁴ A título de exemplo, cite-se o Recurso Especial nº 111.219-1, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=202138>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

¹⁵ NEVES, op. cit., p.15. Entre os doutrinadores que vislumbram o gênero da alienação fiduciária, pode-se destacar Arnoldo Ward e Melhim Namem Chalhub.

¹⁶ Apenas a título complementar, a outra espécie seria a da alienação fiduciária de bem imóvel, regida pela Lei 9.514/97.

submetidas aos regramentos de suas respectivas leis especiais, restando a aplicação desse código somente naquilo que não for incompatível com as legislações específicas.

Além disso, a Lei n. 10.931/04 também acrescentou o art. 8º-A ao Decreto-Lei n. 911/69, expandindo a aplicação da alienação fiduciária para servir à garantia dos créditos fiscais e previdenciários. Todavia, o mesmo dispositivo reafirmou a aplicação do procedimento previsto no decreto-lei para a alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais. Em vista disso, boa parte da doutrina¹⁷ concluiu que a aplicação desse instrumento serviria apenas para a alienação fiduciária especial. Válida é a reprodução desse artigo para que não haja dúvidas quanto a clara intenção do legislador pátrio:

Art. 8o-A. O procedimento judicial disposto neste Decreto-Lei aplica-se exclusivamente às hipóteses da Seção XIV da Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965, ou quando o ônus da propriedade fiduciária tiver sido constituído para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário.

No entanto, diversas renomadas vozes doutrinárias¹⁸ entendiam possível a aplicação subsidiária desse instrumento. Dentre diversos argumentos trazidos pelos autores, havia os que focavam uma suposta falta de isonomia entre os diversos procedimentos para a alienação fiduciária¹⁹; outros que se debruçavam sobre uma interpretação histórico-teleológica das modificações legislativas²⁰; e, ainda, a alegação de que o Código Civil não dispõe sobre o modo de recuperação do bem pelo credor-fiduciário para que possa proceder à venda judicial ou extrajudicial (art. 1.364 do CC/02), de forma que se poderia usar da ação de busca e

¹⁷ NEVES, op. cit., p. 32. A título de exemplo, seguem essa posição os autores Thiago Neves e Melhim Chalhub.

¹⁸ NEVES, op. cit., p. 32-33. Entre os doutrinadores que defendem tal posição, citem-se Arnaldo Rizzardo, Paulo Sérgio Restiffe, Paulo Restiffe Neto e Joel Dias Figueira Júnior.

¹⁹ RESTIFFE NETO; RESTIFFE *apud* NEVES, op. cit., p. 34.

²⁰ FIGUEIRA JÚNIOR *apud* NEVES, op. cit., p. 36.

apreensão do Decreto-Lei n. 911/69²¹. Em que pese a posição dessa parte da doutrina, não foi esse o entendimento que prevaleceu²², em especial, na jurisprudência pátria²³.

Por tudo que foi visto, chegam-se a duas importantes conclusões. A primeira é que não há dúvidas de que o instituto da alienação fiduciária em garantia sofreu uma vasta ampliação no que toca ao sujeito que ocupa a posição de credor-fiduciário, não só pelas mudanças nas leis especiais, mas principalmente pela inovação do Código Civil, a qual permitiu que qualquer pessoa possa se valer dessa forma de garantia.

A segunda conclusão diz respeito a posição de sujeito ativo para a ação de busca e apreensão em garantia prevista no Decreto-Lei n. 911/69, a qual somente pode ser ocupada, a princípio, pelo credor-fiduciário, podendo ser este uma instituição financeira ou fornecedora de crédito, bem como aqueles que atuem diretamente com créditos fiscais e previdenciários. Isso se deve justamente pela aplicação restrita dessa legislação aos contratos de alienação fiduciária em garantia celebrados no âmbito do mercado financeiro e de capitais ou quando envolva crédito de natureza fiscal ou previdenciário como garantia. Por fim, vale esclarecer que também poderá ser autor da ação o avalista, o fiador ou o terceiro interessado que pagar a dívida do alienante ou devedor, em vista da ocorrência da sub-rogação²⁴, o que não diminui a relevância da discussão e das conclusões anteriormente expostas para que se compreendam as vantagens dadas às instituições financeiras e afins.

Compreendido os personagens desse instituto, analisa-se outro tópico desse contrato de garantia no qual a evolução legislativa esclareceu e encerrou diversas controvérsias: o

²¹ RIZZARDO *apud* NEVES, op. cit., p. 33.

²² Nesse sentido, emblemática a conclusão de Thiago Neves de que “[...] a lei visou privilegiar as instituições financeiras, restringindo o procedimento no âmbito do mercado financeiro e de capitais. Se isso é o mais adequado, ou mais, justo, não nos cabe aqui discutir. [...] Então, há que prevalecer a redação expressa da lei, não cabendo à doutrina, a nosso sentir, derroga-la ou modifica-la, mesmo que a entenda não adequada ou justa”. Para uma análise mais aprofundada da argumentação e do embate doutrinário, ver NEVES, op. cit., p. 32-40.

²³ Sobre esse tema, apenas para indicar uma fonte que respalde a conclusão aventada, cite-se o Recurso Especial nº 1.101.375-RS, o qual será destacado na próxima seção do presente trabalho monográfico.

²⁴ Dispõe o Decreto-Lei n. 911/69: “Art 6º. O avalista, fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida do alienante ou devedor, se sub-rogará, de pleno direito no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária.”

objeto jurídico. Em vista da essência desse negócio jurídico envolver a devolução e individualização contratual (por meio de numeração, marcas ou sinais) do bem²⁵, seria adequado concluir que o objeto da alienação fiduciária seria o bem de natureza infungível. Nesse sentido, a redação do art. 1.361 do Código Civil traz expressamente a previsão de que a propriedade fiduciária deve ser de coisa móvel infungível.²⁶

Contudo, antes mesmo das alterações trazidas pela Lei n. 10.931/04, já havia doutrina²⁷ e jurisprudência²⁸ que apontavam no sentido da possibilidade de realização do contrato de alienação fiduciária com bem fungível. A argumentação se baseava na redação do antigo art. 66, §3º da Lei n. 4.728/65 que dava o ônus ao proprietário fiduciário de provar a identidade dos bens de seu domínio em poder do devedor quando eles não fossem identificados por numeração, sinais ou marcas. Em outras palavras, caso oferecesse um bem fungível em garantia, caberia ao credor identificá-lo dentre os que estivessem na posse indireta do devedor. Com o advento da Lei n. 10.931/04, incluindo o art. 66-B, §3º da Lei n. 4.728/65²⁹, a questão foi solucionada, já que tal dispositivo permite expressamente a utilização de bem fungível nos contratos de alienação fiduciária, apenas exigindo que a posse direta e indireta do bem objeto de garantia se mantenha nas mãos do credor. Contudo, por conta da legislação em que tal dispositivo está inserido, correta é a conclusão do professor

²⁵ Essa necessidade da identificação do bem constar no contrato de alienação fiduciária advém do comando do art. 66-B, §1º, da Lei 4.728/65, a *contrario sensu*.

²⁶ Dispõe o Código Civil: “Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.”

²⁷ ALVES, José Carlos Moreira *apud* NEVES, op. cit., p. 17.

²⁸ Cite-se, a título de exemplo, o Recurso Especial nº 96.907-SP. Relator: Ministro Alfredo Buzaid. Primeira Turma. Julgamento em 05/11/1982. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=190325>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

²⁹ Dispõe o art. 66-B, §3º, da Lei 4.728/65: “§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.”

Thiago Neves de que somente na alienação fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais é que se tem a possibilidade de dar em garantia bem fungível.

Assim, a alienação fiduciária genérica ou geral, prevista no Código Civil, em face ao disposto no art. 1.361, somente poderá ter por objeto um bem móvel infungível. Já a alienação fiduciária especial no âmbito do mercado financeiro e de capitais poderá ter por objeto tanto bem móvel infungível quanto bem móvel fungível.

Compreendidas as modificações por que passaram as questões sobre os personagens e o objeto jurídico do instituto da alienação fiduciária e o regramento do Decreto-Lei 911/69, dever-se-á analisar as demais mudanças que as principais inovações legislativas trouxeram, começando pela Lei n. 10.931/04.

Como visto, essa legislação trouxe alterações para outras leis, desde o Código Civil até o Decreto-Lei n. 911/69, resolvendo questões sobre a legitimidade ativa da ação de busca e apreensão, mas gerando outras controvérsias. Além da inclusão do art. 8º-A no referido decreto-lei, a Lei n. 10.931/04 alterou substancialmente o regramento da liminar de busca e apreensão, modificando os parágrafos do art. 3º, a fim de tornar mais célere o procedimento de retomada e de venda do bem pelas instituições financeiras, repercutindo em maior segurança na recuperação do crédito concedido, como se depreende da leitura da exposição de motivos dessa legislação³⁰. É sobre tais mudanças que se passa a analisar.

³⁰ Válido citar alguns trechos da referida Exposição de Motivos da Lei 10.931/04: “EM nº 00027/2004 – MF. Brasília, 3 de março de 2004. [...] 2. A importância do bom funcionamento do mercado de crédito brasileiro para o desenvolvimento da economia nacional é um fato incontestável. A adequada disponibilização de recursos creditórios, de maneira eficiente e a um baixo custo, é essencial não só para viabilizar a produção, com implicações diretas sobre a geração de emprego e renda, mas também para o fomento à poupança e ao investimento, ou mesmo para a solução de problemas de natureza social relacionados à habitação, saneamento básico, dentre outros. 3. Há o entendimento de que a legislação em vigor que trata das operações de crédito de maneira geral e de outras matérias correlatas carece de dispositivos que reduzam a insegurança econômica e jurídica dessas operações, criando óbices ao bom funcionamento do mercado e à garantia do mutuário. Essa deficiência legal tem, na prática, os efeitos de limitar o acesso ao crédito, de reduzir os recursos disponibilizados e de elevar o custo das operações, em prejuízo do todo social e, em particular, do cidadão comum, tomador do crédito. Além disso, como ilustrado em diversos casos do passado, muitas vezes essa insegurança jurídica implica o não cumprimento da entrega devida do imóvel financiado ao mutuário ou, ainda, a entrega a um custo maior do que o inicialmente contratado. 4. É com o objetivo de promover o acesso ao crédito em maior volume, a um custo mais baixo, de maneira eficiente e em condições economicamente viáveis, em especial, no segmento do financiamento imobiliário, que são apresentadas as alterações ora consolidadas no Projeto de Lei em tela.[...]”

Desde a redação original do Decreto-Lei n. 911/69 a liminar de busca e apreensão poderia ser requerida pelo credor-fiduciário, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor-fiduciante. Contudo, na redação original, uma vez executada a liminar, o réu era citado para, em apenas 3 dias, apresentar contestação ou requerer a purgação da mora, caso já tivesse pago 40% do preço financiado. Esta possibilidade foi consagrada na Súmula nº 284 do STJ³¹. Optando pela purgação da mora, o juiz remetia os autos ao contador para o cálculo do débito existente e marcava data para o pagamento, em prazo não superior a dez dias.

A situação se alterou drasticamente com a Lei n. 10.931/04, pois a nova redação dos parágrafos do art. 3º ampliaram os prazos e melhoraram o exercício do direito de defesa pelo devedor. Após a efetivação da liminar, o devedor terá o prazo de 5 dias para realizar o pagamento da integralidade da dívida pendente e receber o bem livre de qualquer ônus.

Vale dizer que, em que pese o entendimento atual de que o pagamento se refere as parcelas vencidas e vincendas (e demais valores de juros, correção monetária etc), não

11. Em relação à alienação fiduciária de bens móveis, notadamente de veículos automotores, foi constatada a dificuldade de se concretizar a venda após a retomada do bem em posse do mutuário inadimplente. Vale ressaltar que, no regime de alienação fiduciária, o credor é o proprietário do bem desde a concessão do crédito até seu pagamento integral. Não obstante, no período de vigência do crédito, o mutuário mantém a posse direta do bem, assim como seu usufruto. A transferência em definitivo da propriedade ao mutuário só ocorre com o pagamento integral do crédito tomado. 12. Na hipótese de inadimplência do mutuário, a legislação em vigor já permite ao credor ou proprietário fiduciário a retomada do bem e sua venda. Ocorre, todavia, que, a despeito desse dispositivo vir sendo cumprido no caso dos bens móveis em geral, o mesmo não tem ocorrido no caso de veículos automotores, para os quais tem ocorrido a retomada do bem pelo credor fiduciário, mas este não consegue vendê-lo, pois a transferência do registro nas repartições de trânsito competentes vem sendo negada. Entre outras consequências, criou-se uma extensa frota de automóveis ociosos e em processo de deterioração, situação essa economicamente indesejável e ineficiente, configurando total desperdício de recursos. 13. Dessa forma, as alterações propostas ao Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, objetivam agilizar a venda do bem retomado, sem prejuízo ao mutuário, inclusive propiciando-lhe uma forma mais célere de quitação de sua dívida. Ademais, a fim de prevenir abusos por parte do credor fiduciário, foi estabelecida pesada multa, caso se constate irregularidades na venda pela instituição credora do bem alienado fiduciariamente, sem prejuízo de ação de perdas e danos futura. Com isso, garante-se ao mutuário a salvaguarda de receber o equivalente monetário do bem indevidamente alienado, mas também a compensação por qualquer dano que a venda do bem possa lhe ter provocado. 14. Por fim, estão sendo propostas também alterações ao Novo Código Civil brasileiro, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, as quais visam, primeiramente, a compatibilizar o instituto da propriedade fiduciária com o disposto na legislação específica que trata da alienação fiduciária de bens móveis, DL 911/69, e de bens imóveis, instituída pela Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. [...]” (BRASIL. Exposição de Motivos nº 00027/2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm>. Acesso em: 09 ago. 2016).

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

podendo se falar mais em uma real purgação da mora, durante um longo período houve intensa discussão entre os tribunais nacionais, com os entendimentos se alterando no tempo, de sorte que houve diversos casos em que se permitiu a realização da purga da mora.

A existência ou não da possibilidade de purgação da mora no procedimento atual será objeto de estudo posteriormente, quando será feita uma análise mais minuciosa do entendimento jurisprudencial sobre as modificações da Lei n. 10.931/04.

Caso o devedor não realize o pagamento do valor apresentado na inicial, a consequência será a consolidação da propriedade plena nas mãos do credor, ou seja, o fiduciário terá, além da propriedade, a posse direta do bem. Não há mais necessidade de uma sentença de plano, em 5 dias, recorrível por agravo de instrumento sem efeito suspensivo, para consolidar a propriedade plena do credor, como dispunha a redação original dos art. 3º, §§4º e 5º, do Decreto-Lei n. 911/69, uma vez que a consolidação se dá automaticamente com o esgotamento do prazo.

Essa lei também inovou ao alterar o prazo para a defesa do devedor, o qual passou a ser de 15 dias a contar da efetivação da liminar de busca e apreensão. Como visto, o procedimento original permitia a defesa em apenas 3 dias ou a purgação da mora, sob específicas condições. A expansão do prazo de defesa, pois, garantiu de modo mais eficaz o princípio do contraditório e o princípio do devido processo legal.

Apesar dessa mudança, a doutrina se questionou sobre o termo inicial do prazo de defesa quando não houvesse liminar efetivada (seja pela sua não decretação, seja pela ausência do próprio pedido liminar). Explica o ilustre autor Thiago Neves³² que, a despeito de ser requerida ou não a liminar, haverá necessidade de proceder a citação do devedor, por ser ato essencial à validade do processo, permitindo que o fiduciante venha a integrar a lide. Dessa forma, não ocorrendo a liminar, deverá o devedor ser citado para responder no prazo de

³² NEVES, op. cit., p. 45.

15 dias, iniciando-se a contagem quando da juntada do mandado de citação aos autos do processo³³.

Outra inovação positiva foi de acabar com a restrição na matéria de defesa. Primeiro, porque, ao alterar a redação original do art. 3º, §2º, permitiu-se que a matéria alegada fosse mais do que o mero pagamento, podendo o devedor alegar quaisquer matérias processuais ou meritórias que freiem a pretensão autoral³⁴. Segundo, porque a redação original do art. 3º, §1º, falava apenas em “contestar”, mas, agora, a previsão do art. 3º, §3º, dispõe que o devedor apresentará “resposta”, ampliando as formas de defesa. Vale destacar que houve embates doutrinários sobre a admissão de reconvenção nessa ação de busca e apreensão, havendo renomados doutrinadores³⁵ em ambos os sentidos, prevalecendo a possibilidade da reconvenção.³⁶

Apesar de trazer nova redação e divisão dos parágrafos, a Lei n. 10.931/04 manteve a previsão legal quanto à venda do bem objeto depois que ele é retomado pelo credor, dando-lhe, porém, maior liberdade nos meios como realizar essa venda.

Manteve, também, a disposição quanto à sentença e os efeitos em que a apelação seria recebida. Contudo, inovou ao prever as consequências para o caso da improcedência do pedido, que seria a imposição de multa contra o credor-fiduciário, em favor do devedor, de 50% do valor financiado, devidamente atualizado, caso já alienado o bem. Isso sem excluir a possibilidade de apuração de eventuais perdas e danos sofridas pelo devedor, em procedimento próprio (art. 3º, §6º, Decreto-Lei 911/69).

³³ NEVES, op. cit., p. 45. Explica o ilustre autor que essa contagem se dava por aplicação subsidiária do art. 213 do CPC/73. Atualmente, em vista do Novo Código de Processo Civil, a aplicação subsidiária será do art. 238 do NCPC. Ademais, por se tratar de lei especial, não se aplica a contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 do NCPC), em vista do comando expresso do art. 1.046, §1º, do NCPC.

³⁴ Ibid., p. 45.

³⁵ NEVES, op. cit., p. 46-47. Favoráveis à reconvenção na ação de busca e apreensão do Decreto-Lei 911/69, pode-se indicar Joel Dias Figueira Júnior, Thiago Ferreira Cardoso Neves e Daniel Amorim Assunção Neves.

³⁶ Vide RESP nº 801.374-RJ, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/06/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501996676&dt_publicacao=02/05/2006>. Acesso em: 09 ago. 2016.

Manteve-se, por fim, o dispositivo que explicita a natureza autônoma e independente da ação de busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia (art. 3º, §8º, do Decreto-Lei n. 911/69).

A legislação mais recente a provocar grandes mudanças na alienação fiduciária e no procedimento da ação de busca e apreensão foi a Lei n. 13.043/14. Advinda da conversão da Medida Provisória n. 651/2014 em lei ordinária, dispôs sobre questões tributárias, mas também trouxe mudanças em outros institutos jurídicos. Tratar-se-á brevemente das modificações ocorridas no Decreto-Lei n. 911/69, já que algumas dessas mudanças serão alvo de análises mais detidas e algumas considerações críticas pontuais em outro capítulo do presente trabalho.

Simples mudança ocorreu no art. 2º, *caput*, do Decreto-Lei n. 911/69, o qual dispõe sobre o direito do credor fiduciário de vender o bem objeto da garantia a terceiros, judicial ou extrajudicialmente, aplicando o produto da venda no pagamento do seu crédito, devendo entregar ao devedor, caso haja, o saldo restante apurado. A inovação está na obrigação do credor de realizar a prestação de contas dessa venda, como uma forma de resguardar o próprio devedor, que pode fiscalizar e verificar se o fiduciário agiu de maneira eficiente para obter o melhor preço pelo bem.

Uma mudança mais considerável se deu em relação à notificação extrajudicial feita do devedor para comprovar a mora. A redação original do art. 2º, §2º do Decreto-Lei n. 911/69 exigia que a notificação fosse realizada por meio de carta registrada expedida por um Cartório de Títulos e Documentos ou por meio de protesto do título, segundo escolhesse o credor. A nova redação veio a facilitar a atuação do fiduciário, pois dispõe que a mora será comprovada por carta registrada com aviso de recebimento. A notificação, como se vê, tornou-se infinitamente mais simplificada, diminuindo os custos que os credores tinham com a realização de protestos ou registro perante os cartórios - o que igualmente repercute aos

devedores, que não terão que arcar indiretamente com esses emolumentos quando da ação de busca e apreensão, diminuindo-se o valor da dívida constante na inicial.

Além disso, a parte final do art. 2º, §2º do Decreto-Lei n. 911/69 traz expressa a desnecessidade de que a assinatura constante no aviso de recebimento seja do próprio destinatário. Esse já era o entendimento da jurisprudência do STJ³⁷, a qual considerava suficiente que a notificação fosse entregue no endereço do devedor, não precisando ser pessoal. Essa inovação e outros aspectos da notificação serão analisados de forma mais crítica em momento posterior.

Outra grande alteração aconteceu na redação do art. 3º, *caput, in fine*, do Decreto-Lei n. 911/69. O legislador inseriu, expressamente, a previsão de que a concessão liminar da busca e apreensão pode ocorrer no plantão judiciário. Apesar do dispositivo usar a expressão “poder”, o entendimento tem sido no sentido de que se trata de um “poder-dever” do magistrado, uma vez preenchidos os requisitos para apreciar e conceder a liminar³⁸.

Em que pese a inovação, esta não se coaduna com os princípios processuais que buscam garantir um processo verdadeiramente justo, como se terá oportunidade de avaliar em outro capítulo. Basta dizer, por hora, que a previsão constitui grave violação ao princípio do devido processo legal, em especial no que toca ao aspecto da duração razoável do processo e da possibilidade de um real contraditório.

Ainda no art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69, novos parágrafos foram incluídos trazendo interessantes mudanças que merecem atenção do jurista.

A primeira delas veio com uma previsão para auxiliar a apreensão do bem objeto de garantia quando este for um veículo, que é a inserção de uma restrição judicial no registro do veículo. Explique-se. O art. 3º, §9º, do Decreto-Lei n. 911/69 prevê que, decretada a busca e

³⁷ Cite-se, a título de exemplo, o AgRg no ARESP 419.667/MS, 4º Turma do STJ, Relator Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 06/05/2014.

³⁸ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Alterações da Lei 13.043/2014 no regime da alienação fiduciária*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/11/alteracoes-da-lei-130432014-no-regime.html>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

apreensão do veículo, o juiz deverá inserir uma restrição judicial na base de dados do Renavam (Registro Nacional de Veículos Automotores). Esse banco de dados funciona como um registro de todos os veículos existentes no país, identificando-os por meio de uma numeração própria (o “código Renavam” do veículo), armazenando todas as informações mais relevantes da “vida” do automóvel - desde a sua fabricação ou importação até sair de circulação³⁹.

Em vista da existência de convênio entre o DENATRAN (Departamento Nacional de Trânsito) e o Poder Judiciário, o magistrado pode efetuar seu *login* no sistema informatizado e inserir restrições judiciais sobre o veículo objeto da ação de busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia. Caso não possua uma senha de acesso, deverá oficiar ao DETRAN competente para que se registre o gravame sobre o veículo referente à decretação da busca e apreensão (art. 3º, §10, I, do Decreto-Lei n. 911/69).

Além disso, a nova legislação também impôs que o mandado de busca e apreensão seja incluído em banco de dados próprio de mandados (art. 3º, §10, I, do Decreto-Lei n. 911/69), o que traz maior eficácia ao procedimento estudado.

Dessa maneira, constará a informação da existência de ordem judicial para a apreensão do veículo no sistema do Renavam e em um banco de mandados judiciais, o que, indubitavelmente, torna mais fácil a efetivação da ordem judicial, dando mais segurança ao credor de que poderá reaver o seu veículo. Exemplos comumente citados da eficácia dessa inovação legislativa são os casos em que o automóvel é parado em uma *blitz* ou realiza uma inspeção de rotina no DETRAN, oportunidade em que, quando o agente público checar a condição do veículo, o sistema acusará a restrição judicial, sendo o bem imediatamente apreendido e entregue à Justiça⁴⁰.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

Importante destacar, ainda, que os dispositivos legais preveem que a restrição deve ser retirada imediatamente após a apreensão do veículo, seja pelo próprio julgador (art. 3º, §9º, *in fine*, do Decreto-Lei n. 911/69), seja por meio de ofício ao DETRAN (art. 3º, §10, II, do Decreto-Lei n. 911/69).

Uma segunda mudança ocorreu com a inclusão dos art. 3º, §§12 a 14, do Decreto-Lei n. 911/69, os quais dispõem sobre a apreensão do bem em comarca distinta. Ainda tratando de veículo como bem objeto da alienação fiduciária, o art. 3º, §12, determina que, caso este bem seja encontrado em comarca diversa daquela onde tramita a ação de busca e apreensão, o interessado pode requer diretamente ao juízo dessa comarca a apreensão do veículo. Para tanto, bastará anexar ao requerimento a cópia da inicial da ação e, quando for o caso, a cópia do “despacho” que concedeu a busca e apreensão do automóvel.

Feita a apreensão do veículo, conforme a redação do art. 3º, §13, do Decreto-Lei n. 911/69, esta será imediatamente comunicada ao juízo, o qual intimará a instituição financeira para retirar o bem do local depositado no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas. Interessante a redação do dispositivo, a qual reconhece a realidade fática dos contratos de alienação fiduciária, nos quais o credor fiduciário é, predominantemente, uma instituição financeira; e o bem objeto do contrato é um veículo. Essa constatação corrobora as críticas que serão tecidas nas próximas seções, pois explicitam o real privilegiado pelas mudanças legislativas, tendo por base razões econômicas e políticas.

Por fim, prevê o art. 3º, §14, do Decreto-Lei n. 911/69 que quando for cumprido o mandado de busca e apreensão, deverá o devedor entregar o bem e os seus respectivos documentos. Esse dispositivo apenas explicita a conduta do fiduciante que já decorreria da boa-fé contratual.

Há, ainda, uma mudança comum aos art. 2º e 3º do Decreto-Lei n. 911/69. Trata-se da ampliação do âmbito de utilização dos ditames que regem a ação de busca e apreensão, pois

essas disposições passam a valer para os casos de reintegração de posse de veículos que foram objeto de operações de arrendamento mercantil.

As previsões trazidas nos art. 2º, §4º e art. 3º, §15 do referido diploma legal⁴¹ permitem a aplicação das questões referentes à mora e à liminar de busca e apreensão ao instituto da Lei 6.099/74. Desse modo, permite-se a aplicação da previsão sobre a alienação do bem pelo credor quando do inadimplemento, bem como a questão da purgação da mora (art. 2º, §2º, do Decreto-Lei n. 911/69) e, ainda, a concessão de liminar para a recuperação do veículo.

Obviamente, a expansão de aplicação desses mecanismos previsto no Decreto-Lei n. 911/69 aos contratos de arrendamento mercantil visa trazer maior segurança aos credores desse negócio jurídico, bem como lhes facilitar a retomada dos bens e a resolução do acordo após o inadimplemento do devedor. Uma reflexão sobre essa escolha do legislador será feita no terceiro capítulo deste trabalho.

Mudança também importante ocorreu na situação do bem não ser encontrado ou não estar na posse do devedor. A solução dada originariamente pelo Decreto-lei n. 911/69 seria a possibilidade de o credor intentar ação de depósito, na forma do Código de Processo Civil vigente à época. Com a alteração feita pela Lei n. 6.071/74, trouxe-se solução mais simples do que o ajuizamento de uma nova ação, permitindo-se que o credor requeresse a conversão do pedido de busca e apreensão em ação de depósito, nos mesmo autos.

Com a Lei n. 13.043/14, a redação do art. 4º do Decreto-lei n. 911/69 sofreu nova modificação⁴², passando a prever a conversão não mais em ação de depósito, mas sim em

⁴¹ Dispõe o art. 2º, §4º, do Decreto-Lei n. 911/69: “Os procedimentos previstos no caput e no seu § 2o aplicam-se às operações de arrendamento mercantil previstas na forma da Lei no 6.099, de 12 de setembro de 1974”. Já o art. 3º, §15 do Decreto-Lei n. 11/69 dispõe: “As disposições deste artigo aplicam-se no caso de reintegração de posse de veículos referente às operações de arrendamento mercantil previstas na Lei no 6.099, de 12 de setembro de 1974”.

⁴² Dispõe o atual art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69: “Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, fica facultado ao credor requerer, nos mesmos autos, a conversão do pedido de busca e apreensão em ação executiva, na forma prevista no Capítulo II do Livro II da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”.

ação executiva (mais especificamente, na execução para a entrega de coisa, nos art. 806 a 823 do Novo Código de Processo Civil). Essa mudança acabou por se coadunar com as disposições do Novo Código de Processo Civil, já que não há mais a previsão expressa de um procedimento especial para as ações de depósito. Contudo, ressalve-se que ainda se faz possível esse tipo de demanda judicial, apenas não havendo mais um procedimento especial a ser seguido, utilizando-se o procedimento comum.

Por consequência, o art. 5º, *caput*, do Decreto-lei n. 911/69 também sofreu modificação, uma vez que já tratava da opção pela ação executiva. Houve apenas a explicitação de que, optando o autor pela ação executiva, seja ela direta ou advinda da conversão do art. 4º, poderá ele requerer a penhora dos bens do devedor tantos quantos bastem para assegurar a execução.

Merece destaque a inclusão do art. 6º-A no Decreto-Lei n. 911/69, o qual dispõe que a existência de pedido de recuperação judicial ou extrajudicial pelo devedor não impede a distribuição da ação de busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia. Essa previsão legal, apesar de tecnicamente correta, gera uma problemática criticável, especialmente por acabar desprestigiando o instituto da recuperação judicial, o que será alvo de breves críticas em momento posterior.

Outro dispositivo introduzido foi o art. 7º-A do Decreto-lei n. 911/69, o qual prevê que não será aceito bloqueio judicial de bens constituídos por alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais. A lógica e a técnica são inegáveis: uma vez que o bem objeto da garantia pertence ao credor (propriedade resolúvel e posse indireta), somente estando com o devedor (posse direta), não é possível que outros credores do fiduciante possam tentar atingir um patrimônio que não lhe pertence. Permitir que outros credores bloqueassem o bem de propriedade do credor-fiduciário seria permitir que o seu patrimônio fosse violado por terceiros para responder por débitos que não possui qualquer relação.

Ademais, prevê o dispositivo que, em havendo qualquer discussão sobre concursos de preferências entre outros credores e a instituição financeira mutuante, deverá tal problemática ser resolvida pelo valor da venda do bem, nos termos do art. 2º do Decreto-lei n. 911/69. Em outras palavras, não se impedirá a venda do bem pelo credor-fiduciário - até porque isto é visto com um dever que o credor possui ao reaver o bem – e eventuais soluções sobre a preferência dos credores recairão sobre o valor obtido.

Dessa forma, o dispositivo apenas reforça aquilo que o direito de propriedade já asseguraria ao credor-fiduciário, colocando de forma expressa a impossibilidade do pleito pelo bloqueio judicial do bem objeto da garantia no contrato de alienação fiduciária.

Para além do Decreto-lei n. 911/69, a Lei n. 13.043/14 também operou modificações importantes na previsão sobre a alienação fiduciária de bens móveis do Código Civil, as quais também repercutem em outras espécies de alienação fiduciária caso não haja previsão específica. Uma primeira alteração ocorreu na redação do art. 1.367, a qual passou a dispor o seguinte⁴³:

Art. 1.367. A propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial deste Código e, no que for específico, à legislação especial pertinente, não se equiparando, para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231.

Nesse sentido, aponta Márcio André Lopes Cavalcante⁴⁴ que com essa alteração restou claro que existem diversas espécies de alienação fiduciária, cada uma delas com um regramento próprio, aplicando-se as normas do Código Civil apenas quando não for esse instituto tratado em alguma lei específica. Ademais, o dispositivo expressamente previu a aplicação dos art. 1.419 a 1.430 do Código Civil ao instituto da propriedade fiduciária, além de destacar que as regras atinentes a esse instituto são próprias e especiais em relação à propriedade plena (art. 1.231 do Código Civil).

⁴³ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 mar. 2015.

⁴⁴ CAVALCANTE, op. cit.

A outra mudança trazida ao diploma civilista foi a inserção do art. 1368-B, cujo *caput* reconhece o direito real de aquisição⁴⁵ ao devedor fiduciante, ao seu sucessor ou ao cessionário nos contratos de alienação fiduciária em garantia, seja de bem imóvel ou móvel (genérica ou especial).

Contudo, a grande inovação e, certamente, a mais polêmica, foi a trazida pelo parágrafo único desse dispositivo, o qual cria uma grande vantagem aos credores fiduciários. Segundo esse dispositivo, aquele que se valer da alienação fiduciária, ao obter a propriedade plena do bem - seja por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma - somente passará a responder pelo pagamento dos tributos, das taxas, das despesas condominiais e de outros encargos (tributários ou não) que recaiam sobre a propriedade e a posse do objeto da garantia a partir da data em que for imitado na posse direta daquele bem.

Tal previsão legal inova no ordenamento jurídico brasileiro, o que exige certas reflexões, as quais serão feitas mais à frente no presente trabalho.

1.3. Os entendimentos jurisprudenciais mais relevantes ao longo da história da Alienação Fiduciária

Comum a todos os ramos do Direito são as dúvidas e discussões geradas pela interpretação de um princípio, de uma norma, de um dispositivo legal ou, até mesmo, em razão da ausência de qualquer um deles para tratar sobre alguma situação fática que surge ao operador.

⁴⁵ Para maiores informações sobre o direito real de aquisição, ver a obra de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, *Curso de Direito Civil – Direitos Reais*, 10. ed, JusPODIVM, 2014, p. 825-864.

Assim, ao lado da doutrina, porém mais próxima ao jurisdicionado e aos seus problemas fáticos, estão os tribunais, estabelecendo jurisprudências por meio de decisões reiteradas, buscando a melhor interpretação e solução às demandas judiciais.

A alienação fiduciária não passou, e nem poderia passar, despercebida aos olhos dos Tribunais Superiores, uma vez que os negócios jurídicos envolvendo os aspectos controversos que tocam a esse instituto e a sua legislação são fonte inesgotável de questionamentos e problemáticas. Assim, válido que se dedique um especial espaço para que sejam destacados alguns pontos controversos que foram resolvidos pela jurisprudência.

Primeiramente, tem-se o REsp 1.101.375-RS⁴⁶, no qual o STJ afirmou que a ação de busca e apreensão prevista no Decreto-Lei 911/69 somente pode ser utilizada quando o credor fiduciário for instituição financeira *lato sensu* ou pessoa jurídica de direito público titular de créditos fiscais e previdenciários.

Uma importante controvérsia resolvida dizia respeito a mora nos contratos de alienação fiduciária. Restou firmado o entendimento de que a mora do devedor é *ex re*, ou seja, opera-se pelo simples vencimento do prazo de pagamento.⁴⁷

Disso outra problemática surgiu, dizendo respeito aos meios que serviam de prova da constituição em mora do devedor fiduciante inadimplente. O tema era muito debatido por conta de seus reflexos processuais na ação de busca e apreensão, de forma a permitir ou não

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.101.375-RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=200802404162>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁴⁷ Citem-se como precedentes: AgRg no AREsp 385511/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014; AgRg no REsp 1194119/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013; AgRg no REsp 1028516/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 06/11/2013; AgRg no AREsp 368734/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 10/10/2013; AREsp 52058/RS (decisão monocrática), Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, julgado em 30/04/2014, DJe 06/05/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemeses/Jurisprud%C3%A2ncia%20em%20Teses%2014.pdf>. Acesso em: 09 set. 2015.

concessão da liminar prevista no art. 3º do Decreto-Lei 911/69, já que o próprio STJ exigia essa comprovação⁴⁸.

A solução, num primeiro momento, veio pela jurisprudência pátria em decisões que reconheciam a notificação por meio de aviso de recebimento no endereço do devedor como suficiente para tanto.⁴⁹ Como já visto, tal solução foi incorporada na redação do art. 2º, §2º, do Decreto-Lei 911/69, em razão da alteração promovida pela Lei 13.043/14. Ademais, entendeu o STJ que seria válida a notificação extrajudicial expedida por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos e entregue no domicílio do devedor, sendo dispensada sua notificação pessoal.⁵⁰

Ainda dentro do tópico relacionado à notificação extrajudicial para constituição em mora, anote-se que há o Enunciado nº 245 das Súmulas do STJ, o qual estampa entendimento consolidado por esse tribunal de que tal notificação dispensa a indicação do valor do débito.⁵¹

Outra resposta dada pelos tribunais que merece destaque tratava da ação de depósito, solução mais importante e prestigiada antes das recentes alterações legislativas. Pacificou o STJ que era possível a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito quando o

⁴⁸Súmula nº 72/STJ: A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

⁴⁹ Nesse sentido, esclarecedora é a Súmula 55 do TJ/RJ: Na ação de busca e apreensão, fundada em alienação fiduciária, basta a carta dirigida ao devedor com aviso de recebimento entregue no endereço constante do contrato, para comprovar a mora, e justificar a concessão de liminar.

⁵⁰Citem-se os precedentes: AgRg no AREsp 350109/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 29/04/2014; AgRg no AREsp 262225/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 28/02/2014; AgRg no AREsp 418617/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 24/02/2014; AgRg no AREsp 385511/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014; AgRg no AREsp 416645/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 24/02/2014; AgRg no AREsp 425044/MS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 11/02/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%20em%20es%2014.pdf>. Acesso em: 09 set. 2015.

⁵¹**Súmula nº 245/STJ:** A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito. Citem-se apenas alguns precedentes: AgRg no REsp 1028516/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 06/11/2013; AgRg no AREsp 167032/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 18/10/2013; AgRg no AREsp 350764/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 02/10/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%20em%20es%2016.pdf>. Acesso em: 09 set. 2015.

bem se encontra na posse do devedor e em péssimo estado de conservação.⁵² Ademais, entendeu o tribunal que após a conversão seria possível o prosseguimento da cobrança nos próprios autos, pelo equivalente em dinheiro, no caso de desaparecimento do bem dado em garantia.⁵³

Por fim, não se poderia encerrar o presente tópico sem se tratar brevemente de uma das decisões mais relevantes proferidas pelo tribunal da cidadania recentemente. No REsp 1.418.593-MS⁵⁴, em sede de recurso repetitivo, o STJ decidiu pela impossibilidade da purgação da mora, devendo o devedor, nos contratos firmados a partir da vigência da Lei 10.931/2004, dentro do prazo de cinco dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida. Reproduza-se a ementa desse importantíssimo julgado:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA NO PRAZO DE 5 DIAS APÓS A EXECUÇÃO DA LIMINAR. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária". 2. Recurso especial provido.

⁵² Precedentes: REsp 916107/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 19/04/2012; REsp 654741/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/02/2007, DJe 23/04/2007; REsp 1428305/SP(decisão monocrática), Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2014, DJe 14/05/2014; REsp 1297404/SP(decisão monocrática), Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2013, DJe 30/09/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%20em%20Tereses%2014.pdf>. Acesso em: 09 set. 2015.

⁵³ Precedentes: AgRg no Ag 1309620/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013; AGREsp 477577/RO (decisão monocrática), Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2014, DJe 11/03/2014; REsp 1132276/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2014, DJe 28/02/2014; REsp 1203589/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 05/09/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%20em%20Tereses%2014.pdf>. Acesso em: 09 set. 2015.

⁵⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.418.593/MS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1320592&num_registro=201303810364&data=20140527&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2016.

O conteúdo e as consequências dessa decisão são extremamente relevantes, merecendo que sejam tecidos comentários e críticas mais detidamente, o que será feito em momento posterior no presente trabalho monográfico, como já assinalado anteriormente quando da análise das modificações legislativas trazidas pela Lei n. 10.931/04.

Por todos os julgados citados e pelas soluções aventadas, fica nítido o papel esclarecedor dos tribunais, permitindo uma melhor interpretação da legislação aplicável às relações jurídicas que envolvem a alienação fiduciária.

1.4. Breve crítica às questões ideológicas e políticas inerentes às modificações legislativas no instituto da Alienação Fiduciária

Ao investigar a evolução histórica do instituto, concluiu-se que o Decreto-Lei n. 911/69 buscou introduzir uma nova modalidade de garantia real nos negócios jurídicos. Contudo, não fossem as modificações legislativas que expandiram o instituto, muitas delas calcadas em mudanças interpretativas feitas pelos doutrinadores e a evolução chancelada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, a alienação fiduciária restaria exclusiva a uma solene e privilegiada lista de fiduciários, em especial às instituições financeiras.

Nesse ponto, deve-se verter um olhar crítico sobre a alienação fiduciária, mais precisamente sobre a ação de busca e apreensão prevista naquele Decreto-Lei, instrumento destinado exclusivamente a tais específicos credores-fiduciários. A previsão desse mecanismo, como já apontado, permite ao credor reaver rapidamente o bem de sua propriedade cuja posse se encontrava com o devedor.

De fato, a atividade satisfativa pode ser extremamente rápida nesse procedimento, algo dificilmente encontrado em outro rito processual ou procedimento especial. Bastará que haja a notificação extrajudicial do devedor-fiduciante para que se pleiteie a liminar de busca e

apreensão e, tendo esta medida sucesso em reaver o bem, o credor apenas aguarda o término dos cinco dias de prazo para a purgação da mora para consolidar sua propriedade. As discussões meritórias posteriores que podem ser feitas pelo devedor em sua defesa dificilmente conseguirão reverter a situação (a exemplo de se demonstrar que não houve mora).

No entendimento de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira⁵⁵, tem-se aí verdadeiro procedimento especial para rápida e expedita satisfação dos créditos advindos de alienação fiduciária, o que traria mais privilégios para as “classes dominantes”, as quais escapam de enfrentar uma ritualística demorada e ineficiente, prolongada e desastrosa, como todos os demais⁵⁶. Essa situação de distinção e privilégio é sintetizada pelo autor na expressão “desigualdade de procedimento e desigualdade no procedimento”. A observação do autor é acertada, já que as instituições financeiras contam com grandes privilégios - o que já se mostrava evidente para ele quando o artigo foi feito, em 1985.

Atenta o autor, segundo a legislação vigente a sua época, que haveria inegável privilégio no contrato de alienação fiduciária em garantia do Decreto-Lei n. 911/69, não só por se tratar de um contrato de adesão⁵⁷, mas também por ser o procedimento da busca e apreensão extremamente benéfico ao credor, criticando a medida liminar - por ser dada sem oitiva da outra parte, de imediato e com caráter satisfativo -, bem como a possibilidade de venda do bem independentemente de meios judiciais (art. 2º do Decreto-Lei n. 911/69)⁵⁸. Severamente também criticou a posição passiva que o devedor assumia em função da

⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual*. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/647f0/6481f/64a83?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁵⁶ Ibid. Segundo o autor, “[...] criou-se um procedimento especial para satisfação rápida e expedita dos créditos decorrentes de alienação fiduciária e que a jurisprudência dominante tem entendido beneficiar apenas as instituições financeiras (RT, 496/148, 496/149, 506/153, 508/141).”

⁵⁷ Ibid. A crítica aos contratos de adesão é voraz, apontando o autor que na circulação de bens de consumo duráveis (e também nos bens de circulação rápida, fungíveis, não duráveis) essa forma de contrato foi proliferada, na qual não restava outra alternativa ao “[...] infeliz devedor senão a de anuir inteiramente ao pacto imposto pelo credor ou desistir do negócio”. Tal era a extensão do privilégio.

⁵⁸ Ibid.

imposição legal, em razão da parca matéria defensiva que poderia ser alegada⁵⁹, ressaltando que a diferença entre um processo de execução normal e o procedimento do referido decreto-lei era “palpável”.

Concluiu o eminente jurista, após mais profundas críticas a outras formas de alienação fiduciária, que essa legislação processual especial (junto de outras) fez parte de um conjunto de decretos-leis baixados pelos governantes do país à época, “[...] em confronto com as normas comuns do processo civil brasileiro”⁶⁰, evidenciando a forma pela qual os grupos que “empolgam o Poder” se apropriaram dos “[...] instrumentos mais eficientes à satisfação de suas pretensões, relegando para segundo plano as aspirações da maior parte da população”⁶¹.

A crítica apresentada tem fundamento. De certa forma, a evolução legislativa e jurisprudencial atendeu só em parte o clamor do autor pela revogação dos diplomas legais que criaram privilégios inaceitáveis. Em geral, porém, não tornou menos vantajosa a posição das instituições financeiras, pelo menos no que condiz aos contratos bancários. As opções políticas, igualmente, ainda privilegiam esses agentes econômicos, que acabaram sendo dotados de vantagens não só de ordem econômica, mas também de matriz jurídica. Um claro exemplo disso foi a Súmula 381 do STJ⁶², que não permite o reconhecimento de ofício de abusividades presentes em cláusulas de contratos bancários, a despeito do claro comando legal insculpido no art. 51, do Código de Defesa do Consumidor – instrumento este que tem seu objetivo diretamente validado pelos comandos constitucionais trazidos pela lei maior.

Como foi possível verificar ao longo dos tópicos sobre a evolução da alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais, as instituições financeiras possuem certas vantagens não concedidas a outros grandes “players” da realidade

⁵⁹ Ibid. Como visto anteriormente, na redação original do Decreto-Lei n. 911/69, segundo o art. 3º, §2º, o devedor somente poderia alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² Dispõe a Súmula n. 381 do STJ: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer de ofício, da abusividade das cláusulas”.

econômica e jurídica de nosso tempo. Em que pese existirem certos privilégios que se justificam pela natureza de institutos ou por escolhas econômicas que viabilizam outras atividades na economia moderna, certo é que essas pessoas jurídicas possuem um “status” diferenciado em nosso ordenamento (o qual se não é juridicamente reconhecido, mostra-se faticamente constatável).

As considerações econômicas quanto às políticas tecidas posteriormente ajudam a explicar as razões para os ganhos políticos que essas instituições possuem. A fim de sustentar políticas de expansão de crédito, não raro os governos atuam na seara do processo legislativo para criar novos incentivos e privilégios jurídicos, de modo que esses agentes tenham melhores condições para fazer valer as políticas econômicas escolhidas previamente.

1.5. Breve crítica econômica às políticas de crédito em relação à evolução legislativa da alienação fiduciária: um olhar voltado ao consumo ao invés da produção

Antes de se findar esta parte do presente estudo, é interessante que sejam tecidos alguns breves comentários acerca da forma como foram desenvolvidas políticas governamentais voltadas ao fornecimento de crédito durante os períodos de evolução legislativa que passava o instituto da alienação fiduciária.

Destaque-se que as críticas tecidas não têm a pretensão de se constituírem em análise profunda do quadro econômico vivido pelo país nas últimas décadas, mas tão somente servem para conectar as políticas que visavam o amplo fornecimento de crédito à sociedade com o objeto do presente estudo.

Desse modo, partindo-se de uma visão mais ligada ao keynesianismo, podemos verificar que a expansão do crédito é entendida como forte propulsor de crescimento, já que aquece a demanda do mercado interno, fomentando o consumo, o que leva o setor produtivo a

gerar mais bens, trazendo mais empregos e maior renda para a população. Contudo, esse cenário ideal pode não acontecer devido à inflação. Isso porque um consumo demasiado acelerado pode gerar uma situação de grande demanda e baixa oferta, resultando em elevação de preços dos bens. Em consequência, a fim de conter a inflação, haverá uma política de aumento dos juros, o que, por sua vez, desaquece o mercado e pode causar outros efeitos secundários.⁶³

A aposta no “poder do consumo” é fortemente criticada por autores como Ludwig von Mises e F. A. Hayek, grandes economistas da escola austríaca. Seguindo esse pensamento, explicam Steve Horwitz e George Reisman⁶⁴ que essa visão do consumo advém de uma herança equivocada do pensamento keynesiano, o qual ignora o fato de que é a produção a verdadeira fonte de riqueza. Em síntese, uma economia saudável necessita da criação de condições para que empreendedores produzam e criem riqueza, bem como condições para que as pessoas e as empresas possam poupar o suficiente para financiar essa produção e consumi-la no futuro⁶⁵. A riqueza empregada na produção e subsequentemente na venda de bens e serviços (capital⁶⁶) é o alicerce da oferta dos produtos que são adquiridos pelas pessoas e a demanda de mão-de-obra que as pessoas vendem, de forma que quanto maior tal riqueza,

⁶³ *Veja.com Perguntas e Respostas: Expansão do crédito.* Disponível em: <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/expansao_credito/index.shtml#4>. Acesso em: 09 set. 2015.

⁶⁴ HORWITZ, Steve e REISMAN, George. O consumismo não gera crescimento econômico - e sua defesa é o cerne da teoria keynesiana. Tradução Instituto Ludwig von Mises Brasil. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2427>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁶⁵ Os economistas citados na nota 54 explicam a importância da poupança: “Quanto mais poupança, maior a quantidade de fundos a serem emprestados. Quanto maior a quantidade de fundos a serem emprestados, menores os juros. Quanto menores os juros (e os juros serão baixos por uma consequência de mercado, e não por manipulação de um Banco Central), mais economicamente viáveis serão os investimentos de longo prazo, que são os que realmente enriquecem uma economia e geram maiores salários. Simultaneamente, quanto maior a poupança, maior a capacidade de consumo futura da população. Mais demanda haverá para os investimentos de longo prazo iniciados hoje.”

⁶⁶ Explicam os autores já citados na nota 54 que, numa sociedade capitalista, a riqueza está majoritariamente na forma de capital, que pode ser definido como “[...] é toda a riqueza acumulada que pertence a empresas ou a indivíduos, e que é utilizada para o propósito de se auferir receitas e lucros. O capital abrange todas as fábricas, minas e fazendas agrícolas, bem como todos os maquinários e equipamentos, todos os meios de transporte e de comunicação, todos os armazéns, lojas, escritórios, imóveis comerciais e residenciais, e todos os estoques de materiais, componentes, suprimentos, bens semimanufaturados e bens acabados que são propriedades de empresas.”

maiores os salários reais. Os economistas explicam que políticas de incentivo ao consumo acabam por gerar uma situação de inflação monetária, a qual não só faz diminuir o poder de compra das pessoas, mas também não é garantia de geração de novos empregos, pois isso só acontecerá em determinadas circunstâncias⁶⁷. Apontam, então, que o caminho da criação de riquezas e desenvolvimento econômico de uma sociedade necessariamente passam por um foco sobre a produção, possibilitando empreendedores de ter os meios e as condições de criar e inovar. Inverter essa ordem e focar no consumo é saltar uma etapa, pressupondo que os produtores já dispõem dos meios necessários para atender às demandas dos consumidores, o que não se mostra verdadeiro.

Apesar das críticas tecidas, fato é que o Brasil vivenciou sucessivas políticas de incentivo ao crédito (especialmente voltado para o consumo)⁶⁸, o que trouxe uma significativa alteração nos padrões de consumos dos diferentes segmentos da população. Nesse cenário, inegável que o contrato de garantia de alienação fiduciária assumiu grande relevo, sendo utilizado especialmente nos negócios jurídicos que envolviam a aquisição de automóveis.

Contudo, ocorreu um nefasto efeito dessa política de crédito: a inadimplência⁶⁹. Os créditos concedidos a longo prazo vinculavam os devedores às suas obrigações por um

⁶⁷ Vide nota 54. “Tal procedimento tem o potencial de aumentar o emprego apenas sob determinadas circunstâncias: somente se aqueles vendedores de bens de consumo que estiverem sendo premiados com esse volume adicional de gastos dos consumidores pouparem e investirem essas suas receitas adicionais. Nesse caso, eles poderão expandir sua produção e contratar mais mão-de-obra. Porém, se eles também consumirem essas suas receitas adicionais, ou se o governo tributar essa receita adicional — e ele fará isso —, não haverá aumento nos gastos para mão-de-obra ou bens de capital. Consequentemente, não haverá aumento no emprego. O poder da inflação monetária em promover o emprego também depende de os sindicatos serem fracos ou até mesmo não existentes. Se existirem sindicatos e eles forem poderosos, então eles irão se aproveitar da inflação para exigir maiores salários nominais — mesmo em meio a um maciço desemprego —, anulando desta forma a capacidade de um maior volume de gastos por mão-de-obra aumentar o emprego.”

⁶⁸ MEIRELLES, Henrique de Campos. *Políticas de Crédito no Brasil*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/?APRES029>>. Acesso em: 09 set. 2015.

⁶⁹ Segundo o Serasa Experian, cerca de 59 milhões de brasileiros começaram o ano de 2016 na lista de inadimplentes, sendo que o total das dívidas chega a R\$ 255.000.000.000,00 (duzentos e cinquenta e cinco bilhões de reais). Disponível em: <<http://noticias.serasaexperian.com.br/inadimplentes-batem-recorde-historico-59-milhoes-comecam-o-ano-no-vermelho/>>. Acesso em: 18 ago. 2016

considerável lapso temporal, enquanto havia um cenário de elevação dos juros⁷⁰, como forma de controle da inflação. Assim, aquelas pessoas que não conseguiam manter suas obrigações paravam de efetuar os pagamentos. Como em um efeito “bola de neve”, a inadimplência aumentava o *spread* bancário⁷¹, uma vez que exigia das instituições financeiras a imposição de taxas mais elevadas pra os tomadores que pagavam seus empréstimos pontualmente, a fim de compensarem os custos gerados pelos inadimplentes⁷².

Em razão desse cenário, não foram poucas as demandas judiciais envolvendo a alienação fiduciária que chegaram ao Poder Judiciário, seja na forma da ação de busca e apreensão, seja na forma de ações revisionais de contratos bancários - além de outros instrumentos jurídicos que a fértil imaginação de alguns juristas pôde conceber. A situação se agrava com a grave crise econômica que o país vive, advinda de outras escolhas de políticas econômicas criticadas por diversos profissionais da área.

Novamente, frise-se que o presente estudo não pretende esclarecer detalhadamente a faceta econômica que envolve as políticas de crédito, mas tão somente constatar que essas escolhas político-econômicas trouxeram diversas consequências ao campo jurídico do contrato com garantia de alienação fiduciária.

Assim, para a finalidade do presente estudo, basta a simples compreensão e constatação de que o incentivo exacerbado aliado a uma política irresponsável de franca expansão de crédito pode resultar em sérias problemáticas para a economia de uma nação,

⁷⁰ Reportagem “*Juro bancário tem maior alta anual em 4 anos e inadimplência avança*”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2016/01/juro-bancario-tem-maior-alta-anual-em-4-anos-e-inadimplencia-avanca.html>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

⁷¹ A palavra inglesa *spread* significa “margem”, de forma que o *spread* bancário é a margem financeira cobrada pelos bancos, variando entre as instituições, acrescida à taxa de juros. Em termos simples, segundo o IPEA, é: “simplesmente a diferença entre os juros que o banco cobra ao emprestar e a taxa que ele mesmo paga ao captar dinheiro. O valor do *spread* varia de acordo com cada operação, dependendo dos riscos envolvidos e, normalmente, é mais alto para pessoas físicas do que para as empresas. O Brasil é famoso por ter um dos maiores *spreads* bancários do mundo”. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2051:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁷² MEIRELLES, op. cit.

bem como fragilizar as relações jurídicas que estão umbilicalmente ligadas a esses fatores econômicos.

2 - OS PRINCÍPIOS COMO UMA DAS ESPÉCIES DE NORMA JURÍDICA MAIS RELEVANTES NA REALIDADE DO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Não se pode deixar de reconhecer que o atual modelo do ordenamento jurídico brasileiro atribuí grande importância aos princípios. Essa espécie normativa está presente, direta ou indiretamente, nas mais diversas legislações pátrias, desde a Constituição Federal - na qual os comandos refletem um conjunto de fins a serem atingidos - até os atos normativos mais simples - os quais buscam sua validade, em último grau, nas normas constitucionais que apresentam esse estado ideal de coisas, servindo como meios para sua concretização.

Doutrinadores de diversos ramos, especialmente os que se dedicam ao direito público (notadamente os estudiosos do direito constitucional), realizam estudos sobre essa espécie normativa, a fim de compreenderem melhor o seu sentido e a sua função, bem como de maneira mais apropriada a utilizar na fundamentação de suas teses. Igualmente o Poder Judiciário se vale dos princípios na solução dos casos concretos que lhes são apresentados, buscando aplicar as leis e concretizar fins constitucionalmente relevantes.

Não parece, pois, exagero dizer que se vive a euforia de um “Estado Principiológico”, como aponta Humberto Ávila⁷³. Contudo, segundo esse autor, essa situação gerou alguns problemas teóricos, os quais tem dificultado a própria efetividade do ordenamento jurídico, havendo imprecisões no modelo clássico de distinção entre regras e princípios, além de falta de desejável clareza conceitual na manipulação das espécies normativas⁷⁴. Não se tem a pretensão de tratar de todas essas questões com o grau de complexidade que merecem, uma vez que diverge do objetivo desta monografia, além do fato de que o tema foi majestosa e

⁷³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pg. 43.

⁷⁴ *Ibid.*, pg. 44.

detalhadamente abordado pelo autor referido em alguns artigos⁷⁵ e em um livro específico⁷⁶, ao qual se veementemente recomenda a leitura para aquele que melhor deseje compreender a problemática em torno dos princípios. Para o presente estudo, contudo, valer-se-á dos conceitos e dos critérios de dissociação entre regras e princípios apresentados por Humberto Ávila.

Por todo o exposto, não há qualquer operador do direito que não se convença da importância assumida pelos princípios na atualidade. Dessa forma, é interessante e elucidativo verificar a evolução da presença dos princípios no ordenamento jurídico, a fim de se perceber que eles condizem com os valores e fins trazidos pela Constituição Federal e, por isso, ganharam tamanha expressividade. Ademais, verificar-se-á a conceituação mais apurada de princípio e se buscará diferenciá-lo do conceito atribuído às regras, reconhecendo-se, porém, a compatibilidade e convivência entre essas duas espécies normativas. Por fim, conhecidos esses termos, passar-se-á a uma breve análise dos principais princípios, processuais e materiais, que auxiliarão nas críticas a certos pontos do procedimento previsto no Decreto-Lei n. 911/69.

⁷⁵ Citem-se os artigos “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade” e “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”.

⁷⁶ A obra é intitulada “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”. Vale a pena trazer uma breve citação para que se compreenda a complexidade do tema e a extensão do trabalho realizado por Humberto Ávila: “Com efeito, enquanto a doutrina, em geral, entende haver interpretação das regras e ponderação dos princípios, este trabalho critica essa separação, procurando demonstrar a capacidade de ponderação também das regras. Enquanto a doutrina sustenta que quando a hipótese de uma regra é preenchida sua consequência deve ser implementada, este estudo diferencia o fenômeno da incidência das regras do fenômeno da sua aplicabilidade, para demonstrar que a aptidão para a aplicação de uma regra depende da ponderação de outros fatores que vão além da mera verificação da ocorrência dos fatos previamente tipificados. Enquanto a doutrina sustenta que um dispositivo, por opção mutuamente excludente, é regra ou princípio, esta pesquisa defende alternativas inclusivas entre as espécies geradas, por vezes, de um mesmo e único dispositivo. Enquanto a doutrina refere-se à proporcionalidade e à razoabilidade, ora como princípios, ora como regras, este trabalho critica essas concepções e, aprofundando trabalho anterior, propõe uma nova categoria, denominada de categoria dos postulados normativos aplicativos. Enquanto a doutrina iguala razoabilidade e proporcionalidade, este estudo critica esse modelo, e explica por que ele não pode ser defendido. Enquanto a doutrina entende a razoabilidade como um *topos* sem estrutura nem fundamento normativo, esta investigação reconstrói decisões para atribuir-lhes dignidade dogmática. Enquanto a doutrina iguala a proibição de excesso e proporcionalidade em sentido estrito, este estudo as dissocia, explicando por que consubstanciam espécies distintas de controle argumentativo. Tudo isso da forma mais direta possível, e mediante apresentação de exemplos no curso da argumentação.”

2.1. A evolução da visão do sistema jurídico: de mero conjunto de regras até a visão atual de um ordenamento complexo que engloba princípios e regras

Com o propósito de esclarecer e compreender a atual importância dos princípios, faz-se mister uma sucinta retomada dos momentos históricos e das concepções jurídicas que verificavam ou não a relevância dos princípios nos sistemas jurídicos. Essa análise, alerte-se de antemão, inevitavelmente tratará dos critérios de distinção entre as espécies normativas utilizados pelos doutrinadores, especialmente no pós-positivismo, já que concomitantemente aos princípios assumirem maior importância nos ordenamentos jurídicos, maior foi a relevância e necessidade de tal diferenciação.

A percepção do princípio como norma jurídica tem como um dos primeiros marcos relevantes o período do Jusnaturalismo Moderno, no século XVI. Nesse momento, compreendia-se a existência de um direito natural mais relevante e acima de qualquer direito posto. Os jusnaturalistas dessa época vislumbravam nos princípios a expressão de direitos naturais, os quais não dependiam de uma legislação positivada emanada por um Estado para que existissem e fossem válidos.

Com a consolidação dos estados liberais e a existência de um momento histórico de maior valorização das ciências, o jusnaturalismo perde forças face ao positivismo jurídico, o qual atinge seu ápice de relevância no final do século XIX. O Direito passa a ser encarado como uma ciência, devendo ser construída e compreendida de forma separada das demais ordens sociais (como a moral, a ética, a religião, a política, a economia etc). O objetivo dos juspositivistas era tornar a ciência jurídica objetiva, sem qualquer juízo de valor de outros ramos do conhecimento. A norma jurídica passa a ser estudada de maneira descritiva pelos juristas, com o foco tão somente naquilo que prescrevia. Os princípios passam a ser vistos tão somente como fontes inspiradoras da construção de normas (regras) jurídicas. Posteriormente,

identificou-se os chamados “princípios gerais do Direito”, figuras supletivas que serviam ao preenchimento das lacunas⁷⁷. Segundo Paulo Bonavides⁷⁸, esses princípios serviriam de “válvulas de segurança”, pois seriam extraídos do próprio texto normativo e estenderiam a eficácia desse texto às situações não explicitamente regulamentadas, por meio de generalizações e abstrações das regras positivadas. Não se confundem, pois, com a antiga concepção de direitos naturais. Essa técnica de integração ainda se mantém nos ordenamentos jurídicos, desvencilhando-se do conceito que o termo “princípios” assumiu em momentos posteriores.

No positivismo jurídico, então, o sistema era formado por regras, cabendo ao julgador a aplicação das mesmas por mero silogismo. Havia uma confusão entre o texto da lei e a norma jurídica, considerando-se ambos como equivalentes. Com Hans Kelsen, a norma passou a ser mais, tornando-se o sentido que se extrai texto legal. Dessa forma, a interpretação ultrapassa os limites da literalidade dos dispositivos, alcançando um leque maior de situações e permitindo melhor a compreensão e aplicação das normas jurídicas aos fatos.

Contudo, o positivismo kelseniano ainda enxergava o ordenamento jurídico como composto unicamente de regras e, caso houvesse um conflito entre elas, a solução se daria pela declaração de invalidade de uma das normas - um esquema de “tudo ou nada”. Ademais, esse pensamento jurídico não lidava bem com a questão das lacunas, pois vislumbrava a ciência do Direito como completa e suficiente em si mesma, de modo que a solução para a ausência de regras para um caso específico seria dada pelo julgador, “[...] não importando se sua decisão é ou não legítima”⁷⁹.

Em meados do século XX, Josef Esser vislumbrou uma diferenciação baseada numa distinção qualitativa entre regras e princípios, já que estes fixariam os fundamentos para uma

⁷⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 36.

⁷⁸BONAVIDES, Paulo *apud* JÚNIOR, op. cit., p. 36.

⁷⁹HABERMAS, Jürgen; *apud* THEODORO JÚNIOR, op. cit. 37.

tomada de decisão jurídica⁸⁰. Num mesmo raciocínio, reconhecendo relevância jurídica aos princípios, Karl Larenz os compreendeu como parâmetros que estabelecem fundamentos normativos à interpretação e aplicação do Direito. Contudo, não seriam ainda normas jurídicas pois careceriam de consequência pela não aplicação (sanção), ou seja, faltaria o caráter formal de proposições jurídicas, servindo apenas como indicativos das regras a serem encontradas.⁸¹ Claus-Wilhelm Canaris entendeu que os princípios seriam dotados de um conteúdo axiológico explícito e, tal como Larenz, afirmou que um princípio dependeria de regras para sua concretização. Ademais, para ele os princípios só receberiam seu conteúdo de sentido por um processo dialético de complementação e limitação⁸². Essas noções trazem uma diferenciação fraca entre regras e princípios, reconhecendo que estes não possuem normatividade própria, mas funcionam como referências para a aplicação das regras (“bússolas de interpretação”).⁸³ Autores como Norberto Bobbio e Giorgio Del Vecchio também vislumbravam os princípios como normas jurídicas, cuja peculiaridade em relação às regras seria o conteúdo mais geral e abstrato.⁸⁴

A mudança na compreensão vem com o pós-positivismo e com o estudo de juristas de tradição anglo-saxônica. Foi Ronald Dworkin, ao atacar as teses positivistas - especialmente a visão de H. L. A. Hart -, que vislumbrou um sistema jurídico mais complexo. Deixando de ver os princípios como figuras de integração normativa, viu-os como normas fundamentais que deverão ser levados em conta pelo intérprete, já que representariam trunfos argumentativos. Desse modo, Dworkin vislumbrava o sistema jurídico composto por regras, princípios e diretrizes políticas.⁸⁵ Considerando o aspecto de modo de aplicação, quanto à estrutura lógica, entendeu as regras como normas aplicadas segundo uma lógica de tudo ou

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

⁸³ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 38.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 38-39.

nada (*all-or-nothing*), pois se ocorresse a hipótese de incidência da regra, ou ela é válida e sua consequência jurídica deve ser realizada, ou ela é inválida. Essa era, também, a solução para o conflito de regras, em que uma delas era reconhecida como inválida. Já os princípios, para Dworkin, não tinham poder de determinar absolutamente uma decisão, apenas conter fundamentos para que o julgador encontre a resposta correta a ser dada ao caso particular, ainda que combinando com fundamentos de outros princípios. Disso afirmava o autor que os princípios possuíam dimensão de peso (*dimension of weight*), o que se verificaria na colisão de princípios, pois aquele que tivesse maior ‘peso relativo’ se sobreporia ao outro, sem que houvesse perda de validade.⁸⁶

Quanto às diretrizes políticas, Dworkin explica que enquanto um princípio prescreve um direito e, por isso, contém uma exigência de justiça, equanimidade ou devido processo legal; a diretriz estabelece um objetivo ou uma meta a serem alcançados, por meio da melhoria de um aspecto econômico, social ou político. Dessa forma, ele se contrapõe a Hart no aspecto da função criativa do Poder Judiciário, renegando esta somente ao Poder Executivo⁸⁷. Por fim, importante destacar que o autor germânico afirmava que os princípios prevaleceriam sobre as diretrizes políticas.

Foi Robert Alexy quem precisou o conceito de princípio a partir das observações de Dworkin. A distinção entre princípios e regras se daria devido ao modo de aplicação de cada espécie e pela forma de proceder quando do conflito normativo (tese forte de distinção). Em síntese, os princípios seriam espécies de normas jurídicas em que se estabelecem deveres de

⁸⁶ DWORKIN *apud* ÁVILA, op. cit., p. 56-57.

⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 38-39. Válida a citação de um trecho relevante trazido pelos autores sobre o entendimento de Dworkin quanto à função criativa do Judiciário: “Logo, a ‘função criativa’ do Judiciário para os casos difíceis, defendida por Hart, é rechaçada por Dworkin, que compreende que apenas o legislador é autorizado a criar direito. O debate sobre a fixação de uma diretriz política tem de ser exercido de forma mais abrangente para incluir um número maior de participantes, levando em conta os diferentes interesses antagônicos. Já a decisão baseada em princípios faz uso da história institucional daquela comunidade e coloca, ao mesmo tempo, limite e condição de possibilidade de construção de uma decisão democrática.”

otimização (mandamentos de otimização) aplicáveis em vários graus⁸⁸, segundo as possibilidades fáticas e normativas. No caso de conflito, diante de uma situação concreta, a solução se daria pela ponderação de princípios colidentes, em função da qual um deles teria prevalência, segundo as circunstâncias daquele fato específico. Desse modo, os princípios não determinam as consequências normativas de forma direta (obrigações *prima facie*), tendo apenas uma dimensão de peso, somente se verificando no caso concreto e na ponderação com outros. Já as regras, por outro lado, se aplicariam por um esquema de subsunção, aplicando-se a consequência jurídica em vista da ocorrência da hipótese de incidência. Segundo o autor, as regras jurídicas têm suas premissas preenchidas ou não e, caso advenha a colisão entre elas, esta será solucionada ou pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas ou pela introdução de uma exceção.⁸⁹

Assim, segundo explica Ávila⁹⁰, a distinção se resume a dois fatores: 1º) a distinção quanto à colisão, pois os “princípios colidentes têm sua realização normativa limitada reciprocamente [...]”, enquanto as regras têm como solução a invalidação de uma delas ou a criação de uma exceção; e 2º) a distinção quanto à obrigação que instituem, pois as regras jurídicas trazem obrigações absolutas, mas os princípios trazem obrigações *prima facie*, as quais podem ser “[...] superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes”.

As distinções apresentadas pelos teóricos da chamada “teoria forte” tem grande importância no Brasil, sendo que tais conceitos ganharam cada vez mais importância com o passar dos anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O atual momento do ordenamento jurídico pátrio somente foi possível graças às previsões contidas na constituição,

⁸⁸ Como explicam Humberto Theodoro Júnior e outros autores, para a aplicação de uma norma em diferentes graus, Alexy teria que considerar os princípios como algo que pudesse ser equiparado a valores, os quais indicam razões que podem ser comparadas e medidas reciprocamente. Desse modo, os princípios sairiam de um nível deontológico (“ligado à fixação de uma conduta de dever, típica das normas, isto é, que trace uma conduta que possa ser avaliada pelo direito como proibida, permitida ou obrigatória”) e passariam a um nível axiológico (“ligado a questões de preferências subjetivas sobre determinada situação concreta, o que a filosofia denomina bem”). JÚNIOR, op. cit., p. 41.

⁸⁹ ÁVILA, op. cit., p. 57-59 e JÚNIOR, op. cit., p. 39-42.

⁹⁰ Ibid.

a qual estampa a complexidade do sistema jurídico por meio da previsão de regras e de princípios em seu texto, consubstanciando grande diversidade de normas jurídicas que tocam à todas as áreas do Direito.

É com base nas garantias fundamentais e nas amplas previsões trazidas pela “lei maior” - muitas delas consubstanciadas em princípios - que se pode concluir que o Brasil possui um sistema jurídico fortemente influenciado pelo Neoconstitucionalismo, de forma que os diversos ramos jurídicos possuem delimitações e diretrizes providas da carta maior e a ela remetem para buscar seu fundamento de validade.

Em vista disso, inegável reconhecer que já se superou a época em que se tinha uma concepção fechada de Direito, visto tão somente como um mero sistema exclusivo de regras. Especialmente após a Constituição Federal de 1988, verdadeiro novo paradigma constitucional, os próprios Tribunais Superiores do país gradativamente evoluíram suas decisões, abraçando esse novo horizonte de compreensão do Direito, incorporando cada vez mais as questões envolvendo os princípios constitucionais, compreendendo a importância assumida por eles nessa nova fase.

Desse modo, conclui-se que a compreensão atual das normas jurídicas explicita uma perspectiva que vai além de um sistema simplesmente feito por regras, abarcando também os princípios, o que é feito por todos os ramos jurídicos, cada qual com suas peculiaridades, mas todos remetendo sua validade aos comandos constitucionais.

2.2. A visão das espécies normativas e seus critérios de distinção segundo as lentes de Humberto Ávila: uma breve exposição da argumentação utilizada e da conceituação dada pelo autor

Em vista de o Direito ser uma ciência que está em constante evolução, os conceitos apresentados para as espécies normativas continuam sendo alvo de debates e teses entre grandes doutrinadores. Uma análise crítica relevante quanto aos princípios foi feita por Humberto Ávila em sua já citada obra “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, na qual o autor reflete sobre as concepções doutrinárias ao longo da história e constata incompletudes nos critérios utilizados para as diferenciações, o que lhe permitiu construir uma teoria que aprofunda os conceitos e os critérios de diferenciação dessas espécies.

No presente estudo não se tem a pretensão de reproduzir as complexas e precisas análises e discussões feitas pelo autor acerca das problemáticas envolvendo os conceitos anteriores e as distinções entre regras e princípios. Para tanto, melhor será ao jurista que acesse diretamente a fonte e vislumbre a brilhante argumentação construída. Este trabalho monográfico, todavia, valer-se-á do conceito apresentado para as regras e princípios, baseado nos critérios de distinção apresentados pelo autor, por considera-los precisos, esforçando-se para - de maneira sucinta, mas suficiente - facilitar a sua compreensão pelo operador do Direito.

A partir disso, inicia-se o estudo explicando que a dissociação entre princípios e regras proposta pelo autor é denominada heurística, pois funciona como um “[...] modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos”. Uma das características principais dessa proposta é a possibilidade de coexistência das espécies normativas em um mesmo dispositivo, fugindo da “alternativa exclusiva” das concepções anteriores e abraçando uma “alternativa inclusiva”, em favor de uma distinção calcada num “caráter pluridimensional dos enunciados normativos”⁹¹.

⁹¹ ÁVILA, op. cit., p. 94.

Em outras palavras, um mesmo dispositivo serve como ponto de referência para a construção⁹² de regras (caso o intérprete tenha foco no caráter comportamental em detrimento da finalidade que lhe dá suporte), princípios (caso se automatize o aspecto valorativo a fim de alcançar comportamentos em outros contextos) e postulados⁹³.

Essa terceira espécie normativa é outra inovação dessa proposta, que adota um “modelo tripartite de dissociação”. Os postulados podem ser conceituados como “instrumentos normativos metódicos”, ou seja, categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação de princípios e regras, sem com eles se confundir⁹⁴. Segundo Humberto Ávila⁹⁵, diferem das regras e dos princípios por não estarem no mesmo nível (os princípios e as regras são normas objeto de aplicação, enquanto os postulados orientam a aplicação de outras normas), não possuem os mesmos destinatários (os princípios e as regras são “primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes”⁹⁶, enquanto os postulados são “frontalmente dirigidos ao intérprete e ao aplicador do Direito”) e por não se relacionarem da mesma forma com outras normas (os princípios e as regras implicam-se reciprocamente, seja de modo “preliminarmente complementar” ou “preliminarmente decisivo”; enquanto os postulados apenas orientam a aplicação de regras e princípios sem conflituosidade necessária com outras normas).

⁹² O uso da palavra “construção” remete ao fato de que as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu significado usual, de modo que a qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto, mas são feitas pelo intérprete. ÁVILA, op. cit., p. 91.

⁹³ A exemplo, cita o autor o dispositivo constitucional que exige lei em sentido formal para a instituição ou aumento de tributos (art. 150, I, da CRFB). Pode ser a norma vista como regra, “[...] porque condiciona a validade da criação ou aumento de tributos à observância de um procedimento determinado que culmine com a aprovação de uma fonte normativa específica – lei”. Seria visto como princípio, pois “[...] estabelece a realização dos valores da liberdade e de segurança jurídica”. Por fim, seria visto como postulado já que “[...] vincula a interpretação e a aplicação à lei e ao Direito, preexcluindo a utilização de parâmetros alheios ao ordenamento jurídico”. ÁVILA, op. cit., p. 92.

⁹⁴ Ibid., p. 94.

⁹⁵ Ibid., p. 164.

⁹⁶ Como grande autor do Direito Tributário, a abordagem dada pelo doutrinador em suas análises na obra trata mais de normas ligadas a essa área do Direito. Contudo, facilmente se pode compreender que o destinatário dos princípios e das regras é toda a coletividade que terá que cumprir aquelas determinações ou empreender ações no sentido de alcançar o estado ideal de coisas aludido.

Assim, são chamadas de “metanormas”⁹⁷, pois orientam sobre a aplicação de outras normas, mas não estão no mesmo plano do objeto de aplicação - daí a sua denominação de “normas de segundo grau” e não serem confundidas com as sobrenormas⁹⁸.

Vista as particularidades dessa proposta de dissociação, faz-se mister analisar os critérios de dissociação apresentados pelo autor, a fim de se concluir qual o conceito das regras e dos princípios.

O primeiro critério é o da “natureza do comportamento prescrito”⁹⁹, que diz respeito ao modo como essas espécies prescrevem o comportamento. Para Ávila, as regras são normas “imediatamente descritivas”, uma vez que estabelecem obrigações, permissões e proibições por meio da descrição de uma conduta que deve ser adotada. Em outras palavras, elas preveem com maior exatidão comportamentos devidos, instituindo um dever de adotá-los para que, indiretamente, se atinja um fim (daí a nomenclatura de “normas mediatamente finalísticas”). Por isso as regras carecem menos intensamente da sua relação com outras normas e atos de interpretação para que se determine a conduta devida, possuindo, assim, um caráter deontico-deontológico¹⁰⁰, sendo “normas do que fazer” (“*ought-to-do-norms*”) cujo conteúdo são as ações¹⁰¹.

Já os princípios seriam normas “imediatamente finalísticas” por estabelecerem um estado ideal de coisas (“*state of affairs*” ou “*Idealzustand*”)¹⁰² que necessita de certos

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Segundo o autor, as sobrenormas - a exemplo dos sobreprincípios do Estado de Direito e da segurança jurídica - são normas que influenciam outras normas, mas se situam no mesmo nível das normas objeto de aplicação, atuando apenas no âmbito semântico e axiológico. Assim, diferem dos postulados porque estes são “normas metodicamente subjacentes, situadas no metanível aplicativo”, enquanto as sobrenormas são “normas semântica e axiologicamente sobrejacentes”, mas situadas no mesmo nível do objeto de aplicação. ÁVILA, op. cit., p. 164.

⁹⁹ Ibid., p. 95-97.

¹⁰⁰ Explica o autor que as regras têm caráter deontico por estipularem razões para a existência das obrigações, permissões e proibições. Já o caráter deontológico é explicado por essas obrigações, permissões e proibições decorrerem de uma norma que diz “o que deve ser feito”. ÁVILA, op. cit., p. 96.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² O estado ideal de coisas é definido pelo autor como uma situação qualificada por determinadas qualidades, que se transforma em fim quando alguém aspira conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação. WRIGHT, Georg Henrik von *apud* ÁVILA, op. cit., p. 95. O exemplo dado é sobre o sobreprincípios do Estado de Direito, o qual “[...] estabelece estados de coisas, como a existência de responsabilidade (do Estado), de previsibilidade (da legislação), de equilíbrio (entre os interesses públicos e privados) e de proteção

comportamentos para ser alcançado (determinam a realização de um fim juridicamente relevante). São “normas do que deve ser” (“*ought-to-be-norms*”), pois, ao estabelecerem o estado ideal de coisas (que é o conteúdo da norma), eles estabelecem uma necessidade prática, ou seja, um dever de adoção de comportamentos necessários à sua preservação ou realização¹⁰³. Por isso o autor afirma que eles possuem caráter deôntico-teleológico.¹⁰⁴

O segundo critério é o da “natureza da justificação exigida”¹⁰⁵, na qual se verifica a diferença não pelo modo de aplicação das normas (se “tudo ou nada” ou de forma “mais ou menos”), mas sim no modo de justificação necessário à sua aplicação. Na interpretação e aplicação das regras jurídicas, deve-se avaliar a correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma, bem como a finalidade que dá suporte à regra. Desse modo, em vista do caráter descritivo das regras, cabe ao intérprete fundamentar a correspondência da construção factual à descrição normativa, mostrando que ela é igualmente adequada à finalidade que lhe dá suporte. Essa adequação é imprescindível, pois, caso haja inadequação à finalidade ou esta seja superável por outras razões, ainda que haja a correspondência conceitual, o ônus argumentativo do intérprete será imensamente maior para justificar uma não aplicação. A investigação daquilo que Ávila chama da finalidade da norma (“*rule’s purpose*”)¹⁰⁶ permitiria que não se enquadrasse naquela hipótese de incidência casos que, preliminarmente, seriam perfeitamente cabíveis, adaptando-se o conteúdo da regra, apenas em casos excepcionais e devidamente justificados. Afirma, então, o autor que se faria

(dos direitos individuais), para cuja realização é indispensável a adoção de certas condutas, como a criação de ações destinadas a responsabilizar o Estado, a publicação com antecedência da legislação, o respeito à esfera privada e o tratamento igualitário”.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Explica Ávila que o caráter deôntico se deve ao fato de, tal como as regras, os princípios estipulam razões para a existência das obrigações, permissões e proibições. Contudo, o caráter teleológico se deve ao fato de que tais “[...] obrigações, permissões e proibições decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado estado de coisas”.

¹⁰⁵ Ibid., p. 97-100.

¹⁰⁶ Ibid., p. 98.

uma ponderação entre a razão geradora da regra com as razões para o seu não cumprimento, em vista daquelas circunstâncias específicas, embasada na própria finalidade da regra¹⁰⁷.

A interpretação e aplicação dos princípios exige que se verifique a correlação entre o estado ideal de coisa posto como fim e os efeitos decorrentes das condutas havida como necessárias. Ou seja, o intérprete deve demonstrar que há relação entre os efeitos do comportamento empregado e a concretização (ainda que gradual) do estado ideal de coisas pretendido. Como os princípios não descrevem o conteúdo de um comportamento a ser seguido, a interpretação depende, com maior intensidade, do exame da problemática fática e de casos paradigmáticos, sendo “normas de caráter primariamente prospectivo” (“*future-regarding*”)¹⁰⁸.

O terceiro critério é o da “medida de contribuição para a decisão”¹⁰⁹. As regras são normas “preliminarmente decisivas e abarcantes”, pois, apesar de pretender abranger todos os aspectos relevantes do processo de tomada de decisão, têm a pretensão de gerar uma solução única para o conflito entre razões.¹¹⁰ Tem-se, assim, uma “pretensão terminativa”, já que a regra traz a solução adequada e única para aquela problemática¹¹¹. Contudo, as regras são consideradas apenas “preliminarmente decisivas”, uma vez que há casos em que se tem preenchidas as condições de aplicabilidade da regra, mas ela não é aplicada em vista de razões excepcionais maiores que a razão que dá suporte a tal norma.¹¹²

Os princípios são normas “primariamente complementares” e “preliminarmente parciais”, uma vez que, “[...] sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir,

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Os princípios têm esse caráter prospectivo, pois determinam um estado de coisas a ser construído (futuro), baseando-se na análise de casos pretéritos e comportamentos anteriores que realizaram o estado de coisas desejado. As regras, ao contrário, têm maior consideração do passado, pois “descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador”, sendo “normas de caráter primariamente retrospectivo”. Ibid., p. 99-100.

¹⁰⁹ Ibid., p. 100-102.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Interessante notar, como atenta Ávila, que o preenchimento das condições de aplicabilidade das regras constitui a própria razão da aplicação de uma regra. Ibid, p. 101.

¹¹² Esse fenômeno é denominado por Ávila de “aptidão para cancelamento” (“*defeasibility*”). Ibid.

ao lado de outras razões, para a tomada de decisão”¹¹³. Em vista da descrição de diretrizes valorativas a serem atingidas, os princípios têm maior interdependência entre eles, sem necessariamente implicar numa relação conflitante. Por isso os princípios possuem “pretensão de complementariedade e de parcialidade”, já que não oferecem a solução específica, mas contribuem com outras razões para que o intérprete alcance a decisão adequada.

Em vista das distinções apresentadas, torna-se possível apresentar os conceitos trazidos pelo autor para cada uma dessas espécies normativas¹¹⁴:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Há, de fato, explicações mais detalhadas sobre os conceitos expostos que não cabem ao presente estudo trazer, recomendando-se vividamente a leitura da brilhante obra reiteradamente citada. O objetivo dessa sucinta exposição, além de expor ideias modernas que fazem o jurista refletir sobre elementos tão basilares do Direito, também foi de permitir a compreensão de que o sistema jurídico atual não poderia ser um sistema somente composto por regras ou só por princípios¹¹⁵, de forma que cada espécie normativa realiza funções diferentes, mas complementares.

Por fim, vale a pena tecer uma breve observação sobre o detido estudo feito pelo autor quanto à força normativa dos princípios, no que tange ao clássico conceito de princípios que

¹¹³ Ibid. O autor exemplifica com o princípio da proteção dos consumidores, o qual não tem pretensão monopolista de prescrever todas as medidas protetivas, mas aquelas que podem ser harmonizadas com outras medidas necessárias à promoção de outros fins, tais como a livre iniciativa e a propriedade.

¹¹⁴ ÁVILA, op. cit., p. 102.

¹¹⁵ Explica Ávila que um sistema de princípios seria muito flexível, em vista da ausência de guias claros sobre o comportamento a ser adotado, gerando “[...] problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder”. Por outro lado, um sistema só composto de regras seria muito rígido e formalista, em vista da “[...] ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos”. ÁVILA, op. cit., p. 148.

atribui a eles a característica de “carecedores de ponderação”, em vista do critério de distinção referente ao “modo de colisão”¹¹⁶. A capacidade de ponderação - esta palavra no seu sentido restrito, tal como é o adotado por Alexy – implicaria na capacidade de restrição e de afastamento de um princípio em razão do outro. Por conta disso, Humberto Ávila analisa se essa ponderação seria um elemento essencial e definitivo dos princípios. Conclui o autor, coerentemente com o conceito que apresentou, que tal elemento é apenas “contingente”, já que estaria presente em alguns princípios, mas não em outros¹¹⁷, de forma que não pode ser um elemento essencial sob pena de se desqualificar outros princípios que não o contém.

Assim, defende o autor que não se poderia definir os princípios como normas carecedoras de ponderação, pois isso pode conduzir a um certo “relativismo axiológico” que permitiria que qualquer princípio possa ser afastado, inclusive aqueles fundamentais (que assim foram reputados por veicularem valores que não poderiam ser descartados). Segundo Eros Grau¹¹⁸, essa noção esteriliza o caráter jurídico-normativo que define os princípios como normas jurídicas.

Essa compreensão dos princípios com diversas funções e relações que permitem a eficácia de seus conteúdos é que interessa ao presente estudo. Com a noção de que não necessariamente os princípios geram um conflito horizontal entre si, havendo a possibilidade

¹¹⁶ Ibid., p. 150.

¹¹⁷ A conclusão advém do fato de que a ponderação pressupõe a concorrência horizontal entre princípios, mas nem todos eles mantêm uma relação paralela entre si, pois nem todos são aplicados da mesma forma. Primeiro, porque nem todos tem a mesma função, o que o autor exemplifica ao citar que “há princípios que prescrevem o âmbito e o modo de atuação estatal (princípios republicano, federativo, democrático, Estado de Direito)” e “há os princípios que conformam o conteúdo e os fins da atuação estatal (princípios do Estado Social, da liberdade e da propriedade)”, mostrando que eles dizem respeito a diferentes aspectos da atuação estatal, não havendo uma relação de concorrência, mas sim de complementariedade. Segundo, porque os princípios nem sempre estão no mesmo nível, havendo os que se igualam por serem objeto de aplicação, mas se diferenciam por se situarem numa relação de subordinação, a exemplo do “sobrepontos do Estado de Direito em relação aos princípios da separação dos poderes, da legalidade, da irretroatividade”. Terceiro, nem todos eles têm a mesma eficácia, diferindo em suas “funções eficáciais”, tais como a interpretativa (“um princípio é interpretado de acordo com o outro”), a integrativa (“um princípio atuará diretamente suprimindo lacuna legal”) e a bloqueadora (“um princípio afastará uma norma legal com ele incompatível”); de forma que não há conflito horizontal, mas “vínculos de conformidade de um princípio em relação a outro, ou em atuação direta de um princípio sem a interferência de outro princípio”. Portanto, “o modo de aplicação dos princípios não é necessariamente a ponderação, nem é a ponderação o modo mais representativo de sua eficácia”, já que eles podem “apontar em várias direções, não necessariamente conflitantes”. ÁVILA, op. cit., p. 152.

¹¹⁸ GRAU, Eros Roberto *apud* ÁVILA, op. cit., p. 156.

de se complementarem, de se coordenarem em sua aplicação ou, até mesmo, de servirem para afastar outras normas jurídicas, fica mais clara a percepção dos inestimáveis préstimos que os princípios podem dar ao ordenamento jurídico (especialmente em sua organização e sistematização, dando-lhe coerência e consistência, bem como permitindo que os ideais estampados nos dispositivos constitucionais sejam concretizados).

É com base nessa visão pluridimensional dos enunciados normativos¹¹⁹ - que vislumbra que de um mesmo dispositivo podem advir vários tipos de normas -, aliada a essa concepção das diversas espécies normativas - em especial, dos princípios -, que se realizarão as críticas e reflexões à Alienação Fiduciária e ao procedimento previsto no Decreto-Lei n. 911/69.

2.3. Breves considerações sobre alguns relevantes princípios processuais presentes de maneira expressa no Novo Código de Processo Civil

Compreendido o que se entende por princípio e como se dá sua aplicação, bem como sua convivência e compatibilidade com as regras que existem no ordenamento jurídico, passa-se a uma breve apresentação e análise dos principais princípios processuais que estão presentes na ciência processual.

Inicialmente, faz-se mister destacar que vários dos princípios com previsão expressa no Novo Código de Processo Civil que serão analisados já podiam ser depreendidos facilmente de dispositivos da Constituição Federal. Em outras palavras, antes mesmo da inovação legislativa - advinda do hercúleo trabalho de diversos doutrinadores pátrios -, os princípios¹²⁰ que guiavam um estado ideal de processo no ordenamento jurídico brasileiro já estavam consubstanciados em comandos constitucionais previstos em diversos dispositivos. A

¹¹⁹ ÁVILA, op. cit., p. 94.

¹²⁰ Seguindo a sistematização feita por Humberto Ávila, indubitável que não só os princípios possuíam base em dispositivos constitucionais como também os sobreprincípios e os postulados.

previsão expressa no novo código (em sua maioria nos primeiros artigos¹²¹), pois, traz maior importância, respaldo e concretude aos comandos já existentes nessa seara constitucional, além de aproximar tanto o jurista quanto o leigo aos fios condutores do ordenamento jurídico pátrio.

Obviamente, não se propõe exaurir o conhecimento dos princípios que serão aqui tratados, mas tão somente apresentá-los o suficiente para que se possa compreender sua aplicabilidade nas problemáticas abordadas pelo presente estudo. No entanto, obras não faltam aos juristas que desejarem buscar um conhecimento mais aprofundado de cada um dos princípios, sendo muitas delas escritas por diversos dos autores já citados¹²².

Dito isso, passa-se a analisar alguns dos princípios insculpidos expressamente no Novo Código de Processo Civil que poderão auxiliar na compreensão e crítica aos problemas existentes no Decreto-Lei n. 911/69.

Inicia-se por uma norma de extrema relevância ao ordenamento jurídico moderno, que é o Princípio da Boa-fé Objetiva, o qual é extraído indiretamente do texto constitucional¹²³ e se espalha por todas as ramificações do Direito, trazendo deveres e consequências diferentes em cada uma delas. Consiste o princípio, segundo Humberto Theodoro Júnior e outros autores¹²⁴, “[...] em exigir do agente a prática do ato jurídico sempre pautado em condutas normativamente corretas e coerentes, identificados com a ideia de lealdade e lisura”, o que concretiza a segurança jurídica, já que se obtêm os efeitos programados e esperados daquele comportamento empregado.

¹²¹ São as chamadas “Normas Fundamentais Processuais”, segundo lecionou Fredie Didier Jr em seu curso online da LFG sobre o Novo CPC. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br/atualizacao-juridica/cursos/o-novo-cpc-online>>. Acesso em: 09 ago. 2015.

¹²² Recomenda-se a leitura das obras sobre o Direito Processual Civil de autores como Fredie Didier, Alexandre Freitas Câmara, Humberto Theodoro Júnior e Daniel Assumpção Neves.

¹²³ ÁVILA, Leonardo; POPP, Carlyle *apud* THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 155.

¹²⁴ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 155.

Numa ótica processual, esse princípio encontra sua previsão expressa no art. 5º do NCPC¹²⁵, dirigindo-se a todos os participantes do processo (partes, juiz, serventuários, terceiros etc). Determina a “boa-fé processual” que os comportamentos humanos dos agentes do processo devem estar pautados em um padrão ético de conduta, sendo irrelevante a crença individual de estar se agindo ou não corretamente¹²⁶. A legislação processual tipifica consequências aos comportamentos entendidos como contrários ao princípio¹²⁷, conforme se percebe, dentre diversos outros dispositivos, no art. 77 do NCPC, que trata dos atos atentatórios à dignidade da jurisdição. A jurisprudência tem grande importância na definição e interpretação das condutas que realizam o estado ideal de coisas buscado por tal princípio.

Ainda na seara processual, vale destacar que o princípio da boa-fé objetiva se pode extrair o princípio da lealdade processual, que também consubstancia um dever de todos os sujeitos do processo (art. 14, II, do NCPC). Esse princípio reflete o interesse público, advindo do esforço conjunto de todos os envolvidos na dinâmica processual, de que o processo seja um instrumento eficaz, reto, prestigiado e útil. Por isso, comportamentos que comprometem o desenvolvimento do processo (a exemplo de fraudes processuais, recursos torcidos, provas distorcidas etc) são ilicitudes processuais, contrários à boa-fé objetiva, que não realizam o devido processo constitucionalmente assegurado e pretendido¹²⁸.

Igualmente, esse princípio traz grande reforço ao princípio da cooperação, pois estabelece o diálogo transparente e eficiente entre os sujeitos do processo, vedando comportamentos que infrinjam as finalidades da atividade processual¹²⁹

¹²⁵ Dispõe o art. 5º do NCPC: “Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

¹²⁶ Vide nota 121.

¹²⁷ Vide nota 121. Fredie Didier Jr. aponta que esse princípio é concretizado ao tornar ilícito um comportamento processual doloso, tal como acontece nos casos: de abuso do direito no processo; da vedação ao *venire contra factum proprium*; da *supressio* processual; da previsão de deveres de cooperação (e suas sanções); e do “*tu quoque*” (vedação a atuação que gere surpresa aos sujeitos do processo).

¹²⁸ REIS, Simone Luiza Guimarães. *Princípio da Lealdade Processual*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31217&seo=1>>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹²⁹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 157-158

O princípio da cooperação, previsto no art. 6º do NCPC, impõe o dever de colaboração entre as partes e com o magistrado, a fim de que se possa prestar a melhor tutela jurisdicional possível. Objetiva, dessa forma, transformar o processo em um ambiente cooperativo, no qual vigore a lealdade e o equilíbrio entre os sujeitos do processo (as partes e o juiz).

Partindo-se de um Novo Código de Processo Civil “policêntrico”¹³⁰, a moderna concepção exige, pois, um juiz ativo e a efetiva participação das partes, a fim de se alcançar a solução mais adequada ao conflito – a qual seria uma sentença de mérito justa e efetiva¹³¹.

Como corolário da boa-fé objetiva, o princípio da cooperação impõe certos deveres ao magistrado, a fim de que a atividade jurisdicional seja exercida da melhor forma possível. Assim, aponta Fredie Didier¹³² que há o dever de consulta, na qual o juiz deve ouvir as partes antes que possa decidir uma questão que prejudique uma delas, ainda que possa resolver o assunto de ofício - esse dever está expresso no art. 9º, *caput*, do NCPC, consubstanciando o contraditório diferido, conforme se verá novamente mais à frente. Há também o dever de prevenção, em que o juiz tem que indicar as falhas processuais e dizer às partes como corrigir tais defeitos. O dever de esclarecimento diz respeito a obrigação do magistrado de proferir decisões claras, bem como ouvir a parte sobre determinada declaração que esta tenha feito, mas que não se tenha feito compreensível. Por fim, o dever de auxílio impõe ao juiz que auxilie as partes na remoção de obstáculos processuais, de forma que o processo possa se desenvolver (ex.: a dinamização do ônus da prova).

Ligado à proposta de um processo em que todos os sujeitos autem ativamente, tem-se como consequência natural a previsão de que todos esses indivíduos tenham voz, possam ser ouvidos e influenciar a solução final. É um conceito simples e natural ao homem, “animal

¹³⁰ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 67. A ideia é que no novo texto não é mais possível se cogitar de uma centralidade do juiz ou das partes; de tal forma que o Novo CPC é um código de todos os sujeitos processuais.

¹³¹ Vide nota 121.

¹³² Vide nota 121.

político” que é, que os debates envolvam a possibilidade dos defensores das ideias contrapostas se expressarem.

O princípio do contraditório é justamente a normatização dessa concepção natural ao ser humano dialético. A norma de ordem constitucional (art. 5º, LV, da CRFB) é uma garantia fundamental, o que implica em sua aplicação e respeito nas mais diversas searas do Direito, tendo sido um dos princípios mais marcantes a demonstrar a “constitucionalização do Direito”. Em síntese, essa norma consubstancia “[...]o direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões”¹³³. É muito mais que o direito de estar em audiência, de dizer e contradizer.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves¹³⁴, esse direito envolve três elementos: informação, reação, poder de influência. A informação é um dever judicial de comunicação às partes de todos os atos que são realizados no processo. A reação é ônus processual das partes, de modo que elas optam ou não por se valer do poder de se pronunciar e interferir no processo. O poder de influência é justamente essa capacidade de a parte influenciar na solução final do caso. Em outras palavras, o contraditório se faz vivo quando as partes têm ciência dos atos processuais e de como o processo está se desenvolvendo, podem atuar sobre eles (caso assim escolham) e, ao manifestarem a sua voz no processo, esta voz será ouvida e terá repercussão na resposta final dada à lide.

Na nova legislação processual civil, a primeira previsão desse princípio se encontra no art. 7º, *caput*, *in fine*, do NCPC, o qual dispõe ser dever do magistrado zelar pela efetiva concretização do contraditório. Todavia, é só no art. 9º, *caput*, do NCPC, que se trata mais

¹³³ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 70.

¹³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

diretamente sobre o contraditório ao destacar o seu caráter diferido¹³⁵. Já o art. 10 do NCPC traz duas regras que dão efetividade ao contraditório, auxiliando a realização do seu estado ideal de coisas: a proibição de decisão surpresa e o dever de consulta. Este último, como já visto, impede que o magistrado decida uma questão a respeito da qual as partes não tiveram oportunidade de se manifestarem, ainda que a matéria seja cognoscível de ofício¹³⁶.

Outra importante norma de viés constitucional é o princípio da duração razoável do processo, o qual já estava previsto no art. 5º, LXXVIII, da CRFB e agora está expresso no art. 4º do NCPC. O estado ideal de coisas pretendido se mostra bastante evidente: possibilitar que o Poder Judiciário realize a prestação jurisdicional dentro de um tempo razoável, ou seja, que se dê uma resposta em um tempo razoável. Esse princípio está intimamente ligado a outros princípios, tais como a celeridade, a primazia da decisão de mérito e a efetividade do processo.

Em vista da redação dada pelo art. 4º do NCPC, restou expressamente destacado que o estado ideal de coisas buscado inclui a atividade satisfativa, de modo que não basta a sentença meritória em favor da parte, mas que ela efetivamente obtenha o bem da vida ou a prestação jurisdicional que veio buscar.

Ao contrário do que possa parecer em vista das tendências de celeridade trazidas pelo processo eletrônico e outras medidas, a duração razoável do processo não implica em acelerar ao máximo a atividade jurisdicional e o procedimento para se chegar ao ponto final. A celeridade processual é que impõe a tomada de medidas que visem dinamizar e apressar o processo. Contudo, é no princípio da duração razoável que a celeridade encontra a

¹³⁵ A previsão expressa é no sentido da vedação à decisão contrária à parte sem que ela seja previamente ouvida. Obviamente, uma decisão favorável pode ser dada ainda que sem a oitiva daquela parte. De acordo com o art. 9º, parágrafo único, do NCPC, essa previsão de contraditório diferido somente se aplica às decisões definitivas, não às provisórias.

¹³⁶ Vide nota 121. Explicou o professor que o julgamento de ofício não se confunde com o julgamento sem ouvir as partes, pois aquela forma de julgar significa analisar um ponto sem que as partes tenham feito qualquer provocação. Contudo, decidido que será tal ponto analisado, devem ser ouvidas as partes.

necessidade da solução integral do mérito, a qual nem sempre é rápida. O equilíbrio entre esses dois pontos é que determina o tempo razoável para a resposta judicial.

Esse princípio nos auxiliará a compreender a crítica feita no próximo capítulo sobre a possibilidade de ajuizamento da ação de busca e apreensão em plantão judicial. O legislador permitiu que um procedimento já célere se tornasse ainda mais célere, comprometendo o devido processo legal, no que tange a duração razoável da prestação jurisdicional.

Outra norma balizadora da atividade interpretativa é o Princípio da Isonomia ou Igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da CRFB e expressamente incorporado na primeira parte do art. 7º do NCPC, no qual assume um viés de “igualdade no processo”. Indubitavelmente, a igualdade analisada é vista além da sua mera formalidade, ou seja, a acepção tida é de uma igualdade material, que pode suportar tratamentos diferenciados, desde que isso encontre justificativa na realização dos valores constitucionais e nas discrepâncias presentes na situação fática¹³⁷.

Em vista disso, aponta o professor Fredie Didier Jr.¹³⁸ que a igualdade processual exige a observância de quatro aspectos: 1ª) “imparcialidade do juiz (equidistância em relação às partes)”; 2ª) “igualdade no acesso à justiça, sem discriminação [...]” (por exemplo, discriminação de gênero ou de raça); 3ª) “redução das desigualdades que dificultem o acesso à justiça [...]” (como as desigualdades financeiras e as geográficas); e 4ª) “igualdade no acesso às informações necessárias ao exercício do contraditório”.

O art. 8º do NCPC é um dispositivo rico em sua principiologia, pois assenta a premissa de que a atividade judicante deverá atender aos fins sociais, ao bem comum e aos pressupostos normativos fundamentais, os quais nortearão sua dinâmica. Há a citação de

¹³⁷ O próprio autor citado traz alguns exemplos desse tratamento diferenciado que o NCPC preconiza para certos casos: a nomeação de curador especial para incapazes processuais (art. 72 do NCPC), as regras especiais de competência territorial para a proteção de vulneráveis (art. 53, I, II e III, *e*, e o art. 101, ambos do NCPC), a intimação obrigatória do Ministério Público nos casos que envolvem interesse de incapaz (art. 178, II, do NCPC) e a proibição de citação postal de incapaz (art. 247, II, do NCPC), dentre diversos outros.

¹³⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. V. 1. Salvador: Jus PODIVM, 2015, p. 97-98.

importantes princípios expressamente no texto, sendo imprescindível tratar, para o propósito do trabalho, dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência.

Começa-se por aquele que tem assumido cada vez maior importância nas decisões judiciais e é vastamente tratado pela doutrina: o “princípio da proporcionalidade” (ou postulado da proporcionalidade, na visão de Humberto Ávila¹³⁹). Esse princípio é estampado não somente no dispositivo citado, mas também no art. 486, §2º, do NCPC, quando o legislador consagrou a utilização pelos magistrados da “metodologia da proporcionalidade” ao fundamentar suas decisões¹⁴⁰.

A aplicação do postulado da proporcionalidade ocorre quando há um embricamento entre bens jurídicos e uma relação de causalidade entre um meio (uma medida concreta) e um fim concretamente perceptível que tal meio almeja atingir. Ademais, essa aplicação exige que se ultrapasse os três exames fundamentais (da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito).

Em outras palavras, ao se debruçar sobre a proporcionalidade, é preciso verificar se a medida escolhida para atingir um determinado fim almejado é verdadeiramente adequada para alcançá-lo; se ela, dentre outras medidas possíveis e igualmente adequadas, é a menos

¹³⁹ ÁVILA, op. cit., p. 204-219.

¹⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 44-45. Sobre esse ponto, comentam os autores: “[...] Por sua vez, o § 2.º do art. 486, que dispõe acerca dos requisitos para que uma decisão seja considerada fundamentada legitimamente, levanta como exigência que no ‘caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão’. Ou seja, a partir daí o magistrado não poderá simplesmente resolver o suposto conflito principiológico a partir de sua consciência, pois a legislação, ao estabelecer uma metodologia decisória essencial, força-o que explicita o passo a passo de sua decisão; e nesse caso, implica que ele deve rigorosamente cumprir o que a teoria alexyana determina: primeiro estabelecerá se sua decisão passa pelo teste da adequação, para em um segundo momento conferir a necessidade da medida judicial e – somente positivamente aprovadas estas – promover o teste da proporcionalidade em sentido estrito. Tudo isso fase a fase, explicitadas no texto decisório, até mesmo para que suas razões possam ser fiscalizadas e verificadas pelos demais sujeitos envolvidos na dinâmica processual, mediante a premissa participativa/cooperativa e da fundamentação estruturada, prevista na Constituição (art. 93, IX) e, agora, esmiuçada com caráter obrigatório, no art. 486, § 1.º”

restritiva aos direitos fundamentais afetados por sua utilização; e, por fim, se as vantagens trazidas pela promoção do fim superam as desvantagens causadas pela adoção do meio¹⁴¹.

Em relação a esses três exames fundamentais à aplicação da proporcionalidade, faz-se mister, sucintamente, apresentar uma breve explicação sobre o que faz uma medida ser qualificada como adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito). No exame da adequação, pode-se dizer que o meio empregado é adequado quando promove minimamente o fim, sendo avaliado do ponto de vista abstrato, geral e prévio quando se tratar de atos jurídicos gerais; enquanto que nos atos jurídicos individuais, essa ótica se dará no plano concreto, individual e prévio¹⁴². Quanto ao exame da necessidade, considera-se necessário o meio quando não há outras medidas alternativas que possam promover aquela finalidade da mesma forma, sem restringir em igual intensidade os direitos fundamentais que foram afetados¹⁴³. Por fim, será proporcional aquele meio (adequado e necessário) quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição de direitos fundamentais, ou seja, quando o grau de importância da realização daquele fim justifique a proporção das restrições feitas aos direitos fundamentais. Para tanto, deve o intérprete comparar “[...] o grau de intensidade da promoção do fim com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais”¹⁴⁴.

Outro postulado de grande relevância é o postulado da razoabilidade. Este é conceituado por Ávila por meio de suas três diretrizes de aplicação, que são as formas possíveis que o postulado assume. Na primeira diretriz (“dever de equidade”), a razoabilidade exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Na

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid., p. 208-214 e 227.

¹⁴³ Ibid., p. 214-216 e 227.

¹⁴⁴ Ibid., p. 216-217 e 227-228.

segunda diretriz (“dever de congruência”), esse postulado exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Por fim, na terceira diretriz (“dever de equivalência”), a razoabilidade exige a relação de equivalência entre duas grandezas.¹⁴⁵

Outro importante princípio tratado no art. 8º do NCPC, que encontra previsão no texto constitucional (art. 5º, II, da CRFB) e em diversos dispositivos de outras áreas do ordenamento jurídico é o Princípio da Legalidade. Seu conteúdo determina a observância do Direito como um todo, ou seja, todas as pessoas devem respeitar e seguir os ditames de todas as fontes que compõem o ordenamento jurídico (sejam elas leis, a própria Constituição Federal, as Resoluções, os precedentes judiciais etc)¹⁴⁶.

Assim, o princípio prestigia o papel das leis (*lato sensu*), no sentido de serem pilares da ordem jurídica estabelecida, comandando a sua observância em todas as searas da ciência do direito. Em uma visão processual, esse princípio reforça não somente a observância aos ditames procedimentais como também às hipóteses em que a própria lei processual permitiu maior flexibilidade interpretativa para o juiz e para as partes na busca da solução da lide.

Ainda que não expressamente citado na análise de algum das problemáticas que serão enfrentadas nos próximos capítulos, esse princípio sempre estará balizando as críticas feitas, a fim de garantir que se desviem para a ilegalidade.

Apontado na parte final do art. 8º do NCPC, o Princípio da Eficiência (no processo) representa a nova modelagem dada ao Princípio da Economia Processual, uma vez que exige que os magistrados empreguem as melhores técnicas de gestão dos processos.

Em outras palavras, o princípio impõe ao juiz, enquanto administrador do processo, a obtenção do máximo da finalidade buscada com o mínimo de recursos despendidos,

¹⁴⁵ Ibid., p. 227.

¹⁴⁶ Vide nota 121.

atingindo-se a norma da forma mais completa possível. Na busca desse estado ideal de coisas, o novo código permite ao juiz realizar certas adequações típicas no processo (a exemplo da reunião de processos que, apesar de não conexos, no caso concreto todos necessitem de uma mesma prova pericial).

Vale destacar, segundo explica o professor Fredie Didier¹⁴⁷, que a eficiência não se confunde com a efetividade, já que esta se refere ao alcance do resultado, enquanto aquela toca à administração de recursos humanos e financeiros.

Tal como outros princípios citados, sua relevância em nossas análises será também de balizamento para as críticas feitas ao procedimento previsto no Decreto-Lei n. 911/69. Dessa forma, será possível verificar se as sugestões propostas não inviabilizam uma gestão saudável e eficiente do processo pelo juiz, bem como se poderá constatar se não foram as próprias mudanças legislativas as responsáveis por eventuais entraves que enfrenta o magistrado.

Por fim, há de se destacar que diversos dos princípios citados são consequências principiológicas do estado ideal de coisas almejado pelo princípio - ou postulado - do Devido Processo Legal. O “*due processo f law*” encontra previsão no texto constitucional no art. 5º, LIV, da CRFB, consubstanciando a todo sujeito de direito no Brasil a garantia fundamental de um processo devido, seja de âmbito legislativo, administrativo ou jurisdicional. Funciona, na visão de Humberto Ávila, como uma condição estrutural da atuação estatal¹⁴⁸. Representa, segundo Fredie Didier Jr.¹⁴⁹, “[...] uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder”. O conteúdo desse princípio foi sendo alterado conforme a época e os contornos do ordenamento jurídico, sendo que, ao longo de tantos séculos, inúmeras concretizações se incorporaram ao que esse autor¹⁵⁰ chama de um “rol das garantias mínimas que estruturam o

¹⁴⁷ Vide nota 121. Explicou o professor que, por serem parâmetros distintos, poder ocorrer, por exemplo, de um processo ser efetivo, sem ser eficiente, quando atinge o resultado pretendido, mas de maneira muito custosa.

¹⁴⁸ ÁVILA, Humberto *apud* DIDIER JR., op. cit., p. 67.

¹⁴⁹ DIDIER JR., op. cit., 2015, p. 63.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 65. Nesse sentido, aponta o autor: “É preciso observar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF/1988) e dar tratamento paritário às partes d o processo (art. 5º, I, CF/1988); proibem-se provas ilícitas (art.

devido processo”, que são verdadeiros corolários desse princípio, tais como: o contraditório, a ampla-defesa, a duração razoável do processo, a vedação ao retrocesso dos direitos fundamentais, dentre outros.

Há uma cláusula geral do devido processo legal, uma vez que o conteúdo complexo desse princípio continua a ser construído constantemente, justamente por conta de sua função integrativa dos princípios que realizam o seu estado ideal de coisas, podendo-se dizer, inclusive, que cada um desses princípios corresponde a um adjetivo a ser acrescentado na definição do “processo devido”¹⁵¹.

Por fim, o eminente professor destaca as duas dimensões desse princípio: uma formal e uma substancial. O devido processo legal formal ou procedimental é a dimensão mais conhecida, sendo composta pelas garantias processuais constitucionais e legais (ex.: contraditório, ampla defesa, juiz natural, duração razoável do processo etc), as quais exigem a obediência a tais formalidades para que se construa um processo devido. Já o devido processo legal substancial ou substantivo, de origem norte-americana (“*substantive due process of law*”), considera devido o processo que produz “decisões jurídicas substancialmente devidas”, o que teria sido assimilado no ordenamento brasileiro nas “máximas da proporcionalidade e da razoabilidade”¹⁵² e é amplamente aceito pela doutrina¹⁵³ e pela jurisprudência do STF¹⁵⁴. Desse modo, dever-se-á sempre considerar essas dimensões quando das análises críticas a serem feitas nos próximos capítulos.

5º, LVI, CF/1988); o processo há de ser público (art. 5º, LX, CF/1988); garante-se o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF/1988); as decisões não de ser motivadas (art. 93, IX, CF/1988); o processo deve ter uma duração razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/1988); o acesso à justiça é garantido (art. 5º, XXXV, CF/1988) etc. Todas essas normas (princípios e regras) são concretizações do devido processo legal e compõem o seu conteúdo mínimo.”

¹⁵¹ Ibid., p. 66-67.

¹⁵² Ibid., p. 67-68

¹⁵³ Citem-se como exemplos de doutrinadores no mesmo sentido do entendimento de Fredie Didier Jr.: Gilmar Mendes, Carlos Roberto Siqueira Castro, Maria Rosynete Oliveira Lima, Tércio Sampaio Ferraz, dentre outros.

¹⁵⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de *apud* DIDIER JR., op. cit., p. 70.

2.4. Outros princípios relevantes para a análise e a crítica da ação de busca e apreensão prevista no Decreto-Lei n. 911/69

As críticas ao Decreto-Lei n. 911/69 que serão tecidas nos próximos capítulos não tocam apenas às questões processuais, mas envolvem também aspectos substanciais referentes ao próprio instituto da alienação fiduciária em garantia - voltado ao âmbito do mercado financeiro e de capitais. Dessa forma, faz-se mister tecer algumas considerações sobre princípios que auxiliarão nessa atividade crítica.

Para tanto, é preciso esclarecer que a grande maioria das relações jurídicas estabelecidas por meio de contratos de alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais pode ser considerada uma relação de consumo. Como já analisado, por excelência, o devedor-fiduciante é um consumidor, já que se utiliza do crédito fornecido pela instituição financeira para adquirir o bem da vida que deseja. Esse contratante é, sem dúvidas, o destinatário final do serviço de crédito colocado à disposição pela instituição financeira. Ademais, esse credor-fiduciário - típico do Decreto-Lei n. 911/69 - é inegavelmente considerado fornecedor, já que desenvolve essa prestação de serviço no mercado, encaixando-se perfeitamente ao art. 3º do CDC, como já reconheceu amplamente a jurisprudência¹⁵⁵.

Em vista da relação consumerista existente em muitos dos casos de alienação fiduciária em garantia - especialmente em decorrência da ampla política da concessão de crédito para estimular o consumo -, apesar dos comandos específicos contidos no Decreto-Lei n. 911/69, não se pode deixar de lado as garantias e as proteções a que o consumidor faz jus, pois elas têm fundamento constitucional (art. 5º, XXXII e art. 170, ambos da CRFB). Dessa

¹⁵⁵ É o que a jurisprudência pátria conclui pela aplicação da Súmula 297 do STJ. A título de exemplo, vide o AgRg no REsp 84.829-RS, Relator Ministro ALDIR Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 22/08/2006.

forma, passa-se a tecer breves considerações sobre alguns princípios consumeristas relevantes para a proposta do trabalho.

Os dispositivos constitucionais citados consubstanciam o Princípio da Proteção do Consumidor¹⁵⁶, o qual pode ser compreendido como um comando geral - já que dirigido aos agentes de todos os poderes do Estado - para que seja promovida a defesa do consumidor. Assim, quando da atuação estatal na realização da ordem econômica, deverá levar em conta essa “tutela constitucional fundamental especial”¹⁵⁷. Contudo, tal comando não contém em si previsão das formas de realização desse estado ideal de coisas, de forma que outros princípios auxiliam na concretização dessa proteção.

Um deles é o Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, o qual fundamenta o sistema de consumo, trazendo uma presunção absoluta da vulnerabilidade do consumidor em vista do conceito legal. Não se confunda, porém, a vulnerabilidade com a hipossuficiência do consumidor, já que esta deve ser aferida no caso concreto em razão das particularidades do consumidor (condição econômica, grau de instrução, tipo de serviço ou produto objeto da relação etc). A vulnerabilidade permite identificar a existência da relação de consumo, por meio da identificação da figura do consumidor (superando as distinções entre as teorias maximalista e minimalista)¹⁵⁸.

Assim, esse princípio assume importância no presente estudo por auxiliar a vislumbrar que na grande maioria dos casos da alienação fiduciária em garantia do Decreto-Lei n. 911/69, ter-se-á uma relação de consumo, de forma que se deve garantir a proteção daquele vulnerável, mesmo com a aplicação dos procedimentos da lei especial.

¹⁵⁶ Seguindo a sistemática proposta por Humberto Ávila, poderia ser considerado um sobreprincípio da proteção do consumidor.

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 744.602. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=676248&num_registro=200500674670&data=20070322&formato=PDF. Acesso em: 09 set. 2016.

¹⁵⁸ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 51-53.

Outra norma de importantíssima aplicação à proteção do consumidor é o Princípio da Transparência, o qual impõe às partes a necessidade de se relacionarem de maneira transparente, ou seja, não ardilosa, sem tentar ocultar outros propósitos que não os apresentados quando da pactuação. Esse princípio está diretamente relacionado à boa-fé objetiva, de modo que os contratantes devem sempre agir com lealdade, sendo claros em seus objetivos com o negócio jurídico, explicitando os contornos e termos que o pacto firmado assumirá. Não pode, assim, uma das partes se valer de cláusula dúbias ou contraditórias que causem confusão ou obscuridade.

Intrinsecamente ligado está o Princípio da Informação, como um viés que concretiza a transparência, mas que igualmente promove um estado ideal próprio, na qual as partes têm plena ciência da pactuação realizada, restando esclarecidos todos os pontos. A informação é algo de extrema importância ao consumo, sendo um direito do consumidor (art. 6º, III, do CDC), de modo que a falha ou omissão quanto a esse dever gera responsabilidade do fornecedor - até porque cabe a ele fornecer as informações do produto ou serviço, especialmente os que gerarem risco aos consumidores (art. 9º, do CDC)¹⁵⁹, de modo simples e acessível.

O não cumprimento desses deveres que acabem acarretando cláusulas dúbias ou mal redigidas abrem margem à aplicação do Princípio da Interpretação Mais Favorável ao Consumidor (ou interpretação contra o estipulante). De maneira geral, o art. 47 do CDC comanda que a interpretação das cláusulas contratuais seja feita de modo mais benéfico ao consumidor, optando, pois, por um sentido que atenda de modo mais equilibrado e efetivo os interesses da parte vulnerável dessa relação. Para além das questões contratuais, esse princípio

¹⁵⁹ Essa necessidade de informação sobre riscos do produto ou do serviço também se liga ao Princípio da Segurança.

terá aplicação quando do conflito entre previsões legais, favorecendo-se o comando que melhor tutela a parte vulnerável da relação¹⁶⁰.

Já visto em sua perspectiva processual, passa-se a vislumbrar o aspecto material do Princípio da Boa-Fé Objetiva. Trata-se de um princípio, previsto expressamente no art. 422 do CC/02¹⁶¹, que impõe deveres de conduta para aqueles que participem de uma relação negocial, a fim de que haja lealdade e cooperação, abstendo-se as partes de realizarem ações que esvaziem as legítimas expectativas criadas¹⁶². Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lobo¹⁶³ aponta que a boa-fé objetiva funciona como cláusula geral de abertura, o que permite ao intérprete testar a compatibilidade das cláusulas ou condições gerais dos contratos de consumo com a proteção ao consumidor.

Segundo Fredie Didier Jr.¹⁶⁴, no campo contratual, a boa-fé objetiva atua como limite da autonomia privada e como norma básica de interpretação e cumprimento dos negócios jurídicos, além de servir como fonte legal de deveres e obrigações, a par daquele contraídos voluntariamente no ajuste contratual.

Outra relevante norma de proteção ao consumidor está no princípio do Equilíbrio nas Prestações, o qual impõe a invalidade de cláusulas e disposições que ponham em desequilíbrio a equivalência entre as partes. Esse princípio encontra expressão em dispositivos do código, tal como o art. 51, IV, do CDC. É um mecanismo para a realização da boa-fé objetiva e traz uma relativização do “*pacta sunt servanda*”, privilegiando um real equilíbrio material entre as prestações¹⁶⁵. Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁶⁶ destaca que esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, não mais interessando a simplória exigência de cumprimento do contrato, na forma pela qual foi assinado ou celebrado, “[...]”

¹⁶⁰ BRAGA NETTO, op. cit., p. 68-70.

¹⁶¹ Dispõe o art. 422 do CC/02: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

¹⁶² Ibid., p. 70-72.

¹⁶³ LÔBO, Paulo Luiz Netto *apud* BRAGA NETTO, op. cit., p. 71.

¹⁶⁴ Vide nota 121.

¹⁶⁵ BRAGA NETTO, op. cit., p. 60-63.

¹⁶⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto *apud* BRAGA NETTO, op. cit., p. 62.

mas se sua execução não acarreta vantagem desproporcional para uma parte e onerosidade excessiva para outra, aferíveis objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária”. Em vista disso, o contrato de alienação fiduciária ou alguma de suas cláusulas não podem ser considerados válidos se consubstanciarem um desequilíbrio entre as partes.

Diretamente conectado está o Princípio da Modificação das Prestações Desproporcionais, que constitui um direito do consumidor (art. 6º, V, do CDC) para o qual é irrelevante a existência ou não da má-fé do fornecedor (o chamado “dolo de aproveitamento”) e a previsibilidade ou não da alteração das circunstâncias concretas¹⁶⁷. Já que as prestações devem ser materialmente equivalentes, o seu desequilíbrio concede o direito de modificação dessas prestações desproporcionais¹⁶⁸.

Outro importante instrumento para a segurança do consumidor nas relações contratuais que trava está ligado ao que alguns chamam de Princípio do Adimplemento Substancial. Sua base retoma a jurisprudencialmente consagrada¹⁶⁹ teoria do adimplemento substancial (“*substantial perfomance*”) que serve como instrumento para repelir a resolução do negócio jurídico caso o adimplemento tenha sido feito de modo substancial, ou seja, se a parte que restou inadimplida se mostra mínima em relação ao todo que o contratante se comprometeu a cumprir.

Como se terá oportunidade de destacar no quarto capítulo, essa teoria foi amplamente utilizada pela jurisprudência para garantir a purgação da mora pelo devedor-fiduciante que tivesse realizado o pagamento da maior parte das prestações do contrato de alienação fiduciária, evitando-se que grandes injustiças fossem perpetradas, contrariando frontalmente

¹⁶⁷ STJ, AgRg no RESP 921.669. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. 4ª Turma. Julgamento em 03/05/07.

¹⁶⁸ BRAGA NETTO, op. cit., p. 78-81.

¹⁶⁹ A título de exemplo, cite-se o RESP n. 76.362, na qual o STJ reconheceu a tese para não permitir a extinção do contrato de seguro pela ausência do pagamento da última prestação do prêmio.

os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato¹⁷⁰. Esse mesmo entendimento foi aplicado aos contratos de leasing em situações semelhantes¹⁷¹.

Os três últimos princípios analisados refletem medidas que realizam o estado ideal almejado por um outro princípio muito relevante, que é o Princípio da Conservação dos Contratos. Inicialmente, ele retrata a possibilidade da continuidade do contrato a despeito da invalidade parcial de certas cláusulas, o que encontra respaldo na previsão expressa de alguns dispositivos, como o art. 51, §2º, do CDC¹⁷² e o art. 184 do CC/02¹⁷³. Numa visão principiológica mais abrangente, o estado buscado é aquele da manutenção da relação negocial estabelecida entre as partes, a fim de que elas possam cumprir suas obrigações e, efetivamente, realizar o acordado. A persistência dos contratos até o seu fim natural é positiva para a sociedade, já que, além dos efeitos na esfera econômica, traz também maior segurança jurídica às pessoas, de forma a confiarem que haverá a realização das obrigações assumidas e que caso surjam dificuldades para esse cumprimento, o ordenamento jurídico possui ferramentas e institutos que auxiliarão para a concretização do acordo firmado¹⁷⁴.

Esse princípio terá especial relevância quando da análise da purgação da mora, no quarto capítulo, pois será possível verificar que há mais valor para ambas as partes a continuidade do negócio jurídico do que a sua abrupta interrupção.

Em consonância com os outros princípios já apresentados, faz-se mister destacar o Princípio da Função Social dos Contratos. Segundo a lição de Miguel Reale¹⁷⁵, o princípio

¹⁷⁰ BRAGA NETTO, op. cit., p. 76. Destaca o autor o que o STJ frisou no RESP n. 1.051.270: “[...] a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da venda, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato”.

¹⁷¹ STJ. RESP n. 1.200.105. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 3ª Turma. DJ 27/06/12.

¹⁷² Dispõe o art. 51, §2º, do CDC: “§2º. A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”

¹⁷³ Dispõe o art. 184 do CC/02: “Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”

¹⁷⁴ BRAGA NETTO, op. cit., p. 78.

¹⁷⁵ REALE, Miguel. *Função Social do Contrato*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 13 set. 2016.

tem previsão expressa no art. 421 do CC/02, mas resulta do mandamento constitucional dos art. 5º, XXII e XXIII, da CRFB, pois ao se garantir o direito de propriedade e comandar que ele atenda a sua função social, logicamente essa mesma necessidade se estende aos contratos, já que seu exercício e conclusão interessam não só aos contratantes, mas a toda a coletividade.

A ideia é que o contrato seja instrumento da realização humana, devendo as partes agir conforme os princípios da boa-fé e da probidade, tanto antes, quanto durante a execução do contrato, e mesmo depois da sua conclusão. Não poderá esse pacto servir como instrumento para atividades abusivas e danosas a uma das partes ou a terceiros. Indubitavelmente que essa perspectiva acarreta uma limitação ao poder de contratar, mas tão somente para conciliar com o interesse público, até porque, como destaca o célebre autor, o “poder negocial” é uma das fontes do direito¹⁷⁶. Não há qualquer risco à convicção dos contratantes de que os direitos e deveres nele previstos serão respeitados por ambas as partes, já que o cumprimento nesses termos é a conduta mais adequada segundo a boa-fé objetiva, sendo aquela que, efetivamente, satisfaz a função social dos contratos¹⁷⁷.

Assim, esse princípio corrobora a visão moderna constitucional do direito privado, a qual reconhece e respeita a importância dos seus institutos, contudo, comanda-os a que se adequem a essa proposta constitucional, a fim de que possuam uma utilidade maior do que a mera satisfação de uma vontade egoística de um indivíduo ou grupo de indivíduos, evitando comportamentos abusivos e prejudiciais ao coletivo. É por isso que Reale¹⁷⁸ afirma que a função social do contrato “[...] não colide, pois, com os livres acordos exigidos pela sociedade contemporânea, mas antes lhes assegura efetiva validade e eficácia.”

¹⁷⁶ Vide nota 175. Vale a pena reproduzir a passagem do autor: “Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária.”

¹⁷⁷ Vide nota 175. Novamente com clareza e objetividade explica o mestre: “Como se vê, a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento.”

¹⁷⁸ Vide nota 175.

Por fim, válido citar o Princípio da Harmonia nas Relações de Consumo, o qual resume a necessidade de equilíbrio entre as medidas protetivas ao consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico do país. Apesar de se reconhecer a vulnerabilidade do consumidor e se empreender medidas para sua proteção, naturalmente não se pode ter uma visão hostil ao fornecedor, sob pena de se ferir os princípios ligados à ordem econômica (art. 170 da CRFB). Assim, esse princípio estará balizando as análises críticas ao Decreto-Lei n. 911/69, a fim de que não se defenda uma ideia que gere a inviabilidade da atividade econômica dos fiduciários, buscando-se o correto equilíbrio da balança¹⁷⁹.

2.5. Um alerta e algumas considerações sobre os perigos do “panprincipiologismo”

Tendo-se visualizado a evolução histórica e legislativa pela qual passaram os princípios, bem como compreendido o seu conceito e conhecido alguns que auxiliarão na análise crítica do Decreto-Lei n. 911/69, convém fazer uma última ressalva quanto aos perigos que o uso desmedido dessa espécie normativa pode causar ao ordenamento jurídico.

Relevante, assim, recordar do alerta feito por Lênio Streck ao que ele denominou de “panprincipiologismo”¹⁸⁰, explicando que seriam decisões com base em princípios sem qualquer lastro normativo, ou seja, não havendo uma regra aplicável ao caso concreto (ou um princípio), infere-se um novo princípio a partir de um critério do intérprete (seja um critério lógico, pragmático, moralista, etc¹⁸¹), sem qualquer parâmetro seguro de controle. Essa situação se mostra perigosa porque o julgador simplesmente pode “sacar” um princípio,

¹⁷⁹ BRAGA NETTO, op. cit., p. 83.

¹⁸⁰ STRECK *apud* THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 45-46.

¹⁸¹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 45. Os autores da citada obra ainda destacam que um “[...] perigo do panprincipiologismo é que, sob fundamentos não jurídicos, justifica-se a criação de um princípio. Não é raro que se ouça, diante de um princípio ‘inventado’, sua defesa com argumentos como ‘tal coisa é lógica’. Determinada máxima pode ser lógica/racional sem, contudo, constituir-se em princípio (norma jurídica).”

baseado em uma fonte que entenda adequada, não necessariamente atendendo às finalidades legais ou constitucionais.¹⁸²

Essa conduta no momento do julgamento, indiretamente incentivada por um protagonismo judicial, é severamente danosa ao Direito, porque é desprovida de qualquer parâmetro de segurança jurídica, sendo ela mesma uma atitude violadora de um estado ideal de coisas (o de segurança e uniformidade das decisões que o sobreprincípio da segurança jurídica busca trazer).

O momento atual é marcado pela grande importância que a doutrina e a jurisprudência dão aos princípios, o que é ainda mais inflamado pelo Novo Código de Processo Civil - por ser este um sistema principiológico de normas¹⁸³. Todavia, isso não deve servir para permitir que o julgador possa decidir sem lastro normativo, uma vez que, tal como todos os sujeitos do processo, está vinculado à normatividade, devendo sua motivação encontrar lastro normativo. Em outras palavras, a utilização de argumentos lógicos, morais, pragmáticos, dentre outros, jamais pode servir como embasamento para se vislumbrar um novo “princípio” sem que esses estejam igualmente e devidamente acompanhados de algum lastro normativo.¹⁸⁴

Ademais, essa atitude igualmente não pode permitir a utilização de princípios sem o mínimo de embasamento e relação com a problemática abordada. Não podem ser usados como coringas para que, saltando o ônus argumentativo, possa o julgador alcançar a decisão pretendida. Sobre esse aspecto, destaca Daniel Sarmento¹⁸⁵ que:

[...] os operadores do direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões [...]. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos [como o legislador] pelas suas próprias.

¹⁸² THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 45.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid. Interessante a crítica dos autores de que: “[...] A crítica ao positivismo literalista na aplicação das normas não nos leva ao extremo oposto, que é uma nova forma de discricionariedade/decisionismo judicial: agora não mais quando há lacunas/antinomias, mas em qualquer caso.”

¹⁸⁵ SARMENTO, Daniel *apud* Júnior, op. cit., p. 45-46.

Em vista desse alerta e da concepção de princípios apresentada, deve o intérprete estar atento para que ao se valer de algum princípio que possa amparar sua argumentação, verificar se este tem embasamento em alguma norma (lastro normativo) e se a proposta de solução apresentada se mostra como conduta adequada, cujos efeitos aproximarão a situação analisada do estado ideal de coisas vislumbrado pelo princípio escolhido.

Imbuído dessas considerações e compreensão é que se passa à análise crítica do procedimento da ação de busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais.

3 - A PROBLEMÁTICA DO DEFERIMENTO DA LIMINAR EM SEDE DE PLANTÃO JUDICIÁRIO E OUTRAS BREVES CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O PROCEDIMENTO ATUAL DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DO DECRETO-LEI N. 911/69

Reconhecida a importância que as diversas espécies normativas possuem no atual momento do ordenamento jurídico brasileiro, passa-se ao momento de fazer reflexões e tecer considerações críticas a respeito de diversos aspectos do Decreto-Lei n. 911/69. Valendo-se de uma “lente principiológica”, o objetivo será analisar alguns dispositivos e previsões legais, a fim de que se possa compreender a sua adequação (ou inadequação) aos ditames processuais e materiais do direito brasileiro contemporâneo.

Duas problemáticas, porém, receberão maior atenção no decorrer dessa análise crítica. Neste capítulo, o foco se dará às modificações trazidas com a Lei n. 13.043/14, com breves reflexões sobre diversos pontos modificados, em especial no que toca à possibilidade de deferimento da medida liminar de busca e apreensão no plantão judiciário (art. 3º, *caput*, *in fine*, do Decreto-Lei n. 911/69). O capítulo seguinte será dedicado às discussões envolvendo a mora na alienação fiduciária, especialmente a questão da purgação da mora na ação de busca e apreensão do Decreto-Lei n. 911/69, destacando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça dado em sede de recurso repetitivo, apresentando, por fim, alternativas jurídicas quanto ao tema, embasadas nos princípios processuais e materiais.

Assim, para iniciar esta árdua tarefa, faz-se mister apresentar, de forma objetiva, o atual procedimento da ação de busca e apreensão previsto no referido decreto-lei. Desse modo, ter-se-á uma visão sistematizada do procedimento, permitindo-se visualizar melhor a dinâmica dos atos processuais, bem como compreender as críticas que serão tecidas.

3.1. A atual dinâmica procedimental da ação de busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia do Decreto-Lei n. 911/69

Destacadas e explicadas as principais mudanças legislativas e jurisprudenciais ocorridas no instituto da alienação fiduciária e no Decreto-Lei 911/69, faz-se mister sistematizar sucintamente o procedimento previsto para a ação de busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia, a fim de dar uma visão clara da dinâmica dos atos processuais que ocorrem no desenrolar deste célere instrumento.

Primeiramente, cabe dizer que a ação de busca e apreensão do Decreto-Lei 911/69 é uma ação principal, definitiva, de caráter satisfativo, que assegura um direito real - “ação real” em vista do direito de sequela – e que visa a recuperação do bem pelo proprietário (credor fiduciário) quando do inadimplemento ou da mora pelo devedor fiduciante, consolidando em suas mãos a plenitude da propriedade quando recupera o bem, devendo aliená-lo para reaver o crédito anteriormente concedido.

Ainda, como já foi demonstrado, tal ação se presta somente para os contratos de alienação fiduciária em garantia celebrados no âmbito do mercado financeiro e de capitais ou quando envolva crédito de natureza fiscal ou previdenciário. Desse modo, o legitimado ativo, por excelência, são as instituições financeiras e afins que atuam no mercado financeiro e de capitais ou que tem por garantia créditos de natureza fiscal ou previdenciário. Quanto ao legitimado passivo, este será o devedor-fiduciante ou o terceiro que esteja na posse do bem (em vista do direito de sequela)¹⁸⁶.

Disso facilmente se percebe que este instrumento não se confunde com aquele de mesmo nome previsto nos art. 839 a 843 do Código de Processo Civil de 1973 e, hoje, de

¹⁸⁶ CHALHUB *apud* NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 41. Destaque-se que há controvérsia na doutrina sobre a inclusão do terceiro no polo passivo da demanda, discordando dessa possibilidade os autores Paulo Sérgio Restiffe e Paulo Restiffe Neto, por exemplo.

maneira mais esparsa e pontual no Novo Código de Processo Civil, tal como aparece nos art. 536, §1º e 2º, art. 538 e art. 625.

Em vista dos objetivos dessa demanda, resta nítido que o credor somente se valerá da ação de busca e apreensão quando ocorrer o descumprimento do contrato de alienação fiduciária em garantia, seja pelo inadimplemento ou pela mora. Considerando que a obrigação contraída pelo devedor é de pagar uma dívida positiva, líquida e com termo certo, aliado ao comando legal insculpido no art. 2º, §2º, primeira parte, do Decreto-Lei n. 911/69, tem-se que a mora é *ex re*, de modo que o mero não pagamento das parcelas no termo acordado já constitui o devedor-fiduciante em mora e autoriza o ajuizamento da ação de busca e apreensão.

Ao propor a ação, na inicial, o credor-fiduciário deverá informar a ocorrência do inadimplemento ou da mora e quantificar o crédito pendente. Também poderá formular pedido liminar de busca e apreensão do bem, embasado no art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69, porém, para obter o deferimento, a legislação exige a comprovação da mora e o conhecimento de tal situação pelo devedor¹⁸⁷.

Para tanto, o credor poderá se valer de uma carta com aviso de recebimento direcionada ao devedor, no endereço constante do contrato¹⁸⁸, incluindo o nome do fiduciante¹⁸⁹, podendo ser enviada por intermédio de qualquer cartório ou dos correios, não havendo necessidade de indicação do valor devido, nem da juntada da planilha de cálculo (o que decorre da própria natureza da mora *ex re*)¹⁹⁰, mas tão apenas a indicação do contrato

¹⁸⁷ Nesse sentido, a Súmula n. 72 do STJ: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.”

¹⁸⁸ Novamente se cita a Súmula nº 55 do TJRJ, a qual, resumidamente, dispõe que para a comprovação da mora e a concessão da liminar de busca e apreensão na alienação fiduciária, basta a entrega da carta dirigida ao devedor com aviso de recebimento no mesmo endereço do contrato.

¹⁸⁹ Vide o Informativo nº 550 do STJ, no RESP nº 1.172.025/PR, em que o tribunal decidiu que em qualquer modalidade de notificação, se houver erro no nome do devedor, tal comunicação é nula.

¹⁹⁰ Novamente se cita a Súmula nº 245 do STJ, cujo conteúdo já foi reproduzido no capítulo 1, na nota de rodapé 49.

inadimplido¹⁹¹. Além disso, em vista do disposto no art. 2º, §2º, *in fine*, do Decreto-Lei n. 911/69, não mais se exige a assinatura do devedor fiduciário no aviso de cobrança, bastando a entrega no endereço constante no contrato¹⁹².

Comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor-fiduciante, bem como o envio da notificação corretamente, o juiz deferirá o pedido liminar de busca e apreensão do bem objeto da garantia, o que pode ser feito inclusive durante o plantão judiciário (art. 3º, *caput, in fine*, do Decreto-Lei n. 911/69).

Caso se trate de veículo automotor, o juiz deverá inserir restrição judicial na base de dados do RENAVAM (art. 3º, §9º, do Decreto-Lei n. 911/69) ou, caso não tenha acesso, oficiará o departamento de trânsito para tanto (art. 3º, §10, I, do Decreto-Lei n. 911/69). Além disso, deverá incluir o mandado de busca e apreensão em banco de dados próprio de mandados (art. 3º, §11, do Decreto-Lei n. 911/69).

Ainda no caso de veículo, se o bem for encontrado em comarca diversa da tramitação da ação, poderá o credor requerer a apreensão diretamente ao juízo da comarca onde foi localizado o automóvel, bastando que em tal requerimento conste a cópia da petição inicial da ação e, quando for o caso, a cópia do despacho que concedeu a busca e apreensão (art. 3º, §12, do Decreto-Lei n. 911/69). Feita a apreensão, será imediatamente comunicada ao juízo, que intimará a instituição financeira para retirar o veículo do local depositado no prazo máximo de quarenta e oito horas (art. 3º, §13, do Decreto-Lei n. 911/69).

Destaque-se, ainda, que, no cumprimento do mandado de busca e apreensão envolvendo qualquer bem (não só de veículo automotor), o devedor precisa entregar não só o

¹⁹¹ NEVES, op. cit., p. 44. Ver Recurso Especial 64.624-RS, voto vencido do Min. Cesar Asfor Rocha.

¹⁹² Apesar da atual redação representar uma posição já adotada por alguns tribunais, tal como o TJRJ (vide Súmula nº 55 citada anteriormente), havia corrente doutrinária com posição contrária, como o professor Marco Aurélio Bezerra de Melo, argumentando que se a notificação objetiva a comprovação da mora, não bastaria o seu mero envio, “mas sim o próprio recebimento da interpelação deverá restar demonstrado para que haja o deferimento da liminar” (MELO *apud* NEVES, op. cit., p. 44).

bem objeto da garantia, como também os seus respectivos documentos (art. 3º, §14, do Decreto-Lei n. 911/69).

Caso não se encontre o bem ou este não se encontre o devedor com a sua posse, faculta-se ao credor o poder de requerer a conversão da demanda em ação executiva (art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69)¹⁹³. Fazendo essa opção ou se valendo diretamente dessa execução, ou se for o caso ao executivo fiscal, dispõe o comando legal que serão penhorados, a critério do credor fiduciário, tantos bens quantos bastem para assegurar a execução (art. 5º do Decreto-Lei n. 911/69).

Em sendo efetivada a busca e apreensão do bem, começam a correr dois prazos que envolvem duas atuações distintas do devedor, porém não excludentes entre si.

O primeiro prazo (e o mais relevante) diz respeito ao comando que se infere da combinação dos §§1º e 2º, do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69¹⁹⁴, dispondo que terá o devedor-fiduciante o prazo de 5 dias para pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. Caso não quite o débito, consolidar-se-á a propriedade plena e exclusiva do bem nas mãos do credor-fiduciário, não sendo mais possível ao devedor reavê-lo.

Como já visto, a jurisprudência pátria¹⁹⁵ entende que o valor a ser pago engloba as parcelas vencidas e vincendas, além dos demais encargos envolvidos, devendo tal montante estar expresso na inicial da ação de busca e apreensão. A análise crítica desse entendimento

¹⁹³ Destaque-se que não há mais a possibilidade legal de conversão em ação de depósito, tanto pela alteração sofrida pelo art. 4º do decreto-lei n. 911/69 que não mais prevê essa hipótese, quanto pela inexistência do rito processual especial dessa ação, já que não mais previsto no NCPC - o que não significa que não possa haver a ação de depósito, mas tão somente que inexistente o rito que era indicado pela antiga redação do referido art. 4º.

¹⁹⁴ Dispõe o art. 3º, §§1º e 2º, do Decreto-Lei 911/69: “[...]§1º. Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. §2º. No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. ”

¹⁹⁵ Vide o entendimento no RESP 1.418.593-MS, em sede de recurso repetitivo, cuja ementa foi reproduzida na seção 1.3 do primeiro capítulo e será objeto de análise mais detida no quarto capítulo.

será realizada no último capítulo do presente trabalho, bastando, nesse momento, entender a posição atual dos tribunais superiores.

O segundo prazo que se inicia é o de 15 dias para que o devedor apresente sua defesa, conforme previsto no art. 3º, §3º, do Decreto-Lei 911/69. Por conta das alterações legais no referido decreto-lei, poderá o devedor fiduciante apresentar quaisquer espécies de resposta, inclusive a reconvenção¹⁹⁶, bem como poderá apresentar quaisquer teses defensivas. Vale destacar que, em razão da vigência do Novo Código de Processo Civil, todas as espécies de resposta do réu podem ser feitas numa mesma peça processual. Ademais, poderá o devedor apresentar sua resposta ainda que já tenha pago todos os valores devidos e mesmo que reste findo o contrato, pois esse é o momento procedimental apropriado para discutir eventuais erros de cálculo, requerer a restituição de valores pagos indevidamente (art. 3º, §4º, do Decreto-Lei n. 911/69), questionar as cláusulas contratuais que considera abusivas, demonstrar o desequilíbrio econômico no contrato, dentre outras teses.¹⁹⁷

Em suma, a partir da efetivação da liminar de busca e apreensão, começam a correr dois prazos simultâneos, de forma que o devedor terá até o quinto dia após a apreensão do bem para “purgar a mora”, mas ainda terá mais dez dias para apresentar sua defesa em juízo, ou seja, até o décimo quinto dia após o cumprimento da liminar.

Na ausência de pedido de liminar de busca e apreensão do bem, apesar da falta de previsão legal no procedimento, dever-se-á proceder à citação do devedor e, somente quando da juntada do mandato de citação, iniciar-se a contagem do prazo de 15 dias para a resposta do fiduciante.

¹⁹⁶ Vide RESP nº 801.374-RJ, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/06/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200501996676&dt_publicacao=02/05/2006>. Acesso em: 09 ago. 2016.

¹⁹⁷ Vide o Informativo nº 509 do STJ, no RESP nº 1.205.537-SP, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 20/10/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=201001406321&dt_publicacao=05/11/2010>. Acesso em: 09 ago. 2016.

Apesar da falta de previsão legal expressa, em respeito ao devido processo legal e, em especial, ao contraditório e a ampla defesa, resta nítida a possibilidade de que haja a produção das provas pertinentes requeridas pelo devedor em sua defesa.

Por fim, caso tenha ocorrido a liminar e seja julgado procedente o pedido da ação de busca e apreensão, por meio de uma sentença meramente declaratória, o juiz confirmará a consolidação da propriedade plena nas mãos do credor fiduciário. Essa sentença apenas declara um efeito já ocorrido por força de lei (*ope legis*) em momento pretérito, qual seja: quando da não purgação da mora.

No caso de improcedência, a liminar deverá ser revogada e haverá a devolução do bem ao devedor fiduciário, seguindo-se o negócio jurídico. Caso o bem já tenha sido alienado pelo credor, aplicar-se-á uma multa ao credor de 50% do valor originalmente financiado, conforme determina o art. 3º, §6º, do Decreto-Lei 911/69. Além disso, será o demandante responsabilizado por perdas e danos causados ao devedor, na forma do art. 3º, §7º, do Decreto-Lei 911/69¹⁹⁸.

Quando não houver pedido liminar ou este for indeferido, ao final da demanda, caso o pleito seja julgado procedente, o magistrado sentenciará determinando que se proceda à busca e apreensão do bem. Dessa forma, ao ser cumprida tal ordem, a propriedade se consolidará com o credor de mediato, já que não haverá possibilidade de purgação ou pagamento integral.

Uma vez consolidada a propriedade plena nas mãos do credor, seja logo após o escoamento do prazo de “purgação da mora”, seja ao final da demanda - na situação de ausência de pedido liminar -, deve-se expedir novo certificado de registro de propriedade em seu nome ou de terceiro por ele indiciado, sem o ônus da propriedade fiduciária (art. 3º, §1º, do Decreto-Lei n. 911/69). Ademais, há expressa permissão legal para que o credor possa vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou

¹⁹⁸ Segundo Melhim Chalhub, a responsabilidade do credor fiduciário independeria de culpa, bastando a improcedência do pedido na ação de busca e apreensão de alienação fiduciária, objetivando a lei evitar lides temerárias. CHALHUB *apud* NEVES, op. cit., p. 56.

qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo restante, se houver, devendo sempre realizar a devida prestação de contas (art. 2º, *caput*, do decreto-Lei n. 911/69). A prestação de contas é um direito do devedor, pois lhe permite o controle das medidas adotadas pelo credor, verificando se este agiu para obter a maior quantia possível. Caso haja saldo em favor do devedor, como visto, o valor deverá lhe ser imediatamente entregue. Contudo, caso ainda reste valor em aberto após a venda do bem, o credor terá direito sobre aquele montante faltante, podendo ser adotada a medida de conversão da ação de busca e apreensão em ação executiva.

Percebe-se, pois, que o objetivo desse procedimento previsto no Decreto-Lei n. 911/69 é alcançar o reconhecimento da consolidação da propriedade plena pelo credor fiduciário, não se podendo pleitear o reconhecimento de crédito em favor do demandante, nem mesmo pedir a condenação do devedor ao pagamento dos valores que sejam devidos. Tais pedidos, caso sejam úteis ao credor fiduciário, deverão ser feitos em demandas próprias. Destaque-se, por fim, que a eventual apelação contra a sentença somente será dotada de efeito devolutivo, graças ao comando expresso do art. 3º, §5º, do Decreto-lei n. 911/69, o que corrobora com o caráter meramente declaratório dessa decisão.¹⁹⁹

3.2. Análise sobre o plantão judiciário: conceito, regulamentação e utilidade

Vislumbrado o procedimento atual da ação de busca e apreensão do Decreto-Lei n. 911/69 de maneira objetiva, pode-se adentrar a análise das mudanças criticáveis trazidas pela Lei n. 13.043/14, a começar pela previsão referente ao plantão judicial.

¹⁹⁹ NEVES, op. cit., p.55-56.

No entanto, antes de se verificar a inviabilidade dessa previsão legal, bem como os princípios constitucionais que restaram ofendidos e que servem de oposição a tal inovação legislativa, faz-se mister esclarecer o que é o plantão judiciário. Apesar de ser um instrumento essencial para a garantia da justiça e dos direitos da sociedade, ele ainda é pouco conhecido pela maioria dos juristas. Assim, aproveitando-se o espaço propício, mostra-se válido verificar sucintamente os seus contornos.

Inicialmente, o Plantão Judiciário é um serviço público que os tribunais realizam para que se possa realizar duas garantias constitucionais. A primeira delas está consubstanciada no direito fundamental ao acesso à justiça, de forma que todas as pessoas podem submeter suas demandas perante o Poder Judiciário. Essa norma encontra previsão expressa no art. 5º, XXXV, da CRFB e é também vista como o Princípio do Acesso à Justiça, cujo estado ideal de coisas é justamente a possibilidade de que todos tenham condições de acionar o Poder Judiciário para que ele aprecie a lesão ou ameaça de lesão aos direitos. Como tais violações podem acontecer a qualquer momento e, algumas vezes, gerar uma situação de urgência que clama por uma atitude imediata para se evitar maiores danos, o Plantão Judiciário existe para permitir que os sujeitos de direito busquem auxílio fora dos períodos de expediente forense.

A outra garantia constitucional que se realiza pela existência do plantão é a continuidade da atividade jurisdicional. Comanda o art. 93, XII, da CRFB que a atividade jurisdicional seja ininterrupta, de modo que quando não houver expediente forense normal, deverá haver juízes em plantão permanente.

Em consequência de tudo o que foi visto, há a circunstância intrínseca e necessária da urgência. Explique-se: a existência do plantão como forma de continuidade da prestação jurisdicional fora do expediente forense não significa que alguém possa optar por se valer desse instrumento ao invés de procurar o Poder Judiciário no horário comum de trabalho dos funcionários. A combinação da regra de continuidade da atividade jurisdicional com o

princípio do acesso à justiça vem resultar na situação de que, em se tratando da violação de um direito que gere uma situação emergencial, a qual não pode aguardar até o próximo período de expediente forense para ser resolvida, a fim de que o cidadão não fique sem meios de recorrer ao Poder Judiciário para obter uma providência urgente e necessária para o não perecimento de seu direito, haverá o plantão judiciário com juízes plantonistas para analisar o caso e dar uma resposta adequada, muitas vezes, apenas para “estancar a sangria daquele direito ferido”. Apesar de a devida e completa resposta judicial ser dada por outro juízo que receberá o caso, o remédio imediato e necessário para assegurar o direito já foi oferecido pela equipe de plantão.

Por tudo isso, Gustavo Henrique Holanda Dias²⁰⁰ define o Plantão Judiciário como um “[...] serviço público contínuo, que atende a direito fundamental do indivíduo, e tem por objetivo conhecer de postulações judiciais caracterizadas pela urgência e que não possam ser apreciadas no expediente ordinário do Poder Judiciário”. Complementa, ainda, destacando que a competência dos juízes é limitada a processar, decidir e executar as medidas e providências que se mostrem urgentes, que “[...] em razão do tempo exíguo não tiveram condições de avaliação no expediente forense [...]” ou ligadas a fatos ocorridos fora do período de expediente, mas que não podem esperar, sem que haja “[...] prejuízo ao interesse público ou do requerente, por solução em atendimento normal”.

Nesse mesmo sentido entende o Superior Tribunal de Justiça, o qual já teve oportunidade de expressar a relevância do plantão judiciário em algumas decisões, como no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 22.573²⁰¹:

²⁰⁰ DIAS, Gustavo Henrique Holanda. *O plantão judiciário: garantia de acesso à justiça todos os dias*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21912>>. Acesso em: 14 set. 2016.

²⁰¹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. ROMS n. 22.573/MS. Relator: Ministro Castro Meira. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=992051>>. Acesso em: 15 set. 2016. Além desse julgado, Gustavo Henrique Holanda Dias (vide nota 14) também apresenta a visão do STJ no AgRg RESP n. 750.146, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que se diz que o plantão judiciário “[...] objetiva garantir a entrega de prestação jurisdicional nas medidas de caráter urgente destinadas à conservação de direitos, quando possam ser prejudicados pelo adiamento do ato reclamado”.

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 18 DA LEI Nº 1.533/51. PRAZO MANDAMENTAL. CONTAGEM. [...] 2. O plantão judiciário constitui figura concebida para permitir o exame durante os feriados e recessos forenses das medidas de caráter urgente, ou seja, possibilitar o acesso ao Poder Judiciário ininterruptamente para salvaguardar o direito daquele que se vê na iminência de sofrer grave prejuízo em decorrência de situações que reclamam provimento jurisdicional imediato.”

Dada a importância desse instrumento, era essencial que houvesse um mecanismo que uniformizasse essa prestação jurisdicional em todo o território nacional, sob pena de existirem diferenças substanciais que comprometessem a própria garantia de acesso à justiça. A primeira normatização veio por meio da Resolução n. 36 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007, que contava com regramentos mínimos sobre a estruturação e organização do plantão, apenas para dar efetividade à prestação jurisdicional ininterrupta.

Atualmente, a regulamentação se dá pela Resolução n. 71 do Conselho Nacional de Justiça, de 31 de março de 2009, que substituiu e revogou a Resolução n. 36, mas que também já passou por algumas alterações mínimas nos últimos anos (em razão da Resolução n. 152/2012 do CNJ). Foi por meio desse instrumento que o CNJ definiu os regramentos básicos de atuação judicial e estabeleceu as medidas administrativas que devem ser adotadas por todos os tribunais brasileiros²⁰². Contra tal regulamentação do CNJ foi interposta a ADI 4.410/DF²⁰³, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), alegando inconstitucionalidade da resolução por ela tratar de matérias que deveriam ser tratadas por meio de lei federal, além de supostamente ferir a isonomia e invadir a esfera de autorregulação dos tribunais. Todavia, a resolução continua válida em vista de não ter sido ainda julgada essa ação direta de inconstitucionalidade até a conclusão do presente estudo.

²⁰² Há regulamentações específicas feitas por cada um dos tribunais, regrando sua organização, em razão das suas peculiaridades. A título de exemplo, o STF possui a Resolução nº. 449, de 2 de dezembro de 2010, disciplinando o assunto.

²⁰³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4.410/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4410&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 set. 2016.

Vale, ainda, destacar que o CNJ editou a Portaria n. 666, de 17 de dezembro de 2009, com a finalidade de disciplinar o plantão judiciário em sede do próprio Conselho Nacional de Justiça, o que reforça a noção do valor que esse instrumento tem na concretização das garantias fundamentais.

Analisando a Resolução n. 71, verifica-se a existência de dispositivos que tratam desde as matérias que podem ser decididas pelo plantão judicial até questões de organização administrativa dos plantonistas. Em vista das questões que podem ser examinadas, a própria resolução explicita que no Plantão Judiciário não devem ser reapresentadas as postulações já analisadas pelo juiz natural da causa ou mesmo reiterar providencia já analisada em plantão pretérito (art. 1º, §1º, da Resolução n. 71/09 do CNJ).

Conclui-se, então, que o plantão possui uma “jurisdição extraordinária”, excepcionando momentaneamente o princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, LIII, da CRFB) de modo a privilegiar a prestação jurisdicional ininterrupta, valendo-se como parâmetro a urgência que o caso requer, fundamentando, pois, a atuação de um magistrado plantonista. Contudo, apesar de ser clara a percepção de que somente situações urgentes justificam a busca pelo plantão judiciário, segundo Gustavo Henrique Holanda Dias²⁰⁴ são frequentes os pedidos que não têm cabimento nessa seara excepcional, ainda que as situações evidenciem, num primeiro momento, uma aparente urgência.

Em razão do foco do presente estudo, vale a pena reproduzir o art. 1º da referida resolução²⁰⁵, a fim de se saber quais matérias podem ser apresentadas no plantão. Eis o dispositivo:

²⁰⁴ Vide nota 199. A título de exemplo dessas situações que somente têm aparência de urgência, mas não caberiam em sede de plantão judiciário, o autor fala do pedido de liberdade provisória ou HC em favor de um réu que já estava preso há bastante tempo, explicando que, no caso, “[...], a custódia é a situação emergencial, posto que o indivíduo está privado de sua liberdade de locomoção. Contudo, este pleito, realizado durante o plantão, deveria ter sido apresentado ao juiz natural do feito, pois a situação de urgência não ocorreu durante o plantão”.

²⁰⁵ Brasil. Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 71, de 31 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=63>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

Art. 1º. O Plantão Judiciário, em primeiro e segundo grau de jurisdição, conforme a previsão regimental dos respectivos tribunais ou juízos destina-se exclusivamente ao exame das seguintes matérias:

- a) pedidos de habeas corpus e mandados de segurança em que figurar como coator autoridade submetida à competência jurisdicional do magistrado plantonista;
- b) medida liminar em dissídio coletivo de greve;
- c) comunicações de prisão em flagrante e à apreciação dos pedidos de concessão de liberdade provisória;
- d) em caso de justificada urgência, de representação da autoridade policial ou do Ministério Público visando à decretação de prisão preventiva ou temporária;
- e) pedidos de busca e apreensão de pessoas, bens ou valores, desde que objetivamente comprovada a urgência;
- f) medida cautelar, de natureza cível ou criminal, que não possa ser realizado no horário normal de expediente ou de caso em que da demora possa resultar risco de grave prejuízo ou de difícil reparação.
- g) medidas urgentes, cíveis ou criminais, da competência dos Juizados Especiais a que se referem as Leis nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 e 10.259, de 12 de julho de 2001, limitadas as hipóteses acima enumeradas.

§ 1º. O Plantão Judiciário não se destina à reiteração de pedido já apreciado no órgão judicial de origem ou em plantão anterior, nem à sua reconsideração ou reexame ou à apreciação de solicitação de prorrogação de autorização judicial para escuta telefônica.

§ 2º. As medidas de comprovada urgência que tenham por objeto o depósito de importância em dinheiro ou valores só poderão ser ordenadas por escrito pela autoridade judiciária competente e só serão executadas ou efetivadas durante o expediente bancário normal por intermédio de servidor credenciado do juízo ou de outra autoridade por expressa e justificada delegação do juiz.

§3º. Durante o Plantão não serão apreciados pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores nem liberação de bens apreendidos.

Percebe-se que as matérias tocam a variadas searas do direito, envolvendo desde assuntos relacionados desde o direito penal e processual penal, passando pela seara trabalhista, processual civil, envolvendo questões até ligadas ao direito de família. Contudo, em todas as previsões há um elemento comum: a urgência.

Por todo o visto, fácil a compreensão de que o plantão judiciário é um serviço público relevantíssimo, pois assegura o acesso à justiça pelos cidadãos nos momentos de não expediente forense regular, apenas para a solução de situações urgentes.

3.3. A questionável constitucionalidade da previsão do art. 3º, *caput*, *in fine*, do Decreto-Lei n. 911/69 frente aos princípios processuais modernos

Tendo em vista todos os contornos que definem o plantão judiciário, em especial a urgência como elemento intrínseco e necessário para as questões jurídicas a serem submetidas ao plantão judiciário, é que se procede a análise quanto à viabilidade da nova previsão trazida pela Lei n. 13.043/14.

Sem dúvida, para a presente análise, o art. 1º, *e*, da Resolução n. 71/09 do CNJ se mostra como o dispositivo mais interessante, pois ele poderia fazer crer ser possível e legítima a previsão trazida no art. 3º, *caput, in fine*, do Decreto-Lei n. 911/69, mesmo antes dessa legislação trazer a previsão específica. Em outras palavras, poder-se-ia imaginar que desde a edição da resolução, em 2009, já seria possível ao credor fiduciário se valer do plantão judicial para ingressar com a ação de busca e apreensão e reaver seu bem. Não é essa, porém, a realidade.

Há diversas modalidades de “busca e apreensão” no ordenamento pátrio, envolvendo desde medidas no âmbito do processo civil, com caráter cautelar ou satisfativo, até medidas de natureza cautelar na seara penal. Assim, para se identificar os procedimentos de busca e apreensão que poderiam ser encaixados na previsão da resolução e serem levados ao plantão judicial em vista de sua urgência, faz-se necessário conhecer, ainda que brevemente, as modalidades dessa medida que existiam quando da edição da Resolução n. 71/09 do CNJ.

Segundo explica Ronaldo Galvão²⁰⁶, na seara processual civil, à luz do CPC/73, haveria alguns tipos de busca e apreensão, tais como: a busca e apreensão como incidente em outra demanda - com natureza cautelar ou satisfativa -, na qual, segundo o autor, procede-se à “[...] apreensão dos bens a serem arrestados, sequestrados ou cautelosamente arrolados, ou de bens que devam ser objeto de perícia, e também de documentos e livros a serem apreendidos,

²⁰⁶ GALVÃO, Ronaldo. *Processo Civil: Busca e Apreensão*. Disponível em: <<http://ronaldogalvao.blogspot.com.br/2012/08/processo-civilbusca-e-apreensao.html>>. Acesso em: 14 set. 2016. Segundo o autor, há doutrinadores que apresentam quatro espécies de busca e apreensão, enquanto outros apresentam cinco casos. Para o propósito do estudo, citam-se todas as possibilidades, tão somente para demonstrar que a busca e apreensão da alienação fiduciária é reconhecida como um tipo autônomo e distinto das demais formas de busca e apreensão.

para ensejarem sua exibição [...]”; os atos de busca e apreensão de natureza executiva (art. 461, §2º²⁰⁷ e art. 625²⁰⁸, ambos do CPC/73); a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente em garantia, com natureza satisfativa; e a busca e apreensão de menores, de natureza cautelar ou satisfativa (como no caso de um dos pais que deseja reaver a posse do menor contra terceiro que o detenha ilegitimamente).

Em que pese no NCPC a medida de busca e apreensão não possuir mais um procedimento próprio, ela permanece existente em nosso ordenamento, sendo previsto como instrumento específico em alguns casos (ex.: art. 536, §§1º e 2º; art. 538, *caput*; art. 625; e art. 806, §2º, todos do NCPC), além de estar presente nas tutelas provisórias (Livro V do NCPC). Contudo, como nesse ponto do trabalho se busca comparar as espécies de busca e apreensão existentes quando da criação da resolução do CNJ, a fim de identificar o elemento da urgência existente em algumas delas, não se procederá a uma análise dessa medida no NCPC.

Por fim, já na seara penal, o instituto da busca e apreensão vem previsto principalmente no art. 240, §1º do Código de Processo Penal²⁰⁹ ao tratar da busca domiciliar ou pessoal. O objetivo aqui é servir como meio para a coleta de provas sobre autoria e materialidade de um fato criminoso, a fim de auxiliar na formação da convicção do Ministério Público para a denúncia e para permitir que o magistrado decida a questão. Apesar das exceções legais, em regra há a necessidade de autorização prévia do juiz para que se proceda a busca e apreensão de bens e objetos, devendo estes serem descritos na decisão que permitir a

²⁰⁷ Dispõe o art. 461-A, §2º, do CPC/73: “§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.”

²⁰⁸ Dispõe o art. 625 do CPC/73: “Não sendo a coisa entregue ou depositada, nem admitidos embargos suspensivos da execução, expedir-se-á, em favor do credor, mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se tratar de imóvel ou de móvel.”

²⁰⁹ Dispõe o art. 240, §1º, do CPP: “Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção.”

execução dessa medida.²¹⁰ Obviamente, somente em casos muito urgentes as autoridades se valerão dessa medida em sede de plantão judiciário²¹¹, podendo a hipótese se enquadrar as alíneas *e* ou *f* do art. 1º, da Resolução n. 71/09 do CNJ.

Em vista do critério da urgência exigido pelo o art. 1º, *e*, da Resolução n. 71/09 do CNJ, percebe-se que apenas algumas das hipóteses apresentadas na seara processual civil conseguiriam ser levadas ao plantão judiciário. Não raro a urgência estará conectada a possibilidade real de perecimento do direito ligado ao que se deseja apreender, autorizando, nessa excepcionalidade, que se acione o plantão para que se efetivamente conserve tal direito. Nesse sentido, provável que o pleito mais comum - numa esfera não penal - seja o referente à busca e apreensão de menores, ainda que de caráter satisfativo, por exemplo, na situação em que um dos pais que tem o direito de visitação aos finais de semana, mas o outro nega a liberação do menor sem motivação, na sexta-feira à noite. Inegável que a situação ilegal representa uma afronta direta não só ao direito do ascendente preterido - direito este que efetivamente pode perecer caso se aguardasse o expediente forense ordinário, pois passaria o final de semana -, como também ao próprio menor, em vista das garantias que lhe dá a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente - referente ao direito de convivência com ambos os genitores.

Apenas o anseio ou desejo de obter uma medida satisfativa, ainda que a sua validade seja reconhecida judicial ou legalmente, não gerará a situação de urgência a autorizar o acesso ao expediente especial. A título de exemplo, dificilmente a busca e apreensão de natureza executiva encontraria justificativa calcada na urgência para acionar o plantão judiciário e obter o bem da vida que fora determinado. O credor desejar ter seu crédito satisfeito é um anseio válido, mas dificilmente haverá uma situação de tamanha urgência em reaver ou se

²¹⁰ OLIVEIRA, Fernanda Carolina Leonildo de. *A limitação da busca e apreensão no Processo Penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41837>>. Acesso em: 19 set. 2016.

²¹¹ Como, por exemplo, quando não for possível aguardar o expediente forense ordinário para se obter a autorização a uma busca domiciliar na casa do acusado, que visa apreender o instrumento do crime que lá se encontra e que estava para ser destruído pelo réu.

imitir na posse do bem que justifique não buscar o juízo natural da causa para pleitear tal medida. Ou seja, raramente haverá uma situação tal que surja fora do período forense e que possa frustrar o direito do credor a ponto de que ele tenha que optar pela competência excepcionalíssima do juiz plantonista para urgentemente impedir aquela atitude, reavendo ou se imitando na posse do bem. Assim, vê-se que a urgência nesses casos é ainda mais excepcional, não servindo para dar celeridade à execução, mas sim para impedir que ela seja infrutífera e que o direito seja esvaído - até porque, não raro haverá outras opções que o instrumento da busca e apreensão para se obter os mesmos resultados.

Quanto à ação de busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia, vale a pena reforçar e deixar bem claro que não há uma “presunção de urgência” ou uma “urgência inerente” por conta do objeto de garantia, como já se pôde demonstrar com as outras espécies de busca e apreensão, até porque o dispositivo do art. 1º, *e*, da Resolução n. 71/09 do CNJ é expresso em exigir a comprovação objetiva da urgência. A não existência dessa urgência intrínseca ao procedimento pode ser demonstrada com dois exemplos que geram situações paradoxais.

Como já explicado, com a inicial da ação de busca e apreensão do rito do Decreto-Lei n. 911/69, poderá o credor pleitear o deferimento da liminar, desde que comprove a mora e a notificação extrajudicial do devedor. Apesar de algumas vozes discordantes, entende-se que é uma faculdade dada ao credor (a qual, em verdade, ele se valerá na maioria das vezes). Contudo, caso assim não opte pelo pedido liminar, terá ele dado início a uma ação de busca e apreensão em sede de plantão judiciário, mas que não terá qualquer medida de proteção imediata e emergencial ao direito do credor, pois apenas será expedido mandado de citação para que o devedor se defenda. A apreensão, em si, só ocorrerá ao final do processo. Fica claro, então, que se a urgência fosse inerente à busca e apreensão, ter-se-ia uma situação em que se valeu de uma medida dita “urgente” sem que qualquer urgência existisse, ocupando um

serviço público dedicado aos casos emergenciais com algo que poderia (e deveria) ser apreciado no expediente comum.

O segundo exemplo, bem próximo ao primeiro, se dá quando o credor acionou o plantão judiciário, propondo a ação de busca e apreensão nos moldes do Decreto-Lei n. 911/69, mas não realizou a notificação extrajudicial do devedor, seja pelo motivo que for (não retorno da carta a tempo, por exemplo). Nessa situação, está ausente um dos elementos objetivos para a concessão da liminar, de forma que a próxima etapa do procedimento será a citação do devedor para a defesa. Assim, tal como no caso anterior, ter-se-á uma busca e apreensão que não poderá, de imediato, guarnecer o direito do credor, gerando um paradoxo entre uma suposta urgência que não encontra respaldo na situação concreta, ocupando inutilmente o tempo do plantão judiciário.

Em vista do exposto, não é difícil concluir pela ausência de urgência quando se trata da busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia. Essa modalidade autônoma e satisfativa possui contornos muito próprios que dificultam demasiadamente que se vislumbre a urgência exigida pelo dispositivo legal.

Diferentemente dos exemplos em que a busca e apreensão se mostra útil e necessária em sede de plantão judiciário para coibir a degradação de um direito, na alienação fiduciária em garantia aquele breve lapso temporal entre os expedientes forenses regulares não causará a perda do direito do credor-fiduciário. Este já é o proprietário do bem objeto da garantia, não perdendo essa condição e os direitos inerentes à propriedade caso não ingresse com a ação imediatamente ao momento da constituição da mora ou do inadimplemento.

Não é viável a argumentação de que a urgência do credor em reaver o bem rapidamente seria justificada pelo dever legal de aliená-lo. Explique-se. Conforme impõe o art. 2º, *caput*, do Decreto-Lei n. 911/69, o credor deve vender o bem objeto da garantia e empregar o valor obtido no pagamento do crédito que possui (além das despesas que teve com

a venda) e entregar ao devedor o saldo restante, se houver. Disso, argumenta-se que a desvalorização diária do objeto da garantia (a exemplo de automóveis) justificaria a maior celeridade do procedimento, a fim de que o credor possa aliená-lo pelo maior valor possível e, assim, satisfazer seus interesses, bem como os do devedor, já que se teria maiores chances de haver um saldo restante. Contudo, essa argumentação não serve para demonstrar uma urgência capaz de se valer do serviço do plantão judiciário, já que, como se verá mais detidamente no próximo capítulo, a alienação do bem não atende o melhor interesse das partes, o qual verdadeiramente seria o da conclusão do contrato²¹². Ademais, ao se considerar a possibilidade de o devedor “purgar a mora” e reaver o bem, findando o contrato feito, a “urgência” justificadora da demanda em sede do plantão judiciário se perderá, corroborando a conclusão da inexistência de urgência pela necessidade de sua venda imediata e revelando nitidamente a verdadeira intenção da medida como instrumento de privilégio para aquele credor (instituição financeira, em sua maioria), auxiliando-o a obter o montante devido de forma mais ágil, ainda que em desrespeito aos princípios constitucionais. A conclusão seria a mesma se, por exemplo, ocorresse a hipótese de adimplemento substancial pelo devedor, o qual teria reconhecido, segundo a jurisprudência²¹³, o direito de prosseguir com o contrato, inexistindo igualmente urgência que justificasse a utilização da ação de busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia em sede de plantão judiciário.

O que se pode reconhecer, no máximo, é que a argumentação tratada serve como justificativa para o legislador ter trazido a possibilidade da liminar satisfativa, mas não se

²¹² Isso porque o credor fiduciário, quando do empréstimo para a obtenção do bem objeto da garantia pelo devedor, planejava reaver o valor investido e um montante considerável a título de juros. Todavia, a venda do bem devido ao rompimento do contrato, muitas vezes, não alcança o valor almejado, de forma que o credor não receberá o valor que havia projetado, especialmente no que toca aos juros. Igualmente não se satisfará o devedor, pois que desejava obter o bem da vida, verdadeiro objetivo das contratações feitas. A melhor solução, como será vislumbrado no quarto capítulo, é a manutenção do contrato.

²¹³ Nesse sentido, vide: STJ - Ag n. 1.235.951, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 14/02/2011; STJ - Resp n. 469.577/SC, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 25/03/2003; TJRJ - AGRADO DE INSTRUMENTO n. 0015822-15.2009.8.19.0000, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: DES. CUSTODIO TOSTES, Julgamento: 12/08/2009; e TJMG -AI n. 10024142387224001, 17ª CÂMARA CÍVEL, Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira, Data de Julgamento: 28/04/2015.

pode confundir essa justificação com a real urgência inerente aos casos típicos submetidos ao plantão judiciário.

Igualmente não parece razoável a argumentação de que o credor desejaria reaver o bem o mais depressa possível para evitar eventuais danos causados pelo devedor. Conforme visto no procedimento previsto no Decreto-Lei n. 911/69, para que possa pleitear a liminar de busca e apreensão, deverá ter realizado anteriormente a notificação extrajudicial do devedor. Nesse sentido, não poder se valer do plantão judiciário não acarreta prejuízo ao credor, uma vez que o devedor, em teoria, já está ciente da mora, justamente em razão da notificação extrajudicial, sabendo que poderá perder a posse do bem e que ainda tem o dever legal de conservá-lo contra qualquer dano, sob pena de ser responsabilizado.

Ademais, como já se verificou, ainda que não se encontre o bem alienado fiduciariamente em garantia - seja em vista do seu perecimento com ou sem culpa do fiduciante, seja por não estar o devedor com a sua posse, ou por qualquer outra razão -, tem o credor o poder de converter a demanda em ação executiva (art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69) ou se valer dessa execução diretamente, oportunidade em que serão penhorados tantos bens quantos bastem para assegurar a execução, a critério do credor (art. 5º do Decreto-Lei n. 911/69). Isso significa que o credor fiduciário não perderá seu direito, ainda que não encontre o bem, não ficando sem o valor correspondente ao que almejava quando da contratação (valor do mútuo somado aos juros acordados)²¹⁴, tendo ao seu dispor diretamente a via satisfativa da execução.

²¹⁴ A ideia é de que o credor receberá, de uma forma ou de outra, aquilo que já recebia quando do cumprimento do contrato - justamente o valor correspondente ao montante emprestado para a aquisição do bem e os juros contratados -, mas não o bem em si. Isso porque, desde o começo, tem ele a plena ciência de que, segundo a expectativa usual do cumprimento normal dos contratos, o bem não lhe seria devolvido, mas sim se consolidaria com o devedor, tendo como contraprestação o valor do mútuo somado aos juros cobrados. O interesse do credor não é o bem da vida em si, até porque não poderá usufruí-lo, já que a lei obriga a sua venda para quitação do débito pendente e devolução do excedente ao devedor. Em verdade, a instituição financeira deseja reaver o valor emprestado com os juros contratados, sendo sempre prejudicial obter o bem no meio do contrato, como se verá mais nitidamente no próximo capítulo.

Há, ainda, uma lente principiológica que deve ser vertida sobre o tema. Valendo-se do conteúdo apresentado no capítulo anterior, não se poderia olvidar do impacto que a previsão do traz sobre os princípios do ordenamento jurídico, em especial os de aspecto constitucional-processual.

Baseando-se nisso, inicia-se a análise dizendo que o plantão judiciário poderia ser considerado, numa primeira visão, uma exceção aceitável e louvável ao devido processo legal, porque objetiva atender a demandas imbuídas de urgência, a qual não podem aguardar o tempo usual das atividades jurisdicionais. Contudo, um olhar mais profundo sobre as orientações dadas por esse postulado para o alcance de um estado ideal de processo permite concluir que o plantão judiciário realiza o devido processo em sua plenitude. E assim o faz porque representa o equilíbrio entre os princípios do acesso à justiça e da continuidade da atividade jurisdicional, permitindo que ambos sejam realizados conjuntamente. As situações urgentes e excepcionais necessitam e merecem respostas ágeis do Poder Judiciário, devendo existir mecanismos de acesso imediato para que medidas possam ser tomadas na preservação dos direitos ameaçados por essas circunstâncias extraordinárias.

Todavia, permitir que casos não urgentes possam se valer dessa via excepcional é desprezar o mandamento constitucional e menosprezar o relevante valor do serviço público prestado pelo plantão. Mas não é só pela falta de urgência que essa ação de busca e apreensão, nesses moldes, violaria o devido processo legal. Restariam violadas, inerentemente, as garantias constitucionais e processuais da duração razoável do processo e do contraditório ao se iniciar esse procedimento especial em um expediente extraordinário, já que se estaria acelerando desnecessariamente um procedimento que já é curto e simplificado.

Valer-se do plantão judiciário para se iniciar uma demanda que não é urgente o suficiente representa violação ao postuldo da razoabilidade, na sua diretriz do dever de equidade. Isso porque a ação prevista no Decreto-Lei n. 911/69 não se enquadra nos moldes

de urgência que exige a Resolução n. 71/09 do CNJ, ou seja, na relação entre as normas gerais sobre o plantão judiciário com as individualidades do caso concreto, a razoabilidade nos leva a concluir não pela aplicação daquelas normas à ação de busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia, mas sim pelo seu não enquadramento na normativa geral.

A violação ao princípio da duração razoável se dá por se iniciar a prestação jurisdicional em um momento que não seria possível, já que reservado a situações que verdadeiramente exigem respostas imediatas. Em outras palavras, se esse princípio preza pela resposta do Poder Judiciário dentro de um tempo razoável, obviamente esse tempo só pode ser contabilizado a partir de um termo que respeite as regras legais procedimentais e as que delimitam forma e modo dessa prestação se fazer pelos agentes do Poder Judiciário, obedecendo, pois, em última instância, ao devido processo legal.

Entender em sentido oposto seria compreender erroneamente o propósito desse princípio, já que um processo com duração razoável se constrói dentro de um lapso temporal em que sejam respeitadas as garantias processuais fundamentais (tais como o contraditório), a fim de que o órgão julgador possa prover uma resposta adequada e satisfativa. Acelerar demasiadamente esse tempo, encurtando-o indevidamente por ter se iniciado em momento inapropriado, resultará em um procedimento excessivamente curto, que apenas atenderá ao interesse do credor, passando por cima de um interesse coletivo pela correta e melhor prestação jurisdicional, bem como pelo interesse do devedor, que restará severamente prejudicado em suas possibilidades de reação (até em vista da grande probabilidade de surpresa pela medida²¹⁵).

²¹⁵ Como já foi possível expor e será mais detalhadamente tratado no quarto capítulo, o art. 2º, §2º, do Decreto-Lei n. 911/69 permite que a mora seja comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo mais que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio devedor. Assim, é plausível que ocorra situação em que o fiduciante incorra em mora, mas não tenha tido ciência da notificação extrajudicial (por ter sido a carta assinada por outra pessoa) e seja verdadeiramente surpreendido com a apreensão do bem durante o final de semana, por exemplo.

É justamente a garantia do contraditório a ser exercida pelo devedor que restará mais prejudicada com essa “correria procedimental”. Como visto sobre o procedimento dessa ação, uma vez distribuída e deferida a liminar, concomitantemente haverá a busca e apreensão do objeto e a citação do devedor para se defender. Já nesse momento o contraditório, na vertente da garantia de informação, restará prejudicado, não só pelo fato de que em um só ato o devedor perderá a posse direta do bem e terá a informação dos exímios prazos para reavê-lo e se defender, como também isso tudo poderá ocorrer fora do período ordinário forense, o que surpreende ainda mais o leigo. Válido lembrar que é da apreensão que se contam o prazo para defesa e o prazo para a “purgação da mora” (verdadeiro pagamento integral), sendo este segundo bem curto (de 5 dias) e que pode exigir do devedor a movimentação de grande quantia monetária, a qual, muitas das vezes, não possui. Assim, a possibilidade de reação do devedor fiduciante, que já é precária e limitada no procedimento normal previsto no Decreto-Lei n. 911/69, torna-se ainda mais precária, pois os prazos processuais se iniciarão do momento da apreensão do bem, o que, nessa situação da liminar deferida no plantão, também pode ocorrer fora do expediente forense comum, levando o devedor a dispor de menos tempo ainda para buscar uma saída.

Em consonância com as críticas tecidas ao procedimento do Decreto-Lei n. 911/69 no aspecto do devido processo legal, tanto no modelo normal quanto na hipótese de ser iniciada a ação durante o plantão judiciário, vale a pena reproduzir o pensamento de Liberato Póvoa²¹⁶, ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça do Tocantins, o qual, em crítica mais severa ao regramento do decreto-lei, diz que:

“[c]om a nova Constituição Federal, entendemos ter sido derogada toda a legislação que permitia o desapossamento sumário de bens. A garantia do direito de propriedade é assunto da maior importância na nova ordem constitucional, e sua perda só pode ocorrer nos casos expressamente previstos na Constituição e nas leis esparsas, de forma que o desapossamento de bens não pode, sob pretexto algum, prescindir do devido processo legal e da amplitude de defesa, o que, no caso da liminar obrigatória imposta pelo art. 3º do Dec.-lei 911/69 não encontra guarida na nova ordem constitucional”.

²¹⁶ PÓVOA, Liberato. *Busca e Apreensão*. Teoria. Prática. Jurisprudência. 5. ed. Curitiba: Juruá. 2009, p. 118.

Por tudo que foi exposto, não há dificuldade em se concluir que a permissão de apreciação da liminar em sede de plantão judiciário padece de irresistível inconstitucionalidade, por representar afronta ao postulado do devido processo legal, afetando diretamente a razoabilidade, a duração razoável dos processos e o contraditório, mostrando-se um verdadeiro privilégio dado àquele credor, pois a medida não possui a urgência necessária para ser apresentada perante os plantonistas.

3.4. Reflexões sobre outros pontos questionáveis do Decreto-Lei n. 911/69 após as mudanças promovidas pela Lei n. 13.043/14

A Lei n. 13.043/14 se mostrou bastante ampla ao introduzir modificações em diversas legislações, causando significativas consequências nos vários temas que tratou, inclusive o instituto da alienação fiduciária em garantia. Algumas dessas alterações foram apenas apontadas ao longo do estudo, merecendo um breve momento de reflexão sobre o que representam e qual o seu impacto na sistemática daquele instituto jurídico.

De fato, como visto, há diversos pontos que causam incômodos nessa modificação legislativa, pois estampam nítido privilégio procedimental direcionado às instituições financeiras (usuais credores fiduciários), ampliando ainda mais os poderes e possibilidades desse “player”, além de tornarem mais vulneráveis os consumidores que possuem relações com tais instituições.

Nem todos os pontos a serem tratados nesse tópico, porém, representam ilegalidades ou contrariedades aos princípios que organizam o ordenamento jurídico. Contudo, certas escolhas legislativas merecem reflexão baseada nas consequências diretas e indiretas que

podem trazer ao sistema jurídico. Esse é, em essência, o propósito das análises que se passam a tecer.

3.4.1. Breves reflexões sobre o art. 6º-A do Decreto-Lei n. 911/69 e a possível desvalorização que ele representa para outros institutos jurídicos

Um primeiro ponto de reflexão está na inclusão do art. 6º-A no Decreto-Lei n. 911/69, o qual dispõe que a existência de pedido de recuperação judicial ou extrajudicial pelo devedor não impede a distribuição da ação de busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia. Apesar de tecnicamente correta, esse dispositivo pode gerar uma problemática criticável, especialmente por desprestigiar o instituto da recuperação judicial. Explique-se.

Em se baseando na questão da propriedade, o dispositivo se mostra correto e elucidativo. Uma vez que o bem pertence ao credor fiduciário, não integra o patrimônio do devedor que pleiteou a recuperação judicial, de modo que a sua retirada, em tese, não causaria lesões aos demais credores do fiduciante. Vale lembrar que o devedor somente tem uma expectativa de que obterá a propriedade plena do bem ao final do contrato de alienação fiduciária, devendo, para tanto, arcar com todas as suas obrigações.

Contudo, vale a reflexão de que, por vezes, a situação ruim do devedor em sua atividade empresarial pode ter sido a causa do inadimplemento no contrato financiamento, do qual a alienação fiduciária é acessória. Caso o devedor obtenha sucesso no pleito e seja colocado em recuperação judicial, o contrato de alienação fiduciária poderia ser preservado, seja por meio de renegociações ou porque, antes do ajuizamento da ação de busca e apreensão, o devedor buscou quitar os débitos em atraso extrajudicialmente. Dessa forma, ter-se-ia resultados mais úteis para todos os envolvidos, pois o bem continuaria com o devedor e o credor continuaria a obter as parcelas contratadas (nas quais estão embutidas um valor a

título de juros previamente estabelecido pelo contratante como retribuição ao empréstimo concedido).

Permitir a retomada do bem pelo credor - ainda que tecnicamente correto por ser ele o proprietário - é elidir o devedor dos meios de produção necessários para sanar as suas pendências comerciais, impossibilitando-o, ainda que tenha sido concedida a recuperação judicial, de honrar compromissos com os seus outros credores, bem como para com a própria instituição financeira credora-fiduciária, a qual teria muito mais a ganhar na continuidade do contrato.

E não se olvide que a própria Lei n. 13.043/14 inovou com as previsões dos art. 2º, §4º e art. 3º, §15 do Decreto-Lei n. 911/69, aplicando a ação e busca e apreensão aos contratos de arrendamento mercantil, modalidade de negócio jurídico muito utilizada nos meios empresariais, por exemplo, com maquinários e instrumentos de maior custo de aquisição. A retomada desses bens, sem dúvida, representará uma grande dificuldade - ou, até mesmo, o fim da possibilidade - daquele empresário ou sociedade empresária se reerguer financeiramente, o que acabará, ainda, repercutindo em outras pessoas, como os seus empregados e fornecedores.

Tudo isso só reforça o fato de que a mora do devedor não gera o inadimplemento absoluto do contrato de alienação fiduciária, pois a prestação ainda se mostra útil ao credor e ao devedor, tendo ambos muito mais a ganhar com a manutenção do contrato.

Portanto, em que pese o amparo jurídico que o art. 6º-A Decreto-Lei n. 911/69 possua, a previsão legal abre portas para o incremento de uma situação já complicada de certos devedores, podendo lhes cerrar as portas da recuperação judicial, encaminhando-os diretamente para a falência, o que acarreta prejuízos a todo um conjunto de agentes

econômicos, privilegiando-se apenas um deles - o qual já é dotado de outras garantias legais e cujo bem não seria afetado pela concessão da recuperação judicial.²¹⁷

3.4.2. O nítido privilégio insculpido no art. 1.368, parágrafo único, do Código Civil

Uma segunda reflexão se faz sobre a polêmica inovação introduzida pelo art. 1.368, parágrafo único, do Código Civil, criadora de uma grande vantagem incomparável para os credores fiduciários. Segundo o dispositivo, aquele que se valer da alienação fiduciária, ao obter a propriedade plena do bem - seja por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma - somente passará a responder pelo pagamento dos tributos, das taxas, das despesas condominiais e de outros encargos (tributários ou não) que recaiam sobre a propriedade e a posse do objeto da garantia a partir da data em que for imitado na posse direta daquele bem.

Em outras palavras, o credor fiduciário, apesar de verdadeiro proprietário do bem objeto de garantia desde a formação do contrato, apenas responderá por eventuais débitos tributários ou de outra natureza que venham a surgir depois que ele retomou a posse plena do bem. Simplificadamente, o credor recebe o bem de volta “limpo”. A situação se aproxima bastante a uma forma de aquisição originária, o que se mostraria um verdadeiro paradoxo, já que, conforme repetido diversas vezes, o credor fiduciário já é o proprietário do bem, não fazendo sentido em readquiri-lo. Ademais, a consolidação da propriedade em suas mãos que ocorre no procedimento de busca e apreensão apenas lhe devolve o aspecto da posse direta

²¹⁷ Essa crítica, destaque-se, tem um significado mais expressivo do ponto de vista econômico, no que diz respeito a relação de agentes econômicos (empregados, fornecedores, consumidores etc) que sairiam prejudicados pela retomada do bem pelo credor fiduciário e conseqüente esvaziamento das possibilidades daquele devedor de salvar sua atividade. Ademais, essas reflexões podem parecer vazias ao se considerar empresas de grande porte com diversos estabelecimentos e amplas atividades; porém abre portas para que seja usada (e será) com os empreendimentos não tão robustos, os quais tem muito menos poder de recuperação se aleijados de certos instrumentos necessários a suas atividades.

que estava com o devedor, não lhe repassando a propriedade em si. A situação vislumbrada soa, no mínimo, estranha.

A despeito disso, como consequência natural, surge uma questão um tanto óbvia: quem será responsável pelas dívidas pretéritas? A resposta é de igual clareza: o já endividado devedor-fiduciante, que não pôde honrar as parcelas do financiamento, nem teve como pagar o valor total da dívida apresentada na inicial da ação de busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia.

A reflexão crítica que se faz ao presente dispositivo é que tal inovação se constitui em uma vantagem muito grande aos credores-fiduciários, os quais são os reais proprietários dos bens objeto das garantias desde o momento em que se firmou o contrato de financiamento (mútuo) e o contrato de alienação fiduciária (acessório). Em que pese a propriedade ser resolúvel, isso não altera a situação do credor-fiduciário. Ademais, desde o princípio desse negócio jurídico, o proprietário tinha ciência dos riscos que aquela contratação envolvia, inclusive o de ver o seu bem - da qual tinha apenas posse indireta - sofrer diversos ônus e consequências jurídicas advindas das condutas realizadas pelo devedor-fiduciante. Todavia, tais riscos já estavam sopesados e embutidos nos valores dos contratos firmados, bem como sabe esse credor que os eventuais débitos feitos pelo devedor sobre o objeto da garantia podem ser recobrados na via judicial, caso venha a ter que responder por algum deles por sua condição de proprietário. E, ainda, para reaver esses valores, a depender do caso, a “via expressa” da ação de busca e apreensão do Decreto-Lei n. 911/69 lhe serviria perfeitamente.

O que se quer demonstrar é que o risco desse credor já estava devidamente abarcado no contrato firmado (um risco médio) e que ele também disporia dos mesmos meios que outros credores para reaver os prejuízos sofridos (alguns, em verdade, até melhores).

Contudo, não se engane, o intérprete, quanto à intenção dessas críticas. A inovação legislativa não se mostra problemática por conta de não repassar os débitos feitos pelo

devedor-fiduciante para o credor-fiduciário, o qual nada tem a ver com a origem deles. A real problemática está em se privilegiar um credor que, em regra, já é forte e cheio de meios ágeis para reaver seu investimento em detrimento de todos os demais credores envolvidos nessa mesma problemática.

Em outras palavras, o credor-fiduciário retoma seu bem “limpo”, sem quaisquer pendências, podendo aliená-lo judicial ou extrajudicialmente e reaver o seu investimento ou, caso não seja suficiente, cobrar o resto do devedor²¹⁸; porém, os demais credores do devedor não receberão qualquer valor obtido com a venda do bem, tendo que cobrar suas dívidas pela via judicial, acionando um devedor que não teve condições de arcar com um financiamento e que, provavelmente, não poderá honrar os demais débitos.

Dessa forma, um credor terá como, ao menos, diminuir as perdas sofridas, enquanto os demais, possivelmente, terão que amargar a integralidade dos prejuízos. Lembrando que, por conta da redação do art. 1368-B, parágrafo único, do Código Civil, os débitos não pagos poderão causar prejuízos para além do Poder Público, uma vez que a inadimplência em relação a tributos – seja na esfera federal, estadual, distrital ou municipal – refletem diretamente sobre o orçamento do ente (na arrecadação) e, indiretamente, sobre a população como um todo, por dificultar a realização das políticas públicas. Ou seja, voltaram-se os olhos demasiadamente para um particular e se esqueceram dos demais envolvidos naquela relação jurídica, os quais também amargarão prejuízos que podem até refletir sobre terceiros estranhos ao negócio jurídico.

3.4.3. A aplicação do procedimento da ação de busca e apreensão aos contratos de arrendamento mercantil

²¹⁸ O que pode ser feito por meio da conversão da ação de busca e apreensão em execução, conforme será explicado posteriormente.

O terceiro ponto de reflexão diz respeito a ampliação do âmbito de utilização dos ditames que regem a ação de busca e apreensão, pois essas disposições passaram a valer para os casos de reintegração de posse de veículos que foram objeto de operações de arrendamento mercantil.

As previsões trazidas nos art. 2º, §4º e art. 3º, §15 do Decreto-Lei n. 911/69 permitem a aplicação das questões referentes à mora e à liminar de busca e apreensão ao instituto da Lei 6.099/74. Desse modo, permite-se a aplicação da previsão sobre a alienação do bem pelo credor quando do inadimplemento, bem como a questão da purgação da mora (art. 2º, §2º, do Decreto-Lei n. 911/69) e, ainda, a concessão de liminar para a recuperação do veículo, inclusive em sede de plantão judiciário.

Obviamente, a expansão de aplicação desses mecanismos previsto no Decreto-Lei n. 911/69 aos contratos de arrendamento mercantil visa trazer maior segurança aos credores desse negócio jurídico, bem como lhes facilitar a retomada dos bens e a resolução do acordo após o inadimplemento do devedor.

Nitidamente, porém, essas alterações refletem uma preocupação apenas com um dos personagens da relação econômica, o credor, constituindo um nítido privilégio às instituições financeiras, já que são elas as principais utilizadoras dessas modalidades contratuais. O consumidor, do outro lado da relação, restará mais prejudicado pela expansão dos privilégios já insculpidos nas normas do Decreto-Lei n. 911/69.

Em que pese a argumentação de que tais mudanças, ao trazerem maior segurança aos credores, refletem na maior disponibilização do crédito e em melhores condições no mercado, estimulando a economia, isso não se verifica. Como já visto, a maior parte desse crédito é voltada para incentivar o consumo, ou seja, é colocado à disposição dos consumidores para que estes possam adquirir mais bens e, assim, movimentar a economia. Essa visão keynesiana traz consequências nefastas, tais como a situação de superendividamento e a alta taxa de

inadimplência dos consumidores brasileiros²¹⁹, não refletindo verdadeiramente em menores taxas de juros²²⁰, por exemplo. Ademais, cabe novamente a crítica feita pela escola austríaca de economia, de que o foco dessas ações governamentais econômicas - ainda que se manifestem por meio de inovações legislativas - deveria estar no incentivo aos meios de produção e não no consumo, uma vez que não é este o responsável pela geração de riquezas.

Assim, deve-se refletir que os principais problemas referentes ao procedimento da busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia também serão encontrados nas ações relacionadas ao contrato de arrendamento mercantil. Em vista do comando do art. 2º, §4º, do Decreto-Lei n. 911/69 fazer referência específica ao *caput* e ao §2º do mesmo artigo, será possível ao credor no arrendamento mercantil vender o bem no caso de inadimplemento ou mora, bem como essa mora será *ope legis*, já que decorrerá do simples vencimento do prazo de pagamento, podendo ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento (sendo desnecessária a assinatura do devedor²²¹). Além disso, por conta da previsão do art. 3º, §15º do Decreto-Lei n. 911/69 fazer referência a todo o artigo, será possível a aplicação da liminar para reaver o veículo nas ações de reintegração de posse, inclusive em sede de plantão judiciário, o que, como se viu, padece de insuperável inconstitucionalidade.

Portanto, a conclusão da reflexão sobre esse ponto é de que os problemas apresentados pelo instituto da alienação fiduciária em garantia do Decreto-Lei n. 911/69 agora também

²¹⁹ Segundo levantamento realizado pelo Serasa Experian, cerca de 59 milhões de brasileiros começaram o ano de 2016 na lista de inadimplentes, sendo que o total das dívidas chega a R\$ 255.000.000.000,00 (duzentos e cinquenta e cinco bilhões de reais). Disponível em: <<http://noticias.serasaexperian.com.br/inadimplentes-batem-recorde-historico-59-milhoes-comecam-o-ano-no-vermelho/>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

²²⁰ No mês de dezembro do ano de 2015, os juros cobrados pelos bancos nos empréstimos para pessoas físicas, excluindo o crédito imobiliário e rural, registraram o maior aumento anual da série histórica revisada do Banco Central (logo, dos últimos quatro anos), somando 63,7% ao ano, um aumento de 14.1 pontos percentuais. O elevado valor das taxas de juros no Brasil é algo tão perceptível e absurdo que, segundo a notícia do G1, o jornal norte-americano “New York Times” disse em reportagem publicada que os juros praticados no Brasil em certas linhas de crédito (citando os cartões de crédito) “fariam um agiota americano sentir vergonha”. Uma análise mais completa dos dados das taxas de juros no Brasil, bem como a taxa de inadimplência pormenorizada podem ser encontrados na reportagem do site G1 intitulada “Juro bancário tem maior alta anual em 4 anos e inadimplência avança”, a qual cita os dados fornecidos pelo próprio Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2016/01/juro-bancario-tem-maior-alta-anual-em-4-anos-e-inadimplencia-avanca.html>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

²²¹ Essa questão já foi sucintamente criticada em momento anterior e será mais bem analisada no quarto capítulo.

serão vivenciados pelos sujeitos envolvidos nos contratos de *leasing*, beneficiando-se, tão somente, os credores desses contratos - os quais são, em sua maioria, instituições financeiras, já dotadas de diversos privilégios em relação aos demais agentes econômicos.

3.5. Brevíssimos apontamentos sobre a recente Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5.291/SP como exemplo de reação às modificações feitas pela Lei n. 13.043/14

Ao longo do presente trabalho, principalmente neste terceiro capítulo, buscou-se realizar apontamentos, críticas e reflexões acerca das diversas das modificações trazidas pela Lei n. 13.043/14, em especial aquelas que tocaram diretamente ao instituto da alienação fiduciária - mais especificamente às mudanças referentes ao Decreto-Lei n. 911/69. Não é surpresa que as situações problemáticas e as graves consequências que podem resultar dessas alterações introduzidas pela Lei n. 13.043/14 tenham chamado a atenção de diversos juristas, bem como de organizações e de entidades representativas de classes.

Em vista de tudo isso, o Instituto Nacional de Defesa do Consumidor (IDECON), atuando prontamente na defesa das garantias dos consumidores de todo o país, propôs a Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5.291/SP²²², em 02/04/2015, questionando a constitucionalidade do art. 101, da Lei n. 13.043/14 - dispositivo que trouxe as modificações no Decreto-Lei n. 911/69.

Em breve síntese, o IDECON vislumbra problemas com as previsões inseridas, apontando que elas seriam contrárias a jurisprudência que estava consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, o que trouxe benefícios e privilégios discrepantes aos credores fiduciários - que são em sua maioria bancos - em detrimento dos devedores, essencialmente consumidores, protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

²²² Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5.291/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5291&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 set. 2016.

Além disso, aponta a inicial que as alterações impõem mudanças bruscas na vida e organização dos tribunais do país, especialmente quanto ao plantão judiciário, em vista de procedimentos que visam beneficiar esses credores específicos.

Por fim, o instituto apresenta ampla argumentação pela ausência de aderência temática às emendas ao projeto de conversão que resultou na Lei n. 13.043/14, demonstrando a falta de congruência com o objetivo inicial da proposição legislativa, o que causaria uma inconstitucionalidade formal por violação aos art. 59 e 62 da CRFB, conforme entendimento do STF na ADI 3.288/MG²²³.

Até a conclusão do presente trabalho, a ADI 5.291/SP já havia sido recebida pelo relator, Ministro Marco Aurélio, e teve parecer do Procurador-Geral da República, aguardando, ainda, a manifestação do Advogado-Geral da União.

²²³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.288/MG. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3288&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 set. 2016.

4 – A QUESTÃO DA MORA NO PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA: CRÍTICAS E ALTERNATIVAS AO SISTEMA COM BASE NA PRINCIPIOLOGIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO MODERNO

Após o exame do procedimento da ação de busca e apreensão previsto no Decreto-Lei n. 911/69 e a verificação de algumas das situações problemáticas advindas das mudanças feitas pela Lei n. 13.043/14, passa-se à análise da questão mais controversa envolvendo esse instituto e que já fora apontada diversas vezes ao longo do estudo: a possibilidade de purgação da mora.

Todavia, primeiramente se deve compreender o conceito e a relevância da mora no ordenamento jurídico, a fim de que se tenha a devida dimensão dos efeitos gerados para as partes com a ocorrência dessa situação jurídica, especialmente no que toca ao contrato de alienação fiduciária em garantia e a ação de busca e apreensão do Decreto-Lei n. 911/69.

Então, finalmente, será o momento de proceder à análise crítica da questão da purgação da mora no contrato de alienação fiduciária em garantia do Decreto-Lei n. 911/69, verificando-se a argumentação desenvolvida no RESP n. 1.418.593/MS que sedimentou a posição atual da jurisprudência pátria.

4.1. Conceituação e explicações básicas sobre a mora no ordenamento jurídico

Nas lições do mestre Caio Mário da Silva Pereira²²⁴, compreende-se que a mora é o “[...] retardamento injustificado da parte de algum dos sujeitos da relação obrigacional no tocante à prestação”. Não só em relação tempo, como também pelo modo, quantidade e outras

²²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. Ed. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 293.

circunstâncias que não sejam cumpridas conforme o acordado podem levar à mora de um dos sujeitos. A mora é, pois, a “inexecução da obrigação”²²⁵.

A situação estudada no presente trabalho se refere à mora *solvendi* ou *debendi*, que é a mora do devedor, uma vez que, em vista do não pagamento da prestação, o credor fiduciário deseja se valer da ação de busca e apreensão do Decreto-Lei n. 911/69 para reaver o bem objeto da garantia. Para que se configure essa mora, segundo leciona o renomado civilista²²⁶, há necessidade de três fatores: exigibilidade imediata da obrigação, inexecução culposa e constituição em mora.

A exigibilidade imediata, que pressupõe a liquidez e a certeza²²⁷, significa que ocorreu o vencimento da prestação. Na alienação fiduciária existem todos os elementos apontados, uma vez que desde a contratação o valor das parcelas é estipulado e conhecido por ambos, o mesmo podendo-se dizer quanto ao vencimento.

A culpa do devedor é elemento essencial, reconhecido no art. 396 do CC. Não haverá mora se não houver fato ou omissão que seja imputável ao devedor, de forma que o retardo no cumprimento da obrigação gera uma presunção *iuris tantum* da conduta culposa, mas que poderá ser afastada se o devedor demonstrar que o atraso ocorreu por evento cujos efeitos não teve condições de evitar ou impedir. Na ação de busca e apreensão da alienação fiduciária, a presunção da conduta culposa só pode ser afastada pelo devedor quando oferecer resposta, o que não interrompe, nem impede que haja a consolidação da propriedade plena nas mãos do credor fiduciário após o prazo de cinco dias do cumprimento da liminar, conforme o art. 3º, §1º, do Decreto-Lei n. 911/69.

Quanto ao fator da constituição em mora, essa pode ocorrer em duas modalidades: *ex re* ou *ex persona*. De acordo com o art. 397, *caput*, do CC, a mora *ex re* é aquela que se

²²⁵ Ibid.

²²⁶ Ibid., p. 294-296.

²²⁷ Explicando sucintamente, a certeza diz respeito à existência de uma dívida que decorra de uma obrigação (convencional ou não) de prestação determinada, enquanto a liquidez representa que, além da certeza do débito, tem-se apurado o montante ou individualizada a prestação que deve ser realizada.

configura quando a parte, no termo acordado, descumpre uma obrigação positiva e líquida. Em síntese, segundo Thiago Ferreira Cardoso Neves²²⁸, o mero descumprimento da obrigação no termo já o torna inadimplente. Já a mora *ex persona*, prevista no art. 397, parágrafo único, do CC, ocorre quando o sujeito deixa de cumprir uma obrigação que não tinha termo, devendo ser constituído em mora por meio de uma interpelação judicial ou extrajudicial.

Aplicando-se tais conceitos à alienação fiduciária, não há dúvidas de que o caso é de mora *ex re*, já que o devedor se obrigou a pagar uma dívida que é positiva, líquida e com termo certo estabelecido contratualmente (ainda que sejam vários termos referentes às parcelas de um financiamento). Essa conclusão resta corroborada pelo texto do comando legal contido no art. 2º, §2º, do Decreto-Lei n. 911/69²²⁹ e por amplo entendimento jurisprudencial²³⁰.

Nesse ponto, cabe ressaltar, como já visto, que a legislação especial exige, para a concessão da liminar de busca e apreensão, que o credor comprove a mora do devedor, o que pode ser feito por meio de uma carta com aviso de recebimento. Contudo, não se imagine que a necessidade de ciência do devedor altere a natureza da mora, tornando-a *ex persona*, pois o dispositivo legal é bem claro ao determinar que tal notificação apenas tem propósito quando se deseja o deferimento do pedido liminar da busca e apreensão, não alterando o momento da constituição em mora em si. Inclusive, esse é o entendimento tratado na Súmula 72 do STJ²³¹.

Portanto, a notificação judicial ou extrajudicial não traz novo termo para a mora do devedor, tão somente lhe traz a ciência daquela situação e de que será futuramente

²²⁸ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 42-43

²²⁹ Dispõe o art. 2º, §2º, do Decreto-Lei n. 911/69: “§2º. A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário.”

²³⁰ Citem-se como precedentes: AgRg no AREsp 385511/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014; e AgRg no REsp 1194119/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%20em%20Teses%202014.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2016.

²³¹ Dispõe a Súmula n. 72 do STJ: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”.

desapossado do bem por meio dos instrumentos legais - mas antes que possa exercer qualquer manifestação em sua defesa na via judicial, em razão do procedimento da ação de busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia. Ademais, sendo tal notificação extrajudicial, acaba-se por dar ao devedor uma última oportunidade extrajudicial de quitar o débito existente e não ter que sofrer a ação judicial de retomada do bem.²³²

Configurada a mora, a parte responderá pelos efeitos específicos, o que, no contrato em estudo, poderá significar a perda da posse direta do bem objeto da garantia. Contudo, explica Caio Mário²³³ que no período clássico do Direito romano, “[...] Celso²³⁴ aceitou, sob a inspiração da equidade, que aquele que estivesse em mora pudesse reestabelecer a obrigação e dar-lhe cumprimento, emendando a falta cometida – *emendatio vel purgatio morae*”.

O Direito brasileiro seguiu essa tradição de recuperação da obrigação. Ressalva o mestre, porém, que nem sempre é possível tal recuperação. Exemplifica que ela é inadmissível quando o atraso se confunde com a inexecução cabal, quando a prestação se torna inútil ao credor. Também cita como inaceitável a purgação na situação em que a consequência jurídica da mora - legal ou convencional - seja a resolução do negócio, o que produziria efeitos irremediáveis. Esse segundo exemplo é particularmente importante ao caso em estudo, uma vez que o art. 2º, §3º, do Decreto-Lei n. 911/69 faculta ao credor considerar vencidas todas as obrigações contratuais, o que levaria à resolução do contrato. Esse dispositivo é alvo de críticas doutrinárias e é o cerne da argumentação desenvolvida no voto do Ministro Marco Buzzi, o que será visto nos próximos tópicos.

²³² NEVES, op. cit., p. 43.

²³³ PEREIRA, op. cit., p. 300-302.

²³⁴ Celso é um jurista que atuava na vigência do direito romano, sendo citado por diversos autores como um civilista da época.

Dessa forma, quando a prestação ainda é aproveitável, não conjugada com a rescisão do negócio jurídico, a mora pode ser purgada, conforme prevê o art. 401 do CC²³⁵. Nesse sentido, percebe-se que nem sempre que ocorra a mora de uma das partes haverá o inadimplemento absoluto, ou seja, a situação em que a prestação contratual se torne inútil aos envolvidos. Como se verá adiante, na alienação fiduciária em garantia do Decreto-Lei n. 911/69, também não há essa equivalência, porque o pagamento das parcelas na forma original continua útil a ambas as partes, ou seja, a continuidade do contrato se mostra como a solução mais adequada aos anseios dos contratantes.

Nessa mesma linha, Thiago Neves²³⁶ explica que o ato de purgação só tem sentido quando a prestação contratual ainda for útil para o credor, do contrário, estar-se-á diante de um caso de inadimplemento absoluto, desfazendo-se o vínculo jurídico por ausência do interesse do credor na continuidade do negócio jurídico, não havendo que se cogitar de purgar a mora, ainda que a lei preveja essa possibilidade.

Por todo o exposto, em face do conteúdo do art. 401 do CC, conclui-se que a purgação da mora é considerada um direito do devedor, desde que a prestação retardada se mostre ainda útil às partes, bem como não haja um efeito resolutivo automático quando da ocorrência do atraso.

4.2. A controvérsia acerca da possibilidade da purgação da mora: uma análise crítica e principiológica do RESP n. 1.418.593/MS

A forma de purgação da mora foi, sem sombras de dúvida, o aspecto mais controvertido durante a década que se passou desde a edição da Lei n. 10.931/04 até o

²³⁵ Dispõe o art. 401 do CC: “Art. 401. Purga-se a mora: I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta; II - por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data”.

²³⁶ NEVES, op. cit., p. 47.

juízo feito pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial n. 1.418.593/MS, escolhido como recurso repetitivo representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC/73. Em que pese a solução encontrada ter traçado uma resposta uniforme a ser dada pelo Poder Judiciário, ela se mostra passível de críticas e de reflexões por não ter sido a melhor resposta à problemática existente em razão de não atender ao estado ideal de coisas buscado pelos princípios que influem diretamente sobre esse negócio jurídico.

Contudo, didaticamente, antes de se proceder às críticas aos argumentos utilizados na decisão que fixou o precedente, faz-se mister compreender quão tumultuada e insegura era a situação da purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária baseados no Decreto-Lei n. 911/69.

Posteriormente, tendo-se vislumbrado a problemática que existia e tendo sido feitas as críticas e as reflexões necessárias à resposta jurisprudencial, propor-se-á uma solução que atenda tanto aos comandos legais quanto aos princípios do ordenamento jurídico pátrio relevantes a esta questão.

4.3. A dúvida quanto à possibilidade de purgação da mora após a Lei n. 10.931/04 e as decisões conflitantes que geraram insegurança jurídica

Como visto, a purgação da mora *debendi* consiste em apagar os efeitos danosos causados ao credor pelo devedor em vista do atraso no cumprimento da sua obrigação.

No primeiro capítulo do presente estudo, quando da análise das modificações legislativas ao Decreto-Lei n. 911/69, notou-se que a redação original daquele diploma previa a possibilidade de purgação da mora, no prazo de três dias, quando o devedor já tivesse pago ao menos 40% da dívida. Optando pela purgação, o juiz remetia os autos ao contador para o cálculo do débito existente e marcava data para o pagamento, em prazo não superior a dez

dias. Até então, pacífico era o entendimento pela possibilidade de purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais, o que foi corroborado pela já citada Súmula nº 284 do STJ²³⁷.

Entretanto, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.931/04, surgiu uma grande dúvida nos doutrinadores e nos tribunais quanto à possibilidade de o devedor se valer da purgação da mora em razão da nova redação do art. 3º, §2º, do Decreto-Lei n. 911/69. Como já visto reiteradas vezes, o dispositivo prevê que, no prazo de cinco dias após o cumprimento da liminar de busca e apreensão, o devedor-fiduciante: “[...] poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus”.²³⁸

A problemática principalmente estava em alguns termos do dispositivo, tais como as expressões “integralidade”, “dívida pendente”, “valor apresentado pelo credor na inicial” e “o bem lhe será restituído livre do ônus”. Dessa forma, a questão sobre a possibilidade ou não da purgação da mora na ação de busca e apreensão da alienação fiduciária em garantia do Decreto-Lei n. 911/69, durante um longo período, gerou intensa discussão na doutrina e nos tribunais nacionais, com entendimentos conflitantes e divergentes entre câmaras e turmas, de sorte que houve diversos casos concretos em que se permitiu a realização da purga da mora pelos valores vencidos, enquanto que em outros se exigiu o pagamento integral da dívida e, ainda, em outros se negou essa solução²³⁹.

²³⁷ Dispõe a Súmula n. 284 do STJ: “A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado.”

²³⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm> Acesso em: 09 ago. 2016.

²³⁹ Segundo Thiago Neves, especialmente durante esse período de incertezas, haveria quatro principais posições acerca da purgação da mora: 1ª) não há mais a purgação nesses contratos, pois se deveria pagar as parcelas vencidas e vincendas, encerrando-se o contrato (o que equivaleria a um vencimento antecipado do contrato); 2ª) há a purgação da mora, a qual ocorre apenas pelo pagamento das parcelas vencidas e dos demais consectários legais; 3ª) há a purgação da mora, mas se exige o pagamento das parcelas vencidas e das vincendas, ou seja, deve pagar toda a dívida (todavia, essa posição não considera a equivalência da situação ao vencimento antecipado, não considerando a quitação do contrato); e 4ª) não há mais a purgação da mora prevista no Decreto-Lei n. 911/69, porém o devedor pode-se valer do instituto com base e na forma do art. 395 e seguintes do Código Civil. NEVES, op. cit., p. 47-50

Reproduzem-se algumas ementas que ilustram a insegurança jurídica existente, tanto no âmbito do STJ, quanto nos demais tribunais pátrios:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. Alienação fiduciária. Ação de Busca e Apreensão. Decreto Lei 911/69. Purgação da mora. - 2. As modificações introduzidas no Decreto Lei 911/69, pela Lei 10.931/ 2004, não afastaram a possibilidade de o devedor fiduciário purgar a mora, sendo que a expressão “integralidade da dívida pendente”, deve ser entendida como sendo das parcelas vencidas até então e não do valor total do contrato de mútuo. Como admitir a mora de prestação ainda não vencida? Incidência do art. 401, CC. - 3. Ademais, a exigência de pagamento de todas as prestações avençadas, de forma adiantada, ensejaria obrigatório abatimento ao devedor (CDC, art. 52, § 2º, CDC), além do que a admissão da cláusula resolutória expressa, nos contratos de adesão, deve ser alternativa, cabendo ao consumidor a escolha (CDC, art. 54, § 2º, CDC), ressaltado o princípio da preservação dos negócios jurídicos. - 4. Recurso manifestamente improcedente. Negativa liminar de seguimento, com aplicação do art. 557, do CPC.²⁴⁰

Esse julgado, assim como outros²⁴¹, demonstra o entendimento daqueles que aceitavam a purgação da mora apenas pelas parcelas vencidas. Em suma, a “dívida pendente”

²⁴⁰ Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0065364-60.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulo Maurício Pereira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046B8819E71EB540DBE00D3AFA8BCE063BC50252255D05>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

²⁴¹ Alguns outros exemplos: “AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ARRENDAMENTO MERCANTIL - PURGAÇÃO DA MORA. ADMISSIBILIDADE - ANALOGIA ÀS REGRAS DAS ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - APLICAÇÃO DO CDC EM CONSONÂNCIA COM O DECRETO-LEI Nº 911/69, ART. 3º, ALTERADO PELA LEI Nº 10.931/04 – POSSIBILIDADE DE DEPÓSITO DAS PARCELAS VENCIDAS, ACRESCIDAS DOS ENCARGOS LEGAIS – DEPÓSITO REALIZADO, AUSENTE IMPUGNAÇÃO OPORTUNA QUANTO AO DEFERIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.” (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0009659-93.2011.8.26.0019. Relator: Desembargador Francisco Casconi. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_00096599320118260019_4db0a.pdf?Signature=A41Yei7WLLjDQMpqniUx68Nv%2B%2BA%3D&Expires=1480438957&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=822c9cf1ed0efd114155a7ddf832cfc1>. Acesso em: 29 nov. 2016); “AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECRETO-LEI Nº 911/69 - BUSCA E APREENSÃO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - PURGA DA MORA - PARCELAS VENCIDAS COM OS ACRÉSCIMOS CONTRATUAIS. O § 2º, do artigo 3º, do Decreto-lei nº 911/69, afirma que o devedor deverá pagar a integralidade da dívida pendente. Por dívida pendente entende-se o valor das parcelas vencidas, pois, com isso, retorna-se à normalidade contratual. Portanto, basta o pagamento das parcelas vencidas, com os acréscimos previstos contratualmente, para que a mora seja purgada. Recurso não provido.” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 0388580-42.2013.8.13.0000. Relator: Desembargador Veiga de Oliveira. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10223120209430002>. Acesso em: 29 nov. 2016); “BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECRETO-LEI 911/69. PURGAÇÃO DA MORA. VALOR DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS. ALIENAÇÃO DO BEM. PRORROGAÇÃO DO LAPSO TEMPORAL. IMPOSSIBILIDADE. Correto que se aguarde o decurso do prazo de cinco dias para alienação do bem. No depósito realizado para purga da mora, deve-se exigir, apenas, o valor do débito existente no momento, acrescido dos acessórios, sendo vedada inclusão, nos cálculos, das parcelas vincendas.” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 0171415-63.2013.8.13.0000. Relator: Desembargador Pereira da Silva. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10702130074355001>. Acesso em: 29 nov. 2016).

era compreendida como o valor vencido, de modo a se possibilitar o retorno à normalidade contratual, continuando o negócio jurídico estipulado. Em outras palavras, as parcelas vincendas não se enquadram no conceito de dívida pendente²⁴², sendo impossível a cobrança de obrigações inexigíveis²⁴³. Essa visão encontra justificativa no próprio princípio da função social dos contratos²⁴⁴, já que há para o consumidor a faculdade de manutenção da relação contratual. Ainda, o acórdão referido destaca o prejuízo sofrido pelo credor se houvesse o vencimento antecipado, por conta do abatimento proporcional.

²⁴² AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE VEÍCULO. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU A INTIMAÇÃO DA DEVEDORA PARA PUGAR A MORA PELO PAGAMENTO DA DÍVIDA VENCIDA. RECORRE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AO ARGUMENTO DE QUE O PAGAMENTO DEVE ABRANGER A INTEGRALIDADE DO DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. IN CASU, A PURGA DA MORA ALCANÇA SOMENTE AS PRESTAÇÕES VENCIDAS E NÃO O VALOR TOTAL DO CONTRATO, UMA VEZ QUE AS PARCELAS VINCENDAS NÃO INTEGRAM O CONCEITO DE DÍVIDA PENDENTE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO CONHECIDO. SEGUIMENTO NEGADO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0045742-92.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Jaime Dias Pinheiro Filho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F704A3EE36CEB31AF302367B7B0FA1D1C5025206322F>>. Acesso em: 29 nov. 2016).

²⁴³ AGRAVO DE INSTRUMENTO. Alienação fiduciária. Desnecessidade de registro do contrato junto ao Cartório de Títulos e Documentos para produção de efeitos entre as partes signatárias. Exigência restrita à oponibilidade perante terceiros. Precedentes deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. Possibilidade de restituição do bem ao devedor. Exegese da norma contida no art. 3, §2º, do Decreto-Lei 911/69. Extensão da expressão “integralidade da dívida pendente”. Termo que engloba apenas parcelas vencidas. Impossibilidade de cobrança de obrigações inexigíveis. Cláusula geral de interpretação em favor do devedor. Irrelevância da discussão em hipóteses de cláusula de vencimento antecipado da obrigação. Automática transmutação das parcelas vincendas em vencidas. Necessidade de pagamento integral da obrigação para restituição do bem. Acautelamento de veículo em pátio legal. Diárias. Contrato de alienação fiduciária em garantia. Responsabilidade pelo pagamento. Proprietário. Credor alienante. Manutenção da propriedade, embora resolúvel, do credor. Transferência apenas da posse direta ao devedor. Aplicação do aviso nº 59/09, da CGJ. Precedente deste Tribunal. Recurso parcialmente provido. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0053386-28.2009.8.19.0000. Relator: Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000333FE424AD7BB4EC903E15B8361A6438120C4022D144E&USER=>>>. Acesso em: 29 nov. 2016).

²⁴⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM MÓVEL. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU A INTIMAÇÃO DO DEVEDOR PARA PURGAR A MORA PELO PAGAMENTO DA DÍVIDA VENCIDA. 1. Controvérsia acerca da configuração da purga da mora. 2. Inteligência da vigente redação do Decreto-lei nº 911/1969, estabelecida pela Lei nº 10.931/2004. Pagamento das prestações vencidas e vincendas como faculdade do consumidor. Possibilidade de purga da mora, por força da incidência do princípio da função social do contrato. 3. A purga da mora se dá com o pagamento da "integralidade da dívida pendente", ou seja, da dívida vencida, e não das parcelas vincendas, já que estas ainda não se tornaram devidas. 4. Negado seguimento ao recurso. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0064324-43.2013.8.19.0000. Relator: Desembargadora Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041F6651CD6F7DA197903F505EDA488314C50255306046>>. Acesso em: 29 nov. 2016). Dessa decisão monocrática houve recurso especial, o qual permaneceu suspenso até a resolução obtida no RESP n. 1.418.593/MS.

No sentido oposto, compreendendo que Decreto-Lei n. 911/69 impôs o pagamento do valor integral contratado, pode-se citar a seguinte decisão:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DECRETO-LEI 911/69. CONSTITUCIONALIDADE. ALIENAÇÃO DO BEM PELO CREDOR E RETIRADA A COMARCA. POSSIBILIDADE. PURGA DA MORA. PAGAMENTO DAS PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS. VALOR INTEGRAL DO DÉBITO. NECESSIDADE. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. 1. O contrato de alienação fiduciária possui peculiaridades inerentes a sua espécie, devendo, no que tange à busca e apreensão do bem em face de inadimplemento, seguir as normas previstas no Decreto-lei 911/69. 2. Seguindo o processo pelo rito especial previsto no Dec-Lei 911/69, uma vez que não há ofensa ao devido processo legal, não se justifica a proibição de venda do bem após cinco dias do cumprimento da liminar de busca e apreensão e nem a sua retirada da comarca. 3. O simples fato de ter o devedor fiduciário adimplido parte do valor financiado que entende devido, por si só, não tem o condão de evitar a medida liminar de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. Somente após a efetiva purga da mora, com o pagamento da integralidade da dívida, é que pode o requerido pugnar pela reversão da medida. 4. Dar provimento ao recurso. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0702.13.013333-4/001, Relator(a): Des.(a) Sebastião Pereira de Souza, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/12/2013, publicação da súmula em 13/12/2013)²⁴⁵

Acrescente-se, ainda, que havia decisões em que os julgadores esclareciam a impossibilidade de purgação da mora após as alterações promovidas pela Lei n. 10.931/04, o que se exemplifica com a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. CONTRATO GARANTIDO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PURGAÇÃO DA MORA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 10.931/04. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA. SÚMULA 83 DO STJ. 1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental. 2. Com a nova redação do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 911/69, dada pela Lei 10.931/04, não há mais se falar em purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, devendo o devedor pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5 dias após a execução da liminar, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus. 3. A perfeita harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante desta Corte Superior impõe a aplicação, à hipótese dos autos, do enunciado Nº 83 da Súmula do STJ. 4. Agravo regimental não provido.²⁴⁶

²⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 0362794-93.2013.8.13.0000. Relator: Desembargador Sebastião Pereira de Souza. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10702130133334001>. Acesso em: 29 nov. 2016.

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RESP n. 1.183.477/DF. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1057424&num_registro=201000407146&data=20110510&formato=PDF>. Acesso em: 29 nov. 2016.

Merece destaque, ainda, um importante julgado que serve de inspiração para as análises e solução apresentadas posteriormente. Na apelação n. 0003978-64.2007.8.19.0024²⁴⁷, de relatoria do Desembargador Marco Antônio Ibrahim, do TJRJ, desenvolve-se uma densa argumentação pela possibilidade de purgação da mora, explicitando que o novo regime do Decreto-Lei n. 911/69 era extremamente gravoso aos consumidores, ressaltando que teria validade quando envolvessem outros agentes. Dentre outras explicações, demonstra-se a inexistência de prejuízo ao credor pelo recebimento das parcelas vencidas, reputando abusiva a cláusula de vencimento antecipado da dívida quando da mora, justamente por não ter se tornado inútil a prestação. Esses e outros argumentos serão melhor apresentados

²⁴⁷ Apelação. Civil. Decreto-Lei nº 911/69. Contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária. Lei nº 10.931/2004. Emenda da mora. Possibilidade. No que se refere à emenda da mora e antecipação do vencimento da dívida em contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária, tem sido recorrente a subsunção dos critérios de interpretação do Decreto-Lei nº 911/69 aos princípios protetivos do Código de Defesa do Consumidor. O art. 7º do CDC dispõe que, em relação aos direitos básicos do consumidor, pode o Magistrado se valer do juízo de equidade, daí porque se afigura lícito reconhecer que o devedor em mora tem direito a emendá-la, considerando-se abusiva (e, portanto, não escrita) a cláusula que disponha sobre o vencimento antecipado da dívida em caso de atraso no pagamento. Com a purga da mora não há nenhum prejuízo para o credor que, além do principal, recebe todos os encargos financeiros, ressarcido, ainda, das custas processuais e honorários de advogado. Entretanto, para o devedor que já pagou parte do preço, o impedimento à purgação da mora equivale à perda do bem, restando-lhe a risível garantia de receber o saldo que eventualmente existir após a alienação extrajudicial do veículo. O próprio Código Civil consolidou o entendimento doutrinário que vigorava no sistema anterior, ao estabelecer no parágrafo único do artigo 395 que o credor só pode enjeitar a prestação, devido à mora, se essa se tornar inútil. Ora, a ninguém ocorre que o pagamento de uma, ou mais, prestações em atraso, em contrato de financiamento, seja inútil para o Banco ou instituição financeira. Com a edição da Lei nº 10.931/2004 operou-se profunda alteração no regime da ação de busca e apreensão de bens adquiridos através de contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária. Dentre as modificações introduzidas por esta lei, avulta de importância a nova redação dada ao artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, cujo § 2º aboliu a faculdade de emenda da mora por parte do devedor fiduciante que, segundo a atual disciplina, só poderá desconstituir a liminar de busca e apreensão pagando a integralidade da dívida. Trata-se de norma extremamente gravosa aos interesses dos consumidores e que tem sido considerada, por alguns, inconstitucional. Na faina de interpretação da lei, entretanto, deve-se presumir que o legislador não edita normas inconstitucionais, sendo, pois, cabível a exegese de que as modificações introduzidas pela Lei nº 10.931/2004 simplesmente não se aplicam às relações de consumo. De outra forma, estar-se-ia admitindo que o legislador editou norma inconstitucional porque o art. 170 da Constituição Federal de 1988 traz norma expressa segundo a qual a Ordem Econômica tem por fim assegurar a justiça social observando, entre outros princípios, a defesa do consumidor. Assim, as disposições draconianas da nova lei podem ser aplicáveis àqueles contratos em que não haja relação de consumo porque, em relação a estes, deve-se entender a não incidência de certas disposições, a exemplo daquela que suprimiu a faculdade de emenda da mora, bem assim a que autoriza o vencimento antecipado da dívida. Recurso provido. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0003978-64.2007.8.19.0024. Relator: Desembargador Marco Antônio Ibrahim. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000374CFFF85848FCBED725470E23118740837C402123746&USER=>>. Acesso em 29 nov. 2016). O mesmo conteúdo decisório se repetiu no Agravo de Instrumento n. 0016835-20.2007.8.19.0000, no Agravo de Instrumento n. 0030893-28.2007.8.19.0000, no Agravo de Instrumento n. 0034819-17.2007.8.19.0000, dentre outros.

e explicados durante a análise dos julgados do STJ que sedimentaram o entendimento do assunto.

Apesar de toda a insegurança jurídica, somente em 2014 o STJ firmou posicionamento por meio do RESP n. 1.418.593/MS, na forma do art. 543-C do CPC/73, como se verá adiante.

4.4. A uniformização da jurisprudência acerca do tema: críticas e reflexões sobre a argumentação desenvolvida no RESP n. 1.418.593/MS e no RESP n. 1.287.402/PR

Em face da questão da possibilidade de purgação da mora somente pelas parcelas vencidas ou pela integralidade da dívida, consagrou-se o entendimento de que, na redação atual, os dispositivos legais indicavam a necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente, envolvendo tanto as parcelas vencidas quanto as vincendas, dentro do prazo de 5 dias previsto no art. 3º, §1º, do Decreto-Lei n. 911/69, pois somente assim haveria a restituição do bem sem qualquer ônus.

Apesar de não se ter dito expressamente na decisão, por conta das características dessa medida, não é difícil concluir que o tribunal não mais vislumbra a possibilidade de purgação da mora, mas sim a existência de uma hipótese de vencimento antecipado que gera a resolução do contrato, em vista da previsão legal. Isso porque o pagamento da integralidade da dívida leva à entrega do bem ao devedor, livre de qualquer ônus, significando que não haveria mais a propriedade fiduciária sobre o objeto da garantia, resolvendo-se o negócio jurídico com o recebimento pelo credor de todo o montante devido. Assim, ajuizada a ação e cumprida a liminar, o contrato já restaria resolvido, havendo apenas a possibilidade de o devedor ainda ter o bem mediante o pagamento da integralidade da dívida.

Vale destacar que os julgadores tiveram o cuidado de resguardar as situações pretéritas e compatibilizar a Súmula n. 284 do STJ com a solução que estavam construindo. Desse modo, ela não foi revogada com o atual entendimento do STJ, mas apenas teve seu âmbito de aplicação restrito aos contratos de alienação fiduciária feitos até a entrada em vigor da Lei n. 10.931/04, uma vez que a previsão contida na súmula era a mesma da redação original do art. 3º, §1º, do Decreto-Lei n. 911/69.

Eis a ementa do RESP n. 1.418.593/MS²⁴⁸:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA NO PRAZO DE 5 DIAS APÓS A EXECUÇÃO DA LIMINAR.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária".

2. Recurso especial provido.

Para uma melhor compreensão do conteúdo dessa decisão, passa-se, primeiramente, à análise da argumentação construída pelo relator, o Ministro Luis Felipe Salomão.

Desde o começo de seu voto, o relator deixou bem clara a sua posição, uma vez que igualou a expressão “pagamento integral da dívida” com a expressão “montante apresentado pelo credor na inicial”, equivalendo-as. Em outras palavras, demonstrou seu entendimento no sentido de que a “dívida pendente” seria o valor apresentado na inicial pelo credor, o qual, por sua vez, seria a integralidade da dívida - todo o montante contratado. Esta, pois, seria a quantia a ser paga para que houvesse a purgação da mora pelo devedor.

Ao comparar as redações originais e a atual, o ministro verificou que houve a supressão da expressão “purgação da mora”, entendendo que o texto seria de uma “[...] clareza

²⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.418.593/MS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1320592&num_registro=201303810364&data=20140527&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2016.

solar no tocante à necessidade de quitação de todo o débito, inclusive as parcelas vincendas”. Argumentou que o texto não só estabelece o pagamento da integralidade da dívida pendente, mas também que, nesse caso, haverá a restituição bem livre do ônus, o que corroboraria com o fato de se tratar de pagamento de toda a dívida, “[...] isto é, de extinção da obrigação, relativa à relação jurídica de direito material (contratual) ”²⁴⁹.

O relator atentou para o item n. 13 da Exposição de Motivos nº 00027/2004²⁵⁰, relativa à Lei n. 10.931/04, na qual se verifica que a intenção das mudanças legais seria agilizar a venda do bem retomado, preservando os interesses das partes, inclusive o devedor, pois se houvesse abuso nessa medida, haveria severa punição ao credor - o que efetivamente foi previsto no art. 3º, §6º, do Decreto-Lei n. 911/69.

Também apontou uma importante informação trazida por Melhim Namem Chalhub²⁵¹, na qual o jurista conta que, durante a tramitação do projeto daquela lei, foi proposta a Emenda n. 22 ao referido projeto, na qual se pugnava pela manutenção da faculdade da purgação da mora pelo devedor. Contudo, ela não foi acolhida, narrando que em seu lugar foi aprovada outra emenda, a qual “[...] embora preveja o pagamento da dívida depois do cumprimento da liminar de busca e apreensão, impõe ao devedor o pagamento integral do financiamento, e não apenas o pagamento das prestações vencidas”. O renomado jurista explicou, ainda, que essa nova redação visava a dar celeridade à venda do bem, especialmente para evitar sua deterioração.

²⁴⁹ Vide nota 248.

²⁵⁰ BRASIL. Exposição de Motivos nº 00027/2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2004/27.htm>. Acesso em: 09 ago. 2016). Dispõe o item n. 13: “13. Dessa forma, as alterações propostas ao Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, objetivam agilizar a venda do bem retomado, sem prejuízo ao mutuário, inclusive propiciando-lhe uma forma mais célere de quitação de sua dívida. Ademais, a fim de prevenir abusos por parte do credor fiduciário, foi estabelecida pesada multa, caso se constate irregularidades na venda pela instituição credora do bem alienado fiduciariamente, sem prejuízo de ação de perdas e danos futura. Com isso, garante-se ao mutuário a salvaguarda de receber o equivalente monetário do bem indevidamente alienado, mas também a compensação por qualquer dano que a venda do bem possa lhe ter provocado.”

²⁵¹ TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (O) *apud* RESP n. 1.418.593/MS, conforme nota 248.

Ressaltou, ainda, que não se poderia presumir uma imprevidência na escolha legislativa, pois é esse Poder Legislativo que está aparelhado para apreciar as limitações necessárias à autonomia privada em face a outros valores constitucionais, segundo Konrad Hesse²⁵². Assim, seria possível imaginar que o legislador sopesou as implicações sociais, jurídicas e econômicas de sua opção, restando insuscetível de controle jurisdicional essa matéria.

Ademais, o relator reproduziu os votos do Ministro Antônio Carlos Ferreira e da Ministra Maria Isabel Gallotti proferidos quando da apreciação do RESP n. 1.287.402/PR, julgado que teria pacificado o tema na Quarta Turma do STJ. O relator desse processo era o Ministro Marco Buzzi, o qual votou em sentido contrário, entendendo pela possibilidade da purgação da mora, sendo sua argumentação de imensa valia ao presente estudo, de forma que será apresentada posteriormente.

Continuando seu voto, o Ministro Salomão reafirma sua posição de não gerar insegurança jurídica e não violar o princípio da tripartição de poderes, de forma que não caberia ao Poder Judiciário, a pretexto de interpretar a norma, criar uma possibilidade de purgação da mora não prevista no decreto-lei. Nesse sentido, cita uma reflexão de Carlos Maximiliano²⁵³ sobre o juiz não poder esvair a essência da regra legal.

Ainda sobre os critérios interpretativos, relembra a regra hermenêutica de que prevalecem as regras específicas quando estas se confrontam com normas gerais do ordenamento jurídico. Nesse raciocínio, o ministro se vale da lição de Cláudia Lima Marques²⁵⁴, destacando o pensamento da autora de que a lei especial nova, geralmente, traz normas a par das já existentes, as quais são “[...] diferentes, novas, mais específicas do que as anteriores e que, como o CDC não regula contratos específicos, em casos de

²⁵² HESSE, Konrad *apud* RESP n. 1.418.593/MS, conforme nota 248.

²⁵³ Vide nota 248.

²⁵⁴ Vide nota 248.

incompatibilidade, há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios de especialidade e cronologia”.

Em vista disso, o relator conclui ser inegável, a partir da Lei n. 10.931/04, que houve a mitigação do princípio da conservação dos contratos, em vista do afastamento do art. 401 do CC. Consignou, porém, a possibilidade de aplicação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor naquilo que sejam compatíveis. Ressaltou, também, a possibilidade de transação no período após a execução da liminar como mecanismo de solução do conflito.

Por fim, apresentou vários julgados do próprio STJ que, ao longo dos anos, decidiam pela impossibilidade de purgação da mora somente pelas parcelas vencidas, já entendendo que a lei passava a exigir o pagamento integral dos valores. Ressalvou, ainda, como já dito, as situações pretéritas à Lei n. 10.931/04, resguardando a validade e aplicabilidade do enunciado da Súmula n. 284/STJ e da redação original do dispositivo, apresentando entendimento anterior do tribunal nesse mesmo sentido.

Antes de se adentrar ao outro voto relevante do julgado é importante tecer algumas críticas sobre o voto do relator.

Primeiramente, como apontado, ao igualar as noções de “dívida pendente” com o “valor apresentado na inicial”, desde o começo o ministro já demonstra a posição que viria a adotar, uma vez que não há uma equivalência imediata entre os termos, justamente porque tal conexão seria um dos pontos que deveria ser discutido no julgado. A equivalência só poderia ser pressuposta se fosse considerada a ocorrência da resolução do negócio jurídico em razão do inadimplemento - com base em cláusula contratual ou no disposto do art. 2º, §3º do Decreto-Lei n. 911/69 -, na qual restaria ao credor a cobrança pelo valor total. Sem essa situação prévia, poder-se-ia até chegar a um caso paradoxal, no exemplo do credor cobrar na petição inicial somente as parcelas vencidas e os demais consectários legais, de forma que ao devedor haveria a obrigação de pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores

apresentados pelo credor na inicial, o que não incluiria o valor das parcelas vincendas. Nesse exemplo, pois, ele pagaria exatamente o que a lei comanda e isto não representaria o montante integral. É em razão da grande importância da questão da permissão de resolução trazida pela lei que se dará atenção ao voto do Ministro Marco Buzzi posteriormente.

Outro ponto criticável é a argumentação quanto às regras hermenêuticas de especialidade e cronologia para afastar a incidência do CDC. Todavia, em que pese o código consumerista não prever contratos específicos, isso não é suficiente para seu afastamento. Conforme ensina Luis Alberto da Costa²⁵⁵, valendo-se das lições de Alf Ross, a aplicação da especialidade - e de outros critérios hermenêuticos - exige que haja uma relação de espécie e gênero entre as leis, de modo que a inconsistência das normas em conflito seja total-parcial. Contudo, como no caso em apreço²⁵⁶, há uma antinomia que Alf Ross chama de “inconsistência parcial-parcial”, ou seja, quando cada uma das duas normas possui um campo de aplicação que em parte entra em conflito com a outra, mas em outra parte não são produzidos conflitos (metaforicamente, “os campos de aplicação correspondem a dois círculos secantes”). Dessa forma, explica o autor que os critérios tradicionais se mostram insuficientes, porque, além das normas serem de mesmo nível hierárquico, não se aplicaria também o critério cronológico, já que essas leis dispõem sobre matérias distintas e, mesmo nos aspectos coincidentes, os fundamentos seriam totalmente diversos - enquanto uma dá proteção ao consumidor, a outra trata de aspectos estruturais da relação contratual. Ademais, explica que também não seria aplicável o critério de especialidade, uma vez que ambas as leis contêm

²⁵⁵ COSTA, Luis Alberto da. Normas especiais e antinomias nas relações de consumo: critérios tradicionais e perspectiva contemporânea. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21293>>. Acesso em: 24 out. 2016.

²⁵⁶ A situação analisada no presente trabalho se equivale, em grande parte, ao caso analisado pelo autor em seu estudo, já que neste trabalho a proposta é verificar incompatibilidades entre o CDC e uma lei regente de um contrato específica - o Decreto-Lei n. 911/69, e no trabalho citado o autor investigava a relação envolvendo também o CDC e uma legislação específica de uma espécie de contrato - no caso, a Lei n. 8.245/91. Em vista dessa proximidade situacional, possível a utilização das conclusões obtidas por aquele jurista.

regras que se aplicam, da mesma forma, tanto nos pontos coincidentes quanto no âmbito de aplicação não coincidente²⁵⁷.

Dessa forma, o CDC somente é considerado como lei geral em relação às leis especiais que venham a tratar da proteção do consumidor²⁵⁸. Não poderia ser legislação genérica quando se tem uma lei especial que regula um contrato específico - que em sua maioria envolve uma relação de consumo, mas não é a regra - em sentido oposto aos valores constitucionais estampados naquele código. Do contrário, facilmente se poderia afastar as proteções consumeristas ao se prever leis especiais referente aos mais diferentes negócios jurídicos envolvendo consumidores, nas quais se afastassem as garantias consagradas no CDC, retornando aqueles hipossuficientes a um estado de pouca ou nenhuma proteção - o que já seria vedado pelo ordenamento jurídico, em vista da vedação ao retrocesso. Portanto, é fácil ver que o CDC, apesar de constituir um diploma de natureza legal, possui vocação constitucional, sendo norma de eficácia horizontal, atendendo a um valor fundamental de proteção àquele hipossuficiente, consubstanciado num estado ideal de coisas almejado pelo princípio da proteção ao consumidor, não podendo ser simplesmente afastado pela mera previsão legal - ainda que em lei especial e posterior - que visa burlar tais conquistas sociais.

²⁵⁷ Vide nota 256.

²⁵⁸ Vide nota 256. Nesse sentido, o autor explica que: “Sabe-se, contudo, que o Código de Defesa do Consumidor contém normas gerais e princípios que regulam a aplicação do direito do consumidor. No entanto, essa característica não torna o CDC uma norma geral, considerando o âmbito de aplicação do direito privado, justamente porque o próprio direito do consumidor tem natureza específica, isto é, a própria situação jurídica tutelada é específica. Decerto, algumas normas podem ser consideradas especiais em relação ao CDC, mas desde que sejam, necessariamente, normas de defesa do consumidor, isto é, o CDC poderá ser, e somente neste caso, considerado norma geral em relação a norma específica de defesa do consumidor, mas não em relação a normas de outra natureza, vale dizer, de outros ramos do direito, como o civil ou comercial. Desse modo, ao pretexto de que o CDC seria norma aplicável às relações de consumo “em geral”, não se deve inferir o atributo de generalidade a ser considerado na solução de antinomias, muito embora seja possível a existência de normas de defesa do consumidor mais específicas, as quais, sendo de mesmo nível hierárquico, e havendo efetiva antinomia, poderão, pelo critério de especialidade, prevalecer sobre o CDC, repita-se, desde que se configurem efetivamente como norma de defesa do consumidor”.

Nesse mesmo sentido, tem-se o entendimento consagrado pelo Instituto dos Magistrados do Nordeste²⁵⁹, conforme consta da justificativa do Enunciado 32 FVC-IMN ao tratar da purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária:

Especificamente em relação às relações contratuais de consumo, a possibilidade de purga da mora é de ser admitida ainda com mais firmeza. [...] Ainda que o parágrafo 2º. do art. 3º do Dec. Lei 911/69 (na nova redação da Lei 10.931/04) pareça estar em conflito com par. 2º. do art. 54 do CDC, este último dispositivo é que tem que prevalecer quando se trata de garantir ao consumidor o direito à purgação da mora. Havendo conflito aparente entre as normas do CDC e alguma lei especial que regule determinado setor das relações de consumo, ainda que posterior, a regra principiológica presente no Código é que se superpõe à lei específica que a desrespeitou, não se aplicando o princípio da especialidade.

Segundo o Luis Alberto da Costa, a superação dessa antinomia se daria por uma análise sistemática do ordenamento jurídico. Essa unidade de sistema se vincula a ideia de unidade de compreensão do direito, o que só é encontrado na Lei Fundamental - “[...] o ‘locus’ de validade e legitimidade de todo o ordenamento, pois a Constituição comporta todo o conteúdo jurídico do pacto social definidor e construtor da própria realidade de um povo”. É o que Lênio Streck²⁶⁰ ressalta como uma “[...] construção das condições de possibilidade para a compreensão do fenômeno jurídico a partir do horizonte de sentido proporcionado pela Constituição”, a qual é a garantidora das relações democráticas entre o Estado e a sociedade, além de ser o topo hermenêutico desse sistema jurídico, servindo como fonte de princípios e regras vinculativos e condicionadores da validade e da interpretação das normas infraconstitucionais, bem como protetora dos direitos já conquistados.

Dessa forma, explica o autor que a aplicação conjunta das leis -“dialogando” entre si -, mesmo quando em aparente antinomia, deve se manter nos limites do que a Constituição,

²⁵⁹ INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DO NORDESTE. *Enunciado 32 FVC-IMN*: admissível a purgação da mora na vigência da Lei 10.931/04. Disponível em: <<http://www.imn.org.br/jurisprudencias/verJurisprudencia/61>>. Acesso em: 10 out. 2016.

²⁶⁰ STRECK *apud* COSTA. Vide nota 256.

enfaticamente, determina, qual seja: “[...] que o Estado, na forma da lei (do direito), promova a defesa do consumidor”²⁶¹.

Portanto, tanto no caso analisado pelo citado autor, quanto no tema do presente estudo, a existência de antinomias entre duas normas especiais, que, porém, não guardam entre si a relação de gênero/espécie, foge ao alcance dos critérios tradicionais. Assim, deve-se adotar uma solução baseada na unidade sistemática do ordenamento, em um sentido unívoco de compreensão do direito, determinado pela Constituição. E, como bem conclui Luis Alberto da Costa, sendo o direito do consumidor um “direito social-fundamental-especial”, sendo assim, uma “[...] situação jurídica definida pela Constituição e que não pode ser modificada pelo legislador infraconstitucional, muito menos pelo aplicador do direito, a antinomia em questão só pode ser resolvida em benefício do consumidor [...]”, ou seja, deve-se aplicar a norma mais favorável ao consumidor, sob pena de afronta direta ao comando constitucional contido no art. 5º, XXXII, da CRFB.

Ainda sobre o voto do relator, há que se rebater a conclusão pelo afastamento do art. 401 do CC na alienação fiduciária em garantia em estudo, uma vez que não há qualquer previsão expressa no sentido de não ser possível a purgação da mora no procedimento do Decreto-Lei n. 911/69. Explique-se. O decreto-lei não previu a vedação desse direito do devedor, apenas teria retirado essa possibilidade da forma que era prevista na redação original do art. 3º, §1º daquele diploma. Assim, pela falta de vedação expressa, ainda há a possibilidade da utilização do instrumento geral previsto no Código Civil. Por consequência, a mitigação causada naquela legislação não afasta a incidência do princípio da conservação dos contratos, permitindo que ainda se possa cumprir a sua função social - por meio do estado

²⁶¹ Vide nota 256. Em outras palavras, explica Luis Alberto que “[...] desde que esse diálogo não atue em desfavor da defesa do consumidor (direito fundamental), tal tese caminhará na trilha de uma compreensão do direito coerente com a força normativa da Constituição, e com aquilo que entendemos como uma compreensão unificada nos sentidos determinados pela Constituição, enfim, um sentido de integridade do ordenamento vinculativo de toda e qualquer interpretação jurídica.”

ideal de coisas buscado, qual seja o cumprimento das obrigações contratuais - e atender ao real melhor interesse das partes.

Corroborando essa conclusão, cite-se, mais uma vez, a justificativa do Enunciado 32 FVC-IMN do Instituto dos Magistrados do Nordeste²⁶², que defende a existência da possibilidade de purgação da mora por caber ao consumidor, em vista do art. 54, §2º, do CDC, a escolha pela resolução ou não do negócio jurídico - uma vez que não seria caso de ter a obrigação se tornado inútil ao credor -, somente assim atendendo ao princípio maior da conservação dos contratos:

O direito de o consumidor, antes da contestação na ação de busca e apreensão, pleitear a purga da mora decorre do princípio da conservação dos contratos de consumo, que o par. 2º do art. 54 do CDC visa consagrar, ao garantir a ele a escolha pela cláusula resolutória ou a opção de manter o contrato, pelo pagamento das prestações vencidas e juros moratórios. Esse dispositivo, por ter natureza principiológica, não foi revogado e prevalece sobre outro de lei setorial com o qual conflite. Sempre que a solução pela manutenção do vínculo contratual seja mais benéfica ao consumidor, por ela deve se pautar o julgador.

É de se notar que a argumentação desenvolvida pelo referido instituto tem seu foco voltado para a questão da possibilidade de resolução do contrato pelo credor, o que também é o alvo da argumentação desenvolvida pelo Ministro Marco Buzzi em seu voto, conforme se passará a ver.

Por fim, um último apontamento. Em que pese a concordância geral com a clássica e sempre importante lição da limitação do atuar interpretativo, vale destacar que não raras foram as vezes que os tribunais - em especial, os Tribunais Superiores - releram e interpretaram as normas da maneira que mais lhes parecia adequado, sendo que, em muitos desses casos ignoraram o sentido literal que era dado pelo próprio texto expresso dos dispositivos embaixadores das normas jurídicas em análise.

Ora, vale lembrar que se a interpretação literal do texto não é o último, nem o melhor método de interpretação de uma norma, sem dúvida ela é a primeira forma de leitura

²⁶² Vide nota 259.

do intérprete, da qual não poderiam advir conclusões conflitosas com a essência básica do significado dado por aquele texto.

Contudo, sobre mil artifícios e nomenclaturas distintas, constroem-se verdadeiros “ornitorrincos jurídicos”, afirmando-se, por exemplo, que o texto diz algo que não o diz ou que o dispositivo queria dizer algo que, porém, expressamente, diz o oposto. Assim, o apontamento dessa valiosa lição se mostra relevante, mas é convenientemente lembrado em alguns casos, sendo ignorado em outros.

Feitos os apontamentos críticos necessários, passa-se à análise do outro voto destacado no RESP n. 1.418.593/MS. Antes, porém, importante destacar que a posição defendida no presente julgado pelo Ministro Buzzi trouxe a mesma argumentação desenvolvida no RESP n. 1.287.402/PR, julgado em que era relator, mas restou como voto vencido, servindo esta como fonte de reforço e complementação argumentativa.

Inicialmente, o ministro apresentou o posicionamento da Quarta Turma do STJ no referido RESP n. 1.287.402/PR, em que, por maioria, se entendeu que “[...] decorrido o prazo de cinco dias, contados da execução da liminar, cabe ao devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito remanescente (parcelas vencidas e vincendas) para fins de obter a restituição do bem livre de ônus”²⁶³. Em face da função uniformizadora do STJ, informou que votaria de acordo com o relator, apenas ressaltando seu posicionamento pessoal que passava a expor.

Naquele julgado, o Ministro defendeu que tanto o art. 2º, §3º - dispositivo que faculta ao credor considerar vencida antecipadamente a totalidade da dívida em caso de mora -, quanto o art. 3º, §§1º e 2º - dispositivo que prevê que o devedor pode pagar a integralidade da dívida pendente para reaver o bem -, ambos do Decreto-Lei n. 911/69, devem ser interpretados a bem da preservação do contrato de adesão celebrado, uma vez que essas

²⁶³ Vide nota 248.

normas não vedam expressamente a purgação da mora. A ideia do Ministro é dar ênfase à proteção constitucional do consumidor (art. 5º, XXXII, CRFB), especialmente quando essa parte vulnerável se dispõe a pagar o débito vencido para manter válido o pacto estabelecido, o que indubitavelmente atende e preserva os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Explicou que o entendimento de que o fiduciante deve pagar a integralidade da dívida por força do vencimento antecipado em razão da mora adveio de interpretação normativa, não de disposição legal expressa, uma vez que o Decreto-Lei n. 911/69 estabeleceu apenas uma faculdade ao credor fiduciário de considerar antecipadamente vencido o contrato.

Contudo, isso não impediria a interpretação dos dispositivos legais em favor da parte vulnerável, em consonância com a legislação consumerista, a fim de possibilitar e preservar a continuidade da relação contratual nos casos de pagamento das parcelas vencidas dentro do prazo legal.

Enfatizou que o entendimento da corte era incompatível com a “principiologia exergética orientadora do sistema jurídico pátrio”²⁶⁴, uma vez que conferia interpretação extensiva ao art. 3º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/69, fazendo-o presumir que a purgação da mora exige o pagamento integral do saldo devedor do mútuo, e não o resgate da integralidade da dívida pendente até aquele momento.

Isso porque, segundo o Ministro, a redação do dispositivo trata de “dívida pendente”, mas não elucida se toca à dívida em aberto até o momento do pagamento ou se a integralidade do valor de todo o financiamento. Dessa forma, seria exacerbado considerar somente essa segunda interpretação como correta, justamente porque ela “[...] não se coaduna com o ânimo do ordenamento jurídico pátrio, o qual acolheu o estatuto consumerista, que é voltado ao

²⁶⁴ Vide nota 248.

amparo da parte mais vulnerável da relação material, além de defender, como já dito, a opção pela preservação do contrato”²⁶⁵.

Ademais, argumentou que a interpretação pela integralidade do débito, reputando vencido antecipadamente o contrato, depende da conjugação entre os art. 3º, §§ 1º e 2º, e o art. 2º, §3º, todos daquele decreto-lei. Este último traria um direito potestativo ao credor, uma faculdade, segundo sua conveniência, de considerar todas as parcelas vencidas. Contudo, o Ministro defende que tal faculdade não pode ser absoluta, devendo ser exercida nos limites da boa-fé objetiva (art. 422 do CC e art. 4º, III, do CDC), o qual impõe o dever de cooperação e de lealdade aos contratantes²⁶⁶. Ademais, destaca que a função social dos contratos é cláusula geral que reforça o princípio da conservação dos contratos, de modo a assegurar trocas justas e úteis aos envolvidos, o que é o verdadeiro objetivo do negócio jurídico²⁶⁷.

Assim, sendo o contrato de mútuo com garantia de alienação fiduciária um contrato de adesão, indubitável a incidência dos pressupostos da legislação consumerista - como se verifica pela Súmula n. 297 do STJ -, restando aplicável o art. 54, §2º, do CDC, o qual confere ao consumidor a escolha sobre a resolução do contrato ou o cumprimento da avença. Conclui o Ministro que, desse modo, deve-se “[...] reconhecer como abusiva qualquer norma que dite solução contrária, a exemplo do vencimento antecipado do contrato”²⁶⁸.

²⁶⁵ Vide nota 248.

²⁶⁶ Quando do seu voto no RESP n. 1.287.402/PR, o Ministro explicou que: “[...] são desnecessárias maiores conjecturas a fim de verificar o arbítrio integral reservado a apenas uma das partes, que pode enjeitar o resgate das prestações não pagas, reputando vencidas todas as parcelas, em afronta direta às próprias diretrizes contratuais, bem como à relativização da autonomia da vontade unilateral da parte”. Ademais, nesse mesmo sentido, trouxe passagem da lição de Caio Mário da Silva Pereira: “[...] também não pode o direito positivo ser indiferente ao negócio em que o contratante se aproveite desta situação de inferioridade do outro, para obter um interesse manifestamente desproporcional ao valor dado em troca. [...] A solidariedade humana, princípio informativo do direito moderno, longe de repudiar aquela necessidade de equivalência de um e outro contratante, e de menoscabar a reciprocidade proporcional entre a utilidade auferida pro um contratante e a que outro recebe, antes impõe o dever de não abusar uma parte da necessidade extrema da outra [...]. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos* - Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 118 e 119)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.287.402/PR. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1133058&num_registro=201102458283&data=20130618&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2016.

²⁶⁷ Vide nota 248. O Ministro destaca que: “[...] não é outro o interesse consagrado na contratação, que não o da plena realização exitosa do ajustado, a bem de todos os integrantes do pactuado”.

²⁶⁸ Vide nota 248.

Em vista do aparente conflito da nova redação do art. 3º, §2º do Decreto-Lei n. 911/69 com o art. 54, §2º, do CDC, argumenta que, apesar daquele diploma ser considerado “lei específica”, o comando consumerista se sobrepõe em face da regra principiológica presente no CDC de que não se aplica o princípio da especialidade. A fim de melhor se compreender tal argumentação, mostra-se relevante reproduzir a lição de Nelson Nery Júnior, apresentada pelo próprio Ministro quando do seu voto no RESP 1.287.402/PR²⁶⁹:

O microsistema do CDC é lei de natureza principiológica. Não é nem lei geral nem lei especial. Estabelece os fundamentos sobre os quais se erige a relação jurídica de consumo, de modo que toda e qualquer relação de consumo deve submeter-se à principiológica do CDC. Conseqüentemente, as leis especiais setorializadas (v.g. seguros, bancos, calçados, transportes, serviços, automóveis, alimentos etc.) devem disciplinar suas respectivas matérias em consonância e em obediência aos princípios fundamentais do CDC. Não seria admissível, por exemplo, que o setor de transportes fizesse aprovar lei que regulasse a indenização por acidente ou vício do serviço, fundada no critério subjetivo (dolo ou culpa), pois isso contraria o princípio da responsabilidade objetiva, garantido pelo CDC, art. 6º, VI. Como o CDC não é lei geral, havendo conflito aparente entre suas normas e alguma lei especial, não se aplica o princípio da especialidade (*Lex specialis derogat generalis*): prevalece a principiológica do CDC sobre a lei especial que o desrespeitou. Caso algum setor queira mudar as regras do jogo, terá de fazer modificações no CDC e não criar lei à parte, desrespeitando as regras principiológicas fundamentais das relações de consumo, estatuídas no CDC.

Ainda na mesma oportunidade²⁷⁰, de modo a demonstrar a relevância principiológica do CDC quando em confronto com outras legislações, o Ministro Marco Buzzi reproduziu parte do voto proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão no RESP 1.281.090/SP, na qual se reconhece a prevalência daquele diploma consumerista por ser a norma que melhor realiza os valores constitucionais. Válido é trazer esse trecho para o presente estudo, pois, apesar de se tratar de conflito entre o Código Brasileiro de Aeronáutica e o CDC, a conclusão ali obtida é de imensa valia, contendo, inclusive, lição do Ministro Antônio Herman Benjamin:

Por outra ótica, todavia, poder-se-ia afirmar que o CDC disciplina todos os contratos estabelecidos entre consumidor e fornecedor - bem como as consequências danosas

²⁶⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria de Andrade *apud* Superior Tribunal de Justiça, no RESP n. 1.287.402/PR, vide nota 266.

²⁷⁰ Vide nota 266. O Ministro Salomão, no trecho do voto reproduzido, ainda cita passagem da lição de Cláudia Lima Marques, a que reproduz para corroborar todo o raciocínio desenvolvido pelo Ministro Buzzi: “A ordem constitucional serve como medida normativa do sistema e, nesse sentido, suas normas e seus princípios atuam como limitadores na aplicação das leis e não se submetem aos critérios normais que determinam a vigência e a eficácia das leis no tempo. A ordem constitucional, portanto, é o primeiro dos fatores e o hierarquicamente mais forte a ser considerado pelo aplicador da lei.”

causadas a terceiros -, e não somente o contrato de transporte aéreo, hipótese em que o CDC se afirma como norma geral em relação ao CBA, e a solução do conflito seria outra.

Não obstante isso, para além da utilização de métodos clássicos para dirimir conflitos aparentes entre normas - como o da especialidade e o da anterioridade -, busca-se a força normativa dada a cada norma pelo ordenamento constitucional vigente, para afirmar-se que a aplicação de determinada lei - e não de outra - ao caso concreto é a solução que melhor realiza as diretrizes insculpidas na Lei Fundamental.

Por essa ótica hierarquicamente superior aos métodos hermenêuticos comuns, o conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica - que é anterior à CF/88 e, por isso mesmo, não se harmoniza em diversos aspectos com a diretriz constitucional protetiva do consumidor -, deve ser solucionado com prevalência daquele (CDC), porquanto é a norma que melhor materializa as perspectivas do constituinte no seu desígnio de conferir especial proteção ao polo hipossuficiente da relação consumerista.

Enquanto o CBA consubstancia-se como disciplina especial em razão da modalidade do serviço prestado, o CDC é norma especial em razão do sujeito tutelado, e, como não poderia deixar de ser, em um modelo constitucional cujo valor orientador é a dignidade da pessoa humana, prevalece o regime protetivo do indivíduo em detrimento do regime protetivo do serviço.²⁷¹

Vale destacar, reforçando o pensamento do Ministro e conciliando com o que já foi visto sobre o convívio das normas consumeristas com normas especiais segundo Luís Alberto da Costa, que não há especialidade daquela legislação que regula uma espécie contratual nos aspectos em que simplesmente contraria as proteções consumeristas, sem trazer qualquer razoabilidade na exceção, violando, pois, a principiologia e uniformidade do sistema jurídico. Por ser uma previsão original do Decreto-Lei n. 911/69, não é difícil concluir sua incompatibilidade com o sistema atual, uma vez que não poderia prever os avanços de proteção ao consumidor que viriam com a Constituição de 1988 e o CDC (em 1990), além do entendimento construído ao longo dos anos sobre a relevante função social dos contratos, a qual encontra grande respaldo no Código Civil de 2002.

Ainda em seu voto no RESP 1.418.593/MS, o Ministro Buzzi ressalta que o vencimento antecipado do contrato é cabalmente prejudicial ao próprio credor, já que, vencida antecipadamente a dívida, não serão incluídos os juros correspondentes ao tempo ainda não decorrido (redução proporcional dos juros), conforme dispõe o art. 1.426 do CC e o art. 52,

²⁷¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.. *O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor*. in. Revista de direito do consumidor, n. 26, abril/julho, 1998, Editora Revista dos Tribunais, p. 41).

§2º, do CDC. Alie-se esse aspecto prejudicial ao fato de que a sistemática do ordenamento pátrio é voltada à conservação do contrato - a fim de fomentar a economia e proporcionar segurança jurídica às partes - e se concluirá, segundo o Ministro, que falece razão plausível para o credor cobrar a integralidade do valor contratado, forçando a extinção anormal do negócio, tornando impossível o cumprimento da obrigação; ao passo que a possibilidade de pagamento das prestações vencidas (acrescidas dos acessórios contratuais) atinge mais plenamente a finalidade social do contrato.

Por fim, antes de ressaltar novamente sua posição e aderir ao entendimento dos demais votantes, concluiu o Ministro Marco Buzzi, que:

[...] seja pela incidência do dever de cooperação e lealdade entre as partes, seja pelo direito do devedor purgar a mora, ou, ainda, pelo princípio da conservação dos contratos, deve ser procedida interpretação sistemática dos artigos 3º, §2º e 2º, §3º, do DL nº 911/69, entendendo-se que a faculdade da credora dar por vencida a integralidade da dívida fica condicionada ao exame do caso concreto. E, para tanto, caberá à instituição financeira apontar motivo plausível ao pronto encerramento do contrato, indicando razões, por exemplo, que alcancem risco à integridade do próprio bem ou lesão latente parte, hipóteses não contempladas no caso. Do contrário, deve ser admitido o pagamento das parcelas vencidas até a respectiva data, de modo a possibilitar a continuidade do contrato. Deste modo, não se descarta do entendimento desta Corte acerca da legitimidade do vencimento antecipado do contrato, porém tal somente se verifica para a constituição em mora do devedor, desautorizando, como regra, a cobrança *in totum* do preço financiado e não pago.²⁷²

Não é difícil perceber que a argumentação desenvolvida no voto do Ministro Marco Buzzi tem maior base principiológica, respeitando e visando a concretizar o estado ideal de coisas buscado pelos princípios constitucionais ligados à proteção do consumidor. Importante notar que essa argumentação tem por base a crítica a uma questionável permissão legal de resolução do contrato pelo credor, entendendo-se que tal faculdade não poderia ser exercida sem a apresentação de motivação que justificasse o inadimplemento absoluto do negócio jurídico - justificativa essa que não há, como já visto -, ressaltando-se, assim, o direito de escolha do consumidor entre o fim ou a continuidade do contrato. Contudo, haveria diferença

²⁷² Vide nota 248.

se tal cláusula viesse expressa, obedecendo o dever de informação, de modo que o devedor saberia que a eventual mora geraria o vencimento antecipado do débito?

Para se compreender a questão, faz-se mister analisar a lição de Thiago Neves²⁷³ sobre a chamada “cláusula resolutiva expressa”. Essa cláusula pode ser entendida como aquela que, se prevista, resolve o negócio jurídico pelo simples inadimplemento do devedor, independente de notificação prévia. É válida nos contratos de financiamento, não sendo incompatível com o diploma de proteção ao consumidor, desde que obedeça a forma do art. 54, §2º, CDC²⁷⁴. Assim, ela terá eficácia caso o devedor, notificado para fins de comprovação da mora, não a purgue (pagar a integralidade da dívida) no prazo de 5 dias. Contudo, essa eficácia depende da expressa previsão contratual e da existência de alternativa para o consumidor que opte por não resolver o contrato, ou seja, é do devedor a opção de continuar o vínculo e não resolver o contrato, segundo o princípio da continuidade do contrato (art. 54, §2º, CDC). Tal como no caso da previsão legal do art. 2º, §3º, do Decreto-Lei n. 911/69, é necessário o respeito ao diploma consumerista e às garantias nele inseridas, como o a exigência de opção pelo consumidor da continuação ou não do contrato que não se mostra inútil.

A justificativa dessa escolha se dá pela posição de catividade e dependência do consumidor²⁷⁵, o qual tem expectativa na continuidade do contrato, resguardando-lhe e protegendo-lhe contra riscos futuros, a exemplo de uma injusta resolução unilateral. Todavia, não se deixa de reconhecer que o credor tem a possibilidade de resolver o contrato, invocando tal cláusula, devido ao seu direito de rejeitar a prestação que se lhe mostra inútil, cabendo a ele demonstrar tal inutilidade capaz de gerar o inadimplemento absoluto da prestação - o que, como visto, dificilmente ocorrerá.

²⁷³ NEVES, op. cit., p. 52-53.

²⁷⁴ Ibid. Explica o autor que a cláusula pode ser utilizada nos contratos da alienação fiduciária em garantia do Decreto-Lei n. 911/69 porque, em que pese a exigência de notificação do devedor para que seja conferida a liminar de busca e apreensão, não se altera a natureza da mora *ex re*, nem afeta a cláusula resolutória.

²⁷⁵ CHALHUB *apud* NEVES, op. cit., p. 53.

Portanto, no intuito de atender ambas as partes possuidoras de direitos e de proteção legal, a melhor interpretação seria no sentido de não aceitar que sempre a continuidade do contrato se mostrará inútil, autorizando a resolução do negócio jurídico. Deve ser, pois, oportunizada a purgação da mora como opção do devedor pela continuidade do contrato. Ora, e para ser continuidade, há de ser somente pelas parcelas vencidas e não pelo montante integral do financiamento, do contrário o resultado ainda será a dissolução do negócio²⁷⁶.

Posto de outro modo, a faculdade dada de serem consideradas vencidas a totalidade da dívida pelo credor só se sustentaria havendo razoabilidade que justificasse o inadimplemento total, ou seja, a inutilidade da prestação. Contudo, como visto, essa situação não se configura, já que o prosseguimento do contrato ainda é a melhor solução para as partes. Ademais, como o art. 54, §2º, do CDC dispõe que caberá ao consumidor a opção por resolver ou por prosseguir com o negócio jurídico, não se teria verdadeiramente essa possibilidade se a purgação se desse com o pagamento integral da dívida. Desse modo, a solução dada pelo STJ não permitiria a continuação do contrato, uma vez que realizado o pagamento integral da dívida, cumpridas restariam as obrigações e extinto seria o negócio jurídico. Portanto, a fim de melhor realizar os princípios da função social dos contratos, da preservação dos contratos e da boa-fé objetiva - da qual decorrem os deveres de cooperação e de lealdade -, a purgação da mora deve ser possível e, por consequência, só envolverá as parcelas vencidas acrescidas dos consectários legais (art. 2º, §1º, do Decreto-Lei n. 911/69).

O problema dessa interpretação, além do fato de ser restrita às hipóteses de relação consumerista, está no sentido que se pode atribuir às expressões “integralidade”, “dívida pendente”, “valor apresentado pelo credor na inicial” e “o bem lhe será restituído livre do

²⁷⁶ Nesse sentido foi o raciocínio desenvolvido pelo TJRJ, que vislumbra no comando do art. 54, §2º, do CDC uma previsão que permite ao credor resolver o contrato, mas a fim de impedir o abuso de direito do fornecedor, condicionou a resolução do contrato somente se ele demonstrar a inutilidade da prestação, ou seja, o inadimplemento absoluto. O desembargador Marco Antônio Ibrahim defende que o art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69 seria uma hipótese de cláusula resolutiva em prol do fornecedor que não seria admissível, em atenção ao CDC, quando o contrato for de consumo. Por isso, o mais correto seria que o consumidor pudesse sempre purgar a mora, pagando apenas as parcelas atrasadas, e não todo o saldo, para obter o bem de volta, nesse caso. Essa era a orientação majoritária do TJ/RJ.

ônus” constantes do art. 3º, §2º, do Decreto-Lei n. 911/69, de modo a compatibilizá-las com o que foi defendido sem que isso implique em subversão ao princípio da legalidade. Em outras palavras, a dificuldade reside em dar significado compatível com a tese apresentada sem que se tenha que ignorar o texto escrito, uma vez que isso representaria uma violação à legalidade.

Acompanhando o raciocínio principiológico desenvolvido que possibilita a purgação da mora como forma de continuação do negócio jurídico, a expressão “integralidade da dívida pendente” somente poderia ser entendida como as parcelas vencidas até aquele momento - além das eventuais que se vencerem até a efetivação da liminar de busca e apreensão - acrescida dos consectários legais (os valores indicados no art. 2º, §1º, do Decreto-Lei n. 911/69). Até porque se não há o vencimento antecipado, o crédito é só pelo que já está vencido.

Igualmente, a expressão “valor apresentado pelo credor na inicial” não é difícil de ser compreendida, pois seria justamente o valor pendente, ou seja, aquelas parcelas vencidas e não pagas citadas anteriormente, as quais constarão como valor integral na petição inicial da ação de busca e apreensão.

A maior complicação se mostra na expressão “o bem lhe será restituído livre do ônus”. Uma possível interpretação seria a de que, uma vez pago o valor pendente em atraso, o contrato continuaria a vigor e o devedor fiduciário recuperaria a posse direta do bem. Em outras palavras, a restituição do bem findaria o ônus da própria apreensão, devolvendo as partes ao *status quo ante*.

Em que pese esse entendimento, a maioria da doutrina²⁷⁷ compreende que a expressão faz referência à propriedade fiduciária instituída em favor do credor quando da contratação do mútuo com a alienação fiduciária em garantia. Isso porque, segundo Thiago Neves, o bem somente é restituído sem ônus quando o contrato de alienação fiduciária é quitado, o que

²⁷⁷ NEVES, op. cit., p. 48-49.

somente ocorre com o pagamento das parcelas vencidas e vincendas. Ou seja, apenas quando paga a integralidade do contrato é que o devedor terá cumprido sua obrigação e, assim, receberá o bem livre do ônus real que existia.

É por essa razão que se reconhece o limite a uma interpretação do art. 3º, §2º, do Decreto-Lei n. 911/69 que permitisse, naqueles termos expressos no texto, a purgação da mora apenas pelas parcelas vencidas. Não se deseja passar por cima daquilo que foi dito pelo legislador - de maneira confusa, reconhece-se -, mas apenas se aponta ao fato de que ele não considerou os valores constitucionais e a principiologia do ordenamento pátrio no momento em que realizou as mudanças ora analisadas no Decreto-Lei n. 911/69.

A fim de atender um interesse específico, privilegiando ainda mais um dos envolvidos nessas relações contratuais - as instituições financeiras -, argumentando a justificativa de suas ações em uma suposta - e falha - medida econômica de incentivo ao crédito, o legislador suprimiu a possibilidade de purgação da mora que estava presente nesse dispositivo, por meio de uma redução dúbia e confusa, de fato, mas com elementos textuais que dificilmente abrem margem para uma interpretação e aplicação desses dispositivos que melhor realizaria os princípios constitucionais.

As críticas embasadas nos princípios regentes dessas relações jurídicas econômicas (tais como o da função social dos contratos, o da conservação dos contratos, o da boa-fé objetiva e o da proporcionalidade) mostram que a alteração trazida pelo legislador não se adequa ao sistema normativo moderno, já que não apropriado à realização do estado ideal de coisas buscado pela lei maior. Igualmente criticável a solução encontrada pelos tribunais, pois, em que pese respeitarem os limites hermenêuticos de interpretação, deveriam ter sinalizado pela incompatibilidade dessa medida na sistemática do ordenamento jurídico moderno.

Apesar de ser possível forçar uma interpretação coerente dos dispositivos com a principiologia constitucional, especialmente a de proteção do consumidor e da função social dos contratos, isso acabaria por passar por cima do texto legal e da nítida vontade legislativa de retirar essa possibilidade antes prevista. Contudo, se por um lado a possibilidade de purgação da mora baseada no art. 3º, §2º do Decreto-Lei n. 911/69 não mais persiste, deve-se reconhecer que a nova redação não vedou expressamente a utilização de outras fontes jurídicas para obter aquele efeito de manutenção do contrato de mútuo com garantia de alienação fiduciária.

Assim, indubitável que a melhor solução para o problema é permitir a utilização do instrumento genérico de purgação da mora previsto no Código Civil, atendendo, assim, aos princípios constitucionais ligados à questão, sem necessidade de distorção do texto legal para forçar uma interpretação compatível com o sistema jurídico pátrio.

4.5. Proposta de solução sobre a purgação da mora que compatibiliza o princípio da legalidade e os demais princípios relacionados com a questão

Visto que a interpretação literal das normas do Decreto-Lei n. 911/69 impõe uma barreira ao atendimento do estado ideal de coisas almejado pelos princípios constitucionais repetidamente citados e que a análise dos motivos para a confecção da Lei n. 10.931/04 revela que a intenção do legislador foi retirar essa possibilidade daquele texto legal, resta como alternativa a aplicação do instituto da purgação da mora em sua modalidade genérica.

Em outras palavras, ainda que haja dificuldade na aceitação dos argumentos trazidos com base na principiologia do ordenamento jurídico brasileiro atual para justificar uma alteração da posição jurisprudencial, há uma outra linha de raciocínio, igualmente embasada

nos princípios, a qual permite a aplicação da purgação da mora advinda do instituto previsto diretamente nos art. 395 e seguintes do Código Civil.

A melhor explicação para o raciocínio desenvolvido para tal solução é a dada pelo já reiteradas vezes citado Thiago Ferreira Cardoso Neves²⁷⁸, partindo dos princípios da conservação do contrato e da função social do contrato. A solução tem por base a conclusão que se obtém ao analisar o Decreto-Lei n. 911/69, qual seja, a de que a referida legislação não mais prevê a possibilidade de purgação da mora (por seus próprios dispositivos), restando omissis quanto à tal ponto. Todavia, o Código Civil traz norma geral e expressa quanto à possibilidade da purga da mora quando a prestação ainda for útil ao credor, ou seja, quando a mora não gerar o inadimplemento absoluto do contrato.

Na mesma linha do que já fora explicado no presente trabalho, demonstra o citado autor que não há qualquer dúvida de que ambas as partes têm interesse na manutenção do contrato. Primeiramente, porque essa continuação se mostra vantajosa ao devedor, já que ao purgar a mora poderá continuar com o bem depois de pagar somente as parcelas vencidas. Ademais, o credor também terá vantagem com o prosseguimento do negócio jurídico, uma vez que não tem interesse de ficar com o bem, não precisando, pois, despender esforços para conservá-lo e vendê-lo rapidamente. Um terceiro motivo apontado é que o credor tem interesse de receber o seu crédito com os juros acordados quando do financiamento, o que não ocorrerá no caso de vencimento antecipado da dívida, já que o devedor (consumidor) terá direito ao abatimento proporcional dos juros pela antecipação das parcelas vencidas (art. 52, §2º, do CDC). Por fim, ainda, tem o credor interesse na manutenção do vínculo, pois dificilmente conseguirá satisfazer o seu crédito se findar o contrato. Isso porque, mesmo que retome o bem seminovo e o aliene a terceiro, corre o risco de não reaver o valor do crédito concedido no financiamento ao devedor-fiduciante. E caso aliene o bem por valor inferior ao

²⁷⁸ NEVES, op. cit., p. 50-52.

financiado, persistirá o débito do devedor pelo saldo renascente, sendo quase certo que o devedor não terá condições financeiras ou patrimônio para saldar a dívida.

Por tudo isso, expõe o referido autor que a melhor solução é reconhecer a possibilidade de purgação da mora com base na regra geral do art. 401, I, do Código Civil, a qual suprirá a omissão da lei especial, por força do disposto no art. 4º da LINDB.

Esse raciocínio já encontrou guarita na jurisprudência do TJRJ em acórdão de relatoria do Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo²⁷⁹, cuja reprodução se mostra imensamente proveitosa para corroborar com a solução proposta:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. MORA DO DEVEDOR FIDUCIANTE. DECISÃO QUE DEFERE A PURGA PARCIAL DA MORA. INCONFORMISMO DA FINANCEIRA QUE NÃO MERECE PROSPERAR. A ATUAL REDAÇÃO DO ARTIGO 3º, § 2º, DO DECRETO-LEI 911/69 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 10931/04 NÃO IMPEDE A QUE O DEVEDOR EXERÇA O DIREITO POTESTATIVO DE PURGAR A MORA, POIS O REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL APENAS MANTEVE A FACULDADE DO CONSUMIDOR DE LIQUIDAR ANTECIPADAMENTE A DÍVIDA, HIPÓTESE NA QUAL O BEM DEVERÁ SER RESTITUÍDO LIVRE DO GRAVAME REAL. DIANTE DA LACUNA NA LEI ESPECIAL ACERCA DA PURGA DE MORA, DEVE SER APLICADO O CÓDIGO CIVIL QUE EM SEU ARTIGO 401, I, POSSIBILITA AO DEVEDOR EMENDAR A MORA, MEDIANTE O OFERECIMENTO DA PRESTAÇÃO VENCIDA, MORMENTE EM RELAÇÃO JURÍDICA SUBJETIVA AO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR QUE EM SEU ARTIGO 7º CONTÉM CLÁUSULA DE ABERTURA A NORMAS QUE SEJAM MAIS BENÉFICAS AO CONSUMIDOR. ENTENDER EM SENTIDO CONTRÁRIO SIGNIFICA SACRIFICAR OS PRINCÍPIOS DA BOA FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, POIS A UM SÓ TEMPO RESTAM FRUSTRADAS AS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DOS CONTRATANTES, ASSIM COMO PODE RESTAR PERDIDA A VALIOSA OPORTUNIDADE DE MANUTENÇÃO DO CONTRATO. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

Outras decisões no mesmo sentido podem ser encontradas no TJMG, nas quais se reconhece a possibilidade de purgação da mora para o devedor fiduciante que seja consumidor, em vista da principiologia constitucional, em especial os comandos contidos no Código de Defesa do Consumidor que realizam o estado ideal de coisas almejado pela atual

²⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0041485-63.2009.8.19.0000. Relator: Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003ADB3B2E2AA1DCF01B465E9618777480B5AC402262C5C&USER=>>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

ordem jurídica. A título de exemplo, apresenta-se a ementa do Agravo de Instrumento n. 0967629-75.2013.8.13.0000, de relatoria do Desembargador Luiz Carlos Gomes da Mata²⁸⁰:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. RESTITUIÇÃO POSSÍVEL. LIMITAÇÃO. ARTIGO 3º, PARÁGRAFO 1º, DECRETO-LEI Nº 911/69. PROPRIEDADE E POSSE DO BEM. CONSOLIDAÇÃO PLENA. INCONSTITUCIONALIDADE. PURGA DE MORA. POSSIBILIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PARCELAS VINCENDAS. DESNECESSIDADE DE DEPÓSITO. DECISÃO MANTIDA - O artigo 3º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei nº 911/69 (com a redação conferida pela Lei nº 10.931/04), ao determinar a consolidação da propriedade do bem alienado no patrimônio do credor, decorridos cinco dias da execução da medida, ofende a Constituição Federal (artigo 5º, incisos LIV e LV). – Por se tratar a alienação fiduciária um típico contrato de adesão, ao devedor é que deve ser garantida a opção pelo cumprimento da avença, ao invés de ao credor ser garantida a opção de considerar vencidas todas as obrigações contratuais. - Ainda que a purga de mora não esteja prevista no Decreto-Lei n.º 911/69, pode ser feita à luz das garantias dada ao consumidor, na Lei n.º 8.078/90.

Por ser uma medida compatível com os princípios constitucionais e não ofender o texto legal do Decreto-Lei n. 911/69, esta se mostra a solução que deve ser adotada pelo devedor fiduciante, como consumidor, que deseje prosseguir com o bem e honrar os termos acordados do financiamento realizado.

Portanto, dentro do prazo de cinco dias após a efetivação da apreensão do bem, deverá o devedor fiduciante pagar a integralidade da dívida pendente, a qual abrange as parcelas vencidas até aquele momento e os demais consectários legais (a exemplo dos juros, correção monetária etc), com base no direito potestativo previsto no art. 401, I, do Código Civil e na principiologia constitucional que assegura a proteção ao consumidor, a função social e a conservação dos contratos, a boa-fé objetiva, dentre outros.

²⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 0967629-75.2013.8.13.0000. Relator: Desembargador Luiz Carlos Gomes da Mata. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10480130180049001>. Acesso em: 29 nov. 2016. Nesse mesmo sentido, cite-se como exemplo o Agravo de Instrumento n. 1.0702130554562001 e o Agravo de Instrumento n. 10702130062384001.

CONCLUSÃO

A propriedade fiduciária é um dos mais relevantes direitos reais de garantia na atualidade, de forma que seu regramento tem reflexo diretamente sobre outros institutos jurídicos e sobre a economia nacional. Em razão disso, o contrato de alienação fiduciária em garantia ganhou bastante relevo e espaço nos negócios jurídicos firmados por instituições bancárias e afins, em vista de um regramento que traz bastante segurança ao credor, o que tornou propícia a expansão do fornecimento de crédito no país.

O Decreto-Lei n. 911/69 é o marco legislativo que permite resguardar as instituições responsáveis pelo fornecimento de crédito, pois traz um procedimento que permite a rápida recuperação do bem objeto da garantia, o qual, por sua vez, garante a recuperação do montante emprestado anteriormente. Contudo, as sucessivas modificações legislativas, aliada a certas interpretações jurisprudenciais levaram a uma “superproteção” desses credores, gerando privilégios e vantagens desarrazoadas e, não raro, incompatíveis com a atual principiologia do ordenamento jurídico pátrio.

Tais escolhas legislativas, como se viu, possuem uma finalidade específica, qual seja a de gerar segurança e facilitar o fornecimento de crédito pelas instituições financeiras e afins. Isso se coaduna com uma visão político-econômica nacional, a qual está baseada numa compreensão keynesiana da economia, entendendo que a medida adequada para reativar o mercado e gerar crescimento é o incremento de gastos, especialmente com o incentivo ao consumo. Com mais crédito para os consumidores ordinários, maior seria o consumo e isso geraria crescimento para o país. Esperava-se que os juros fossem ser menores, devido à confiança de que seria possível recuperar o valor emprestado. Entretanto, esse não foi o resultado fático alcançado, uma vez que a taxa de juros se mantém elevadíssima – em vista deste e de outros fatores -, além de muitos consumidores se mostrarem inadimplentes com

seus empréstimos, levando ao fenômeno conhecido como superendividamento, o qual alcança níveis alarmantes.

As mudanças legais trouxeram mais benefícios e proteção para os que se valem da alienação fiduciária e, agora também, do arrendamento mercantil, já que a Lei 13.043/14 expandiu tais benefícios para este instituto, carregando também as problemáticas. Outra inovação questionável trazida por essa lei foi o privilégio dado aos credores fiduciários ao retomarem os bens, recebendo sem qualquer embaraço, respondendo somente por débitos relacionados dali em diante. A consequência dessa inovação ainda será vislumbrada no ordenamento, mas poderá significar uma espécie de “repasso de prejuízos”, favorecendo aquele credor fiduciário em detrimento dos demais credores, os quais igualmente possuem legítimos créditos.

Todavia, a mais aviltante alteração legislativa foi aquela do art. 3º, *caput, in fine*, do Decreto-Lei n. 911/69, a qual permitiu o ajuizamento da ação de busca e apreensão em sede de plantão judiciário, a despeito da inexistência de qualquer urgência que justificasse essa medida. Permitir que casos não urgentes possam se valer dessa via excepcional é desrespeitar o mandamento constitucional do devido processo legal e menosprezar o relevante valor prestado pelo plantão. Ademais, restariam violadas, inerentemente, as garantias constitucionais e processuais da razoabilidade, da duração razoável do processo e do contraditório ao se iniciar esse procedimento especial em um expediente extraordinário, já que se estaria acelerando desnecessariamente um procedimento que já é curto e simplificado. Padece tal previsão legal, pois, de inegável inconstitucionalidade.

No tocante aos entendimentos jurisprudenciais mais relevantes, a discussão mais profunda se referiu à decisão do STJ quanto à impossibilidade da purgação da mora na forma prevista do art. 3º, §2º, do Decreto-Lei n. 911/69, pois constitui essa previsão uma verdadeira hipótese de vencimento antecipado, obrigando ao devedor fiduciante que quite a totalidade do

débito para reaver o bem objeto da alienação fiduciária. Em que pese se reconhecer a limitação interpretativa trazida pela disposição literal do artigo, a fim de que não se caía na falácia do “panprincipiologismo”, verificou-se a solidez da argumentação em sentido oposto, a qual tem por embasamento o estado ideal de coisas buscado pelos princípios da função social dos contratos, da continuidade dos contratos, do devido processo legal, da boa-fé objetiva, dentre outros. Dessa forma, buscando-se uma solução prática que compatibilizasse as limitações textuais com a principiologia moderna, com especial atenção à proteção ao consumidor, concluiu-se pela impossibilidade de purgação da mora via Decreto-Lei n. 911/69, de forma que o devedor deve se valer da previsão genérica de purgação da mora do art. 401, I, do Código Civil quando a prestação ainda se mostrar útil ao credor – o que acontece como regra.

Assim, visto que essas mudanças legislativas e jurisprudenciais não se coadunam de forma adequada com os valores constitucionais, elas devem ser reajustadas em consonância com a principiologia moderna, a qual estampa mais do que comandos de otimização, mas verdadeiras escolhas de um estado ideal de coisas que o constituinte originário buscou delimitar para a atuação dos agentes do estado, em todos os âmbitos e poderes.

Por fim, vale enfatizar que o Estado - personificado em seus agentes públicos, entes e órgãos - é livre para escolher suas políticas econômicas e criar as legislações que as realizem, mas jamais pode se esquecer das garantias fundamentais previstas na Carta Maior, de forma que se suas opções não estiverem alinhadas a tais valores constitucionais, elas deverão ser reajustadas ou removidas do mundo jurídico, a fim de se garantir a coerência e harmonia do ordenamento pátrio.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 09 mar. 2015.

_____. Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 09 mar. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 mar. 2015.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 09 mar. 2015.

_____. Portaria do Conselho Nacional de Justiça n. 666, de 17 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=812>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

_____. Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 36, de 24 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=66>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

_____. Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 71, de 31 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=63>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.287.402/PR. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1133058&num_registro=201102458283&data=20130618&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.418.593/MS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1320592&num_registro=201303810364&data=20140527&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RESP n. 1.183.477/DF. Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1057424&num_registro=201000407146&data=20110510&formato=PDF>. Acesso em: 29 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses n. 14*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20Teses%2014.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses n. 16*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20Teses%2016.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5.291/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5291&classe=A DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4.410/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4410&classe=A DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. PROCESSO. RELATOR. Disponível em: <>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n.0352158-68.2013.8.13.0000. Relator: Desembargador Sebastião Pereira de Souza. Disponível

em:<http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10342130043058001>. Acesso em: 29 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n.0362794-93.2013.8.13.0000. Relator: Desembargador Sebastião Pereira de Souza. Disponível em:<http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10702130133334001>. Acesso em: 29 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n.0171415-63.2013.8.13.0000. Relator: Desembargador Pereira da Silva. Disponível em:<http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10702130074355001>. Acesso em: 29 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n.0388580-42.2013.8.13.0000. Relator: Desembargador Veiga de Oliveira. Disponível em:<http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10223120209430002>. Acesso em: 29 nov. 2016

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0003978-64.2007.8.19.0024. Relator: Desembargador Marco Antônio Ibrahim. Disponível em:<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000374CFFF85848FCBED725470E23118740837C402123746&USER=>>>. Acesso em 29 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0064324-43.2013.8.19.0000. Relator: Desembargadora Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio.

Disponível

em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041F6651CD6F7DA197903F505EDA488314C50255306046>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0041485-63.2009.8.19.0000. Relator: Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003ADB3B2E2AA1DCF01B465E9618777480B5AC402262C5C&USER=>>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0065364-60.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulo Maurício Pereira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046B8819E71EB540DBE00D3AFA8BCE063BC50252255D05>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0045742-92.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Jaime Dias Pinheiro Filho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F704A3EE36CEB31AF302367B7B0FA1D1C5025206322F>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0053386-28.2009.8.19.0000. Relator: Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000333FE424AD7BB4EC903E15B8361A6438120C4022D144E&USER=>>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0009659-93.2011.8.26.0019. Relator: Desembargador Francisco Casconi. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_00096599320118260019_4db0a.pdf?Signature=A4IYei7WLLjDQMpqniUx68Nv%2B%2BA%3D&Expires=1480438957&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=822c9cf1ed0efd114155a7ddf832cfc1>. Acesso em: 29 nov. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, 22. ed. V. 1. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

CARNEIRO, Raphael Funchal. *Tutela provisória no novo CPC*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37807>>. Acesso em: 18 set. 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Alterações da Lei 13.043/2014 no regime da alienação fiduciária*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/11/alteracoes-da-lei-130432014-no-regime.html>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Na alienação fiduciária em garantia do DL 911/69, o devedor não tem mais direito de purgar a mora (ATUALIZAR OS LIVROS)*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/07/na-alienacao-fiduciaria-em-garantia-do.html>>.

Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Purgação da mora em contrato de arrendamento mercantil de veículo automotor*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/12/purgacao-da-mora-em-contrato-de.html>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direitos Reais*. 10. ed. V. 5. São Paulo: Jus PODIVM, 2014.

COSTA, Luis Alberto da. *Normas especiais e antinomias nas relações de consumo: critérios tradicionais e perspectiva contemporânea*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21293>>. Acesso em: 24 out. 2016.

DIAS, Gustavo Henrique Holanda. *O plantão judiciário: garantia de acesso à justiça todos os dias*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21912>>. Acesso em: 14 set. 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. V. 1. Salvador: Jus PODIVM, 2015.

_____. *Curso online da LFG sobre o Novo CPC*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/atualizacao-juridica/cursos/o-novo-cpc-online>>. Acesso em: 09 ago. 2015.

_____. *Editorial 45*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>>. Acesso em: 13 set. 2016.

GALVÃO, Ronaldo. *Processo Civil: Busca e Apreensão*. Disponível em: <<http://ronaldogalvao.blogspot.com.br/2012/08/processo-civilbusca-e-apreensao.html>>. Acesso em: 14 set. 2016.

GAMBERA, Marcos Tadeu. *Função social do contrato*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13932>. Acesso em: 13 set. 2016.

HORWITZ, Steve e REISMAN, George. *O consumismo não gera crescimento econômico - e sua defesa é o cerne da teoria keynesiana*. Tradução Instituto Ludwig von Mises Brasil. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2427>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DO NORDESTE. *Enunciado 32 FVC-IMN: admissível a purgação da mora na vigência da Lei 10.931/04*. Disponível em: <<http://www.imn.org.br/jurisprudencias/verJurisprudencia/61>>. Acesso em: 10 out. 2016.

MEIRELLES, Henrique de Campos. *Políticas de Crédito no Brasil*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/?APRES029>>. Acesso em: 09 set. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual*.

Disponível em:

<<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/647f0/6481f/64a83?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

OLIVEIRA, Fernanda Carolina Leonildo de. *A limitação da busca e apreensão no Processo Penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41837>>. Acesso em: 19 set. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERES, Fernando. *Sistema Principiológico no Novo CPC: comentários aos artigos 1º ao 12*.

Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16286&revista_caderno=21>. Acesso em: 13 set. 2016.

REALE, Miguel. *Função Social do Contrato*. Disponível em:

<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 13 set. 2016.

REIS, Simone Luiza Guimarães. *Princípio da Lealdade Processual*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31217&seo=1>>. Acesso em: 06 set. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.