

**DO PROCESSO NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM  
GARANTIA**

**De acordo com o Decreto-lei 911/69**

*Rafael de Assis Horn*

**MONOGRAFIA APRESENTADA NO CURSO DE  
GRADUAÇÃO EM DIREITO DA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO  
TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO**

**Orientadora: Msc. Marilda Machado Linhares**

**Florianópolis  
jun. 1997**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL E  
PRÁTICA FORENSE**

A presente monografia final, intitulada **Do Processo na Alienação Fiduciária em Garantia De acordo com o Decreto-lei 911/69**, elaborada por Rafael de Assis Horn e ratificada pela banca examinadora composta pelos professores abaixo assinados, obteve aprovação com nota \_\_\_\_\_), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto o artigo 9º da Portaria nº 1.886/94/MEC, regulamentada pela Resolução nº 003/95/CEPE:

Florianópolis, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 1997.

  
**Marilda Machado Linhares**  
Professora Orientadora

**João Leonel Machado Pereira**  
Membro da Banca

  
**Vera Lúcia Teixeira**  
Membro da Banca

**Mônica Elias de Lucca Entres**  
Suplente

## AGRADECIMENTOS

A toda minha família; a minha mãe, Maria Cândida, e ao meu irmão, Rodrigo, pelo apoio e estímulo que me foram dados e, principalmente, a meu pai, professor, colega e, acima de tudo, grande companheiro, Oswaldo José Pedreira Horn, pelos conselhos, sugestões e orientações, os quais foram de grande valia para a elaboração desta monografia.

À professora e orientadora Marilda, cujo apoio e compreensão serviram de estímulo e contribuíram para conclusão deste trabalho.

Aos ex-colegas, e grandes companheiros, da AJURE do Banco do Brasil, os quais foram sempre solícitos, permitindo-me utilizar seu espaço físico para pesquisas, como também, sanando dúvidas e trocando idéias sobre um tema tão divergente.

A minha namorada Marice, que suportou minhas ausências para dedicar-me a este trabalho, ela compreensão e carinho.

As minhas avós Alice e Inah, principalmente esta última, que mesmo ausente neste mundo material, mostrou-se presente no espiritual e me deu forças para superar todos os obstáculos que surgiram.

A Deus e a todos que, direta ou indiretamente, colaboraram na elaboração e confecção deste trabalho.

# SUMÁRIO

<b>1 - INTRODUÇÃO .....</b>	<b>06</b>
<b>2 - HISTÓRICO.....</b>	<b>08</b>
<b>3 - DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.....</b>	<b>15</b>
3.1 Da alienação fiduciária e o negócio fiduciário.....	15
3.2 A relação jurídica na alienação fiduciária.....	16
3.2.1 Conceito.....	16
3.2.2 Sujeitos.....	16
3.2.2.1 Devedor fiduciante.....	16
3.2.2.2 Credor fiduciário.....	18
3.2.3 Forma.....	21
3.2.3.1 Conteúdo.....	21
3.2.3.2 Da validade contra terceiros.....	22
3.2.4 Objeto.....	26
3.2.4.1 Das embarcações e aeronaves.....	26
3.2.4.2 Da infungibilidade do bem fiduciado.....	27
3.2.4.3 Da substituição da garantia.....	30
3.2.4.4 Da não aplicação do direito de retenção.....	30
3.2.4.5 Do bem não adquirido com o produto do financiamento.....	30
3.3 Alienação fiduciária e os demais institutos de garantia.....	31
<b>4 - DA PROTEÇÃO PROCESSUAL.....</b>	<b>33</b>
4.1 Prolegômenos.....	33
4.2 Da ação de busca e apreensão.....	34
4.2.1 Do foro para competência da ação.....	34
4.2.2 Legitimidade.....	35
4.2.2.1 Da legitimação ativa.....	35
4.2.2.2 Da legitimação passiva.....	36
4.2.3 Da admissibilidade.....	38
4.2.3.1 Do inadimplemento e da mora.....	38
4.2.3.2 Da comprovação da mora.....	39
4.2.3.3 Do vencimento antecipado da dívida.....	40
4.2.3.4 Da petição inicial.....	41
4.2.4 Do deferimento da petição inicial.....	42
4.2.4.1 Exceções quanto à obrigatoriedade do deferimento liminar.....	45
4.2.5 Da citação e defesa do devedor fiduciante.....	47
4.2.5.1 Da purgação da mora.....	47
4.2.5.2 Da defesa do réu.....	50
4.2.6 Da sentença e seus efeitos.....	52
4.2.7 Da venda do bem como forma de excussão da garantia real.....	54



4.2.8 Do saldo devedor.....	56
4.3 Da conversão em ação de depósito.....	60
4.4 Da ação executiva.....	65
4.5 Da concordata preventiva e falência do fiduciante.....	67
4.5.1 Da concordata preventiva do fiduciante.....	67
4.5.2 Da falência do devedor fiduciante.....	68
<b>5 - DA CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>72</b>
<b>5 - CONCLUSÃO.....</b>	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>77</b>

# 1 - INTRODUÇÃO

A alienação fiduciária em garantia, instituto jurídico inserido em nosso ordenamento legal pela Lei 4.728 de 1965, posteriormente modificada pelo Decreto-lei 911 de 1969, vem sendo, até os dias atuais, objeto de grande controvérsia e polêmica nos Tribunais brasileiros.

Com suas origens históricas na *fiducia*, do antigo Direito romano, a alienação fiduciária é uma espécie de negócio fiduciário adaptado à realidade brasileira e foi instituída com o escopo de financiar bens de consumo duráveis através do crédito direto ao consumidor, principalmente automóveis e eletrodomésticos; como consequência, acabou abrindo uma perspectiva de aquisição a uma larga faixa de pessoas que até então não a tinha, como também possibilitou o escoamento da produção industrial nacional.

O fato que me levou a aprofundar os conhecimentos na matéria em pauta foi o estágio extracurricular realizado junto à AJURE (Assessoria Jurídica) do Banco de Brasil S.A., onde há uma grande incidência de litígios envolvendo o instituto, por conseguinte, tive conhecimento, na prática, das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da alienação fiduciária em garantia, o que gerou uma forte curiosidade pelo assunto. Assim, aproveitando a experiência obtida com o estágio, iniciei minha pesquisa jurisprudencial e doutrinária na intenção de dar uma ampla visão de como encontra-se posicionada, a alienação fiduciária em garantia no contexto jurídico nacional.

O intuito deste trabalho foi estudar o Decreto-lei 911/69, e como seus dispositivos legais vêm sendo aplicados pelos nossos Tribunais, principalmente no que tange às suas disposições processuais. Através das pesquisas jurisprudenciais e bibliográficas, constata-se que o Decreto-lei 911/69, no decorrer do tempo, vem sofrendo grandes mudanças, tanto na sua interpretação, como também, no

que se refere à aceitação de seus dispositivos legais por parte dos Tribunais pátrios e dos doutrinadores.

É isto que este trabalho se propõe, demonstrar a grande divergência jurisprudencial em torno de Decreto-lei 911/69, os seus dispositivos legais que vêm sendo desconsiderados por estarem em desacordo com a Constituição Federal (a prisão civil do devedor fiduciante como depositário infiel, a restrição da defesa de réu etc), e outros, que tiveram uma nova interpretação (obrigatoriedade da execução liminar anterior à citação, o foro contratual entre outros), visando adaptá-lo às exigências e demandas da sociedade. No campo doutrinário, há entendimento no sentido da inexistência da alienação fiduciária, sendo esta equiparada à uma mera espécie de penhor.

Deste modo, através do exame das decisões dos diversos Tribunais brasileiros e dos posicionamentos doutrinários de diversos autores a respeito do tema, vem este trabalho demonstrar as diversas interpretações que vem sendo dadas ao instituto da alienação fiduciária em garantia, visando propiciar aos acadêmicos e operadores do Direito, mais uma fonte de informações a ser consultada.

A coleta dos dados que instruíram e corroboraram o presente trabalho, foi efetivada através da documentação indireta e abrangeu a pesquisa documental e bibliográfica. A pesquisa documental limitou-se a jurisprudências, acórdãos e sentenças, já a bibliográfica, às legislações em vigor e à posição doutrinária de diversos autores nacionais.

## 2 - HISTÓRICO

A alienação fiduciária em garantia tem suas origens na *fiducia*, instituto jurídico absorvido pelo Direito romano através da Lei das XII Tábuas, o qual se baseia, exclusivamente, na lealdade e honestidade de uma das partes, o credor fiduciário, com a outra, o devedor fiduciante.

Apesar de somente ter sido constatada, como texto legal, na Lei das XII Tábuas, a *fiducia* foi aceita como uma regra de comportamento por longa data, dentro de várias civilizações antigas, antes de tornar-se uma norma jurídica, por isso há uma grande dificuldade em se determinar, com precisão, a época de seu aparecimento.

A *fiducia* se apresentou sob diversas formas e feições no Direito romano, sendo que dentre essas, a que mais se assemelha a alienação fiduciária em garantia, objeto do presente trabalho, é a *fiducia cum creditore*, onde o devedor fiduciante, através de um contrato, transfere a propriedade da coisa ao credor fiduciário, comprometendo-se este a retransmiti-la àquele após o recebimento do crédito que lhe é devido. Contudo, tratava-se de instituto em que o credor fiduciário ficava numa situação muito privilegiada, já que investia-se na plena titularidade dominial do bem fiduciado, de modo que, restava ao devedor fiduciante apenas confiar que o fiduciário, extinguindo-se a obrigação principal, lhe retransmitiria a propriedade da coisa. Assim, caso o fiduciário não retransmitisse o bem fiduciado, o fiduciante teria direito apenas à uma indenização, já que tratava-se de uma sanção de ordem pessoal, não possuindo efeito *erga omnes*, o que deixava o devedor em situação bastante inferiorizada em relação ao credor, motivo pelo qual surgiram, posteriormente, a hipoteca e o penhor, os quais não traziam tal conseqüência.

Já a *fiducia* do antigo Direito germânico (*Treuhanderchaft*) difere nas conseqüências da *fiducia* de origem romana, conquanto tenha suas raízes nesta. Pois na *fiducia* de origem germânica o

direito de propriedade do credor fiduciário sobre o bem fiduciado é limitado e resolúvel, como leciona o renomado Paulo Restiffe Neto: "*subordinado à realização de condição resolutiva em segurança do fiduciante, a impedir abuso no poder de disponibilidade, em razão mesmo da limitação do direito real conferido...*"<sup>1</sup>. Assim, cumprida a obrigação principal, retorna a propriedade ao devedor fiduciário, tendo, este, direito de seqüela, *erga omnes*, sobre o bem dado em garantia.

Podemos destacar, ainda, o 'negócio fiduciário' do Direito inglês, o qual exerceu grande influência no instituto da alienação fiduciária em garantia, caracterizado pelas figuras do *trust receipt* e do *chattel mortgage*.

O instituto da *fiducia* proliferou, vindo a ser absorvido por várias legislações, sob as mais diversas denominações e aplicações, traduzindo, quase sempre, num acordo de boa-fé, bilateral, caracterizado pela confiança que uma parte deposita na outra, onde o credor fiduciário recebe um bem como garantia do cumprimento de uma determinada obrigação, através de uma suposta transação de compra e venda, assumindo a obrigação restituí-lo ao devedor fiduciante depois de cessadas as causas que motivaram a instituição de tal garantia. Paulo Restiffe Neto, nas págs. 9 e 10 da obra supracitada, assim define o 'negócio fiduciário': "*O negócio fiduciário só existe como tal pela característica do fator confiança e da existência destes dois elementos: de natureza real e de natureza obrigacional. O primeiro compreende a transmissão do direito ou da propriedade, e o segundo relaciona-se com a sua restituição ao transmitente ou a terceiros após exaurido o objeto do contrato*".

No Direito brasileiro reconhecem os doutrinadores várias figuras de 'negócio fiduciário': a venda com escopo de garantia, a venda para recomposição de patrimônio, a doação fiduciária, a

---

<sup>1</sup> RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia Fiduciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 4.



cessão fiduciária de crédito para cobrança ou para fins de garantia, além de outras que não contrariem a lei, nem prejudiquem terceiros (art. 82 do Código Civil).

Após várias décadas de práticas de 'negócios fiduciários inominados', sem uma proteção legal específica, constata-se o surgimento da *fiducia* no Direito Positivo nacional como instituto de segurança típico, com estrutura legal ostensiva de garantia, através da Lei 4.864/65 (Lei de Estímulo à Indústria de Construção Civil), sob a forma de *cessão fiduciária de crédito*, e da Lei 4.728/65 (Lei de Mercado de Capitais), sob a forma de *alienação fiduciária em garantia*, cujo procedimento será objeto do presente trabalho.

A alienação fiduciária em garantia foi introduzida na legislação brasileira pelo art. 66 da Lei 4.728/65, tratando-se de um novo instrumento de garantia destinado a permitir a difusão do crédito direto ao consumidor, podendo utilizar-se dela, na condição de credor, *a priori*, somente as instituições financeiras regularmente registradas perante o Banco Central do Brasil.

Transcorria o ano de 1965, época da "ditadura militar", onde uma das prioridades foi o desenvolvimento e expansão da indústria nacional, já que a mesma encontrava-se estagnada devido às múltiplas greves; à ausência de capital de giro por parte dos comerciantes e empresários; à baixa capacidade aquisitiva dos consumidores para compra de bens de consumo duráveis, como eletrodomésticos e automóveis; e, à constatação da ineficiência das formas tradicionais de garantia, como o penhor e a venda com reserva de domínio, os quais davam oportunidades a muitas fraudes, ocasionando grande prejuízo às financeiras.

Foi nesse contexto nacional que surgiu a alienação fiduciária em garantia, com a Lei 4.728/65 (art. 66), visando impulsionar a indústria brasileira, especialmente a automobilística e de eletrodomésticos, através do financiamento de bens de consumo duráveis garantidos pelo novo instituto, e gerando, conseqüentemente, um aumento do mercado consumidor. Tal conseqüência foi quase imediata, com uma explosão no financiamento de crédito direto ao consumidor final e uma grande expansão industrial entre final da década de 60 e início da de 70, época conhecida como a do

"milagre econômico brasileiro", com o surgimento de novas fontes de produção e consumo, num ciclo espiral, dinâmico e progressivo de circulação de riquezas.

Contudo, com o advento da Lei 4.728/65, surgiram várias dúvidas na aplicação dos remédios judiciais cabíveis no caso de inadimplemento ou mora das obrigações pactuadas no financiamento com garantia fiduciária, já que o art. 66 somente trouxe normas de direito material, não fixando quais os meios processuais adequados a serem utilizados. Assim, os tribunais do país acabaram dando diversas e divergentes interpretações no que se refere aos meios processuais cabíveis, admitindo as mais variadas ações, desde a reintegração e a imissão de posse até a reivindicatória, além da ação ordinária, de busca e apreensão e de depósito, o que gerou uma total divergência jurisprudencial. Deste modo, os próprios juízes, visando uniformizar a jurisprudência, sentiram a necessidade da elaboração de uma lei de cunho processual para estabelecer o processamento e quais os tipos de ações cabíveis quando se tratasse de alienação fiduciária em garantia; de modo que, tivemos a elaboração do Decreto-lei 911/69 para suprir as lacunas e imprecisões técnicas do art. 66 da Lei 4.728/65, o qual estabeleceu regras processuais e deu nova redação à algumas disposições de natureza substantiva. Orlando Gomes assim caracteriza o referido Decreto-lei 911/69: *"Desdobrou-se em seis artigos, conservando a nova redação do art. 66 da lei 4.728 a distribuição, em numerosos parágrafos, de matéria que, na boa técnica legislativa, deveria ser objeto de preceitos separados, por não estar subordinada ao caput do artigo, não desdobrá-lo, ou não constituir exceção ao que dispõe. Entrou em vigor na data de sua publicação".*<sup>2</sup>

O Decreto-lei nº 911 de outubro de 1969 tem a seguinte redação:

*Art. 1º O art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a ter a seguinte redação:*

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

*§ 1º A alienação fiduciária em garantia somente se prova por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será*

<sup>2</sup> GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 20.

*obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros, e conterà, além de outros dados, os seguintes:*

- a) o total da dívida ou sua estimativa;*
- b) o local e a data do pagamento*
- c) a taxa de juros, as comissões cuja cobrança for permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis;*
- d) descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação.*

*§ 2º Se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não for proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferirá ao credor no momento da aquisição de propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior.*

*§ 3º Se a coisa alienada em garantia não se identifica por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.*

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

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

*§ 6º É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.*

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

*§ 8º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, inciso I, do Código Penal.*

*§ 9º Não se aplica à alienação fiduciária o disposto no art. 1.279 do Código Civil.*

*§ 10º. A alienação fiduciária em garantia de veículo automotor deverá, para fins probatórios, constar do Certificado de Registro, a que se refere o art. 52 do Código Nacional de Trânsito.*

**Art. 2º** *No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.*

*§ 1º O crédito a que se refere o presente artigo abrange o principal, juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária, quando expressamente convencionados pelas partes.*

*§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.*

*§ 3º A mora e o inadimplemento de obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária em garantia, ou a ocorrência legal ou convencional de*

*alguns casos de antecipação de vencimento da dívida facultarão ao credor considerar, de pleno direito, vencidas todas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.*

*Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.*

*§ 1º Despachada a inicial e executada a liminar, o réu será citado para, em três dias, apresentar contestação ou, se já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado, requerer a purgação da mora.*

*§ 2º Na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais.*

*§ 3º Requerida a purgação da mora tempestivamente, o juiz marcará data para o pagamento, que deverá ser feito em prazo não superior a dez dias, remetendo, outrossim, os autos ao contador para cálculo do débito existente, na forma do art. 2 e seu § 1º.*

*§ 4º Contestado ou não o pedido e não purgada a mora, o juiz dará sentença de plano em cinco dias, após o decurso do prazo de defesa, independentemente da avaliação do bem.*

*§ 5º A sentença, de que cabe apelação, apenas no efeito devolutivo, não impedirá a venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente e consolidará a propriedade e a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário. Preferida pelo credor a venda judicial, aplicar-se-á o disposto nos arts. 1.113 a 1.119 do Código de Processo Civil.*

*§ 6º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.*

*Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.*

*Art. 5º Se o credor preferir recorrerá via executiva ou, se for o caso, ao executivo fiscal, serão penhorados, a critério do autor da ação, bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução.*

*Parágrafo único. Não se aplica à alienação fiduciária o disposto nos incisos VI e VIII do art. 649 do Código de Processo Civil.*

*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.*

*Art. 7º Na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista da lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente.*

*Parágrafo único. Efetivada a restituição, o proprietário fiduciário agirá na forma prevista neste decreto-lei.*

*Art. 8º O Conselho Nacional de Trânsito, no prazo máximo de 60 dias, a contar da vigência do presente decreto-lei, expedirá normas regulamentares relativas à alienação fiduciária de veículos automotores.*

*Art. 9º O presente decreto-lei entrará em vigor na data da sua publicação, aplicando-se, desde logo, aos processos em curso, revogadas as disposições em contrário.*

Com a publicação do Decreto-lei 911/69, ficaram mais precisas as disposições acerca da alienação fiduciária em garantia, todavia, muitas dúvidas ainda pairam sobre este instituto, as quais serão objeto de exame neste trabalho.



### 3 - DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

#### 3.1 - DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

Paulo Restiffe Neto define o instituto da alienação fiduciária como uma espécie do gênero 'negócio fiduciário', onde *“o devedor aliena a coisa sob a condição suspensiva de retorno ipso jure do domínio, mediante o pagamento da dívida assim garantida.”*, ambos possuindo dois elementos distintos: *“um de ordem obrigacional (do devedor) relacionado com o pagamento da dívida decorrente do financiamento; e outro de direito real, consistente na alienação da coisa, que se transfere ao financiador em garantia do cumprimento da obrigação de pagar toda a importância final do financiamento.”*<sup>3</sup>.

Todavia, no 'negócio fiduciário' (gênero), com o pagamento da dívida garantida, o dever do credor de restituir o bem fiduciado ao devedor é de cunho obrigacional; já na alienação fiduciária (espécie) em garantia, quitada a dívida garantida, reingressa o bem fiduciado ao patrimônio do devedor fiduciante, tendo este direito real sobre aquele, ou seja, com efeito *erga omnes* e direito de seqüela, isto devido a resolubilidade e transitoriedade da propriedade fiduciária.

Outra distinção que se faz entre a alienação fiduciária em garantia (espécie) e o 'negócio fiduciário' (gênero) é que neste, o fator confiança é uma característica marcante, pois o devedor fiduciante acredita que o credor fiduciário, quitada a dívida, retransmitirá o bem dado em garantia, devendo, deste modo, confiar na lealdade deste, já que a pretensão restituitória, neste caso, será sempre de natureza obrigacional; já naquela o fator confiança diminui consideravelmente, pois a propriedade fiduciária é resolúvel e transitória, ou seja, quitada a dívida, o bem fiduciado reintegra o

---

<sup>3</sup> Paulo Restiffe Neto, *op. cit.* 86 e 87.

patrimônio do devedor, devido à natureza real da pretensão restituitória. Logo, na alienação fiduciária em garantia quem deve, realmente, ter confiança na outra parte é o credor fiduciário, já que o bem fiduciado permanece na posse direta do devedor fiduciante, devendo aquele confiar no zelo deste, visando sempre a conservação das qualidades do bem, já que uma deterioração deste acarretaria numa diminuição da garantia da dívida.

## **3.2 - A RELAÇÃO JURÍDICA NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

### **3.2.1 - Conceito**

A alienação fiduciária pode ser definida como um negócio jurídico pelo qual o devedor fiduciante transfere o domínio transitório e resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada ao credor fiduciário como garantia de um débito, ficando com a posse direta e como depositário desta até o pagamento da dívida garantida, quando lhe é restituído o bem fiduciado.

A alienação fiduciária em garantia, sendo um ato lícito de vontade, deverá seguir a norma geral dos atos jurídicos, conforme o art. 82 do Código Civil, requerendo para sua validade: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

### **3.2.2 - Sujeitos**

Os sujeitos na alienação fiduciária são: o credor fiduciário, também conhecido como adquirente ou proprietário fiduciário, e o devedor fiduciante, também designado como alienante.

**3.2.2.1 - Devedor fiduciante:** O devedor fiduciante poderá ser qualquer pessoa física ou jurídica com capacidade de agir, desde que seja o proprietário do bem sobre o qual recai a garantia. Entretanto, o art. 1º, § 2º do Dec.-lei 911/69 é bem claro ao expor: “*Se, na data do instrumento de*

*alienação fiduciária, o devedor ainda não for proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferirá ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independente de qualquer formalidade posterior.”, ou seja, mesmo não sendo o devedor proprietário do bem dado em garantia, mas vindo posteriormente a adquiri-lo, perfaz-se, automaticamente, a alienação fiduciária em favor do credor, independente de qualquer formalidade; tal dispositivo seguiu a orientação do parágrafo único do art. 756 do Código Civil que assim reza: “O domínio superveniente revalida, desde a inscrição, as garantias reais estabelecidas por quem possuía a coisa a título de proprietário”.*

Cabe sempre lembrar que o devedor fiduciante está alienando o bem apenas para garantir o pagamento da dívida de um financiamento por ele assumido, não tendo o intento de transmitir definitivamente a propriedade, isto porque esta é resolúvel e transitória.

O devedor fiduciante, devido à sua posição de possuidor direto e depositário, é o único e exclusivo responsável pela utilização do bem dado em garantia, ou seja, serão somente suas as responsabilidades perante os poderes públicos por tributos ou multas por infrações de uso, como também por indenizações conseqüentes a atos ilícitos ou danos causados a terceiros, segundo melhor entendimento jurisprudencial, *in verbis*:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE COM VEÍCULO ALIENADO - CREDOR FIDUCIÁRIO.***

*Responsabilidade civil. Acidente de veículos. A propriedade fiduciária é apenas em garantia, que 'se opera muito mais com ânimo de credor, do que com ânimo de senhor' (Forster). O credor fiduciário não responde civilmente por acidente praticado pelo devedor fiduciante com veículo alienado em garantia.<sup>4</sup>*

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - INFRAÇÃO DE NORMAS DO CÓDIGO NACIONAL DE TRÂNSITO - APREENSÃO E REMOÇÃO DO VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE - RESPONSABILIDADE PELAS DESPESAS - LEI Nº 4.728/65***

*Não há razão para que o credor fiduciário, apenas por essa qualidade ou nessa condição, responda por ilícitos praticados pelo devedor fiduciante.<sup>5</sup>*

<sup>4</sup> Apelação cível nº 11.257 do TARS, *in* Jurisprudência Brasileira 17/180 - 1975.

<sup>5</sup> Apelação cível nº 11.257 do TJSP, *in* Jurisprudência Brasileira 17/304 - 1976.

**3.2.2.2 - Credor fiduciário:** Quanto à legitimidade para figurar como credor fiduciário há muitas divergências, tanto doutrinárias como jurisprudenciais, com três interpretações à respeito: extensiva, intermediária e restritiva.

A interpretação extensiva é da opinião de qualquer pessoa, física ou jurídica, está legitimada a figurar como credor fiduciário, podendo utilizar da garantia fiduciária em seus negócios. Esta corrente é minoritária, porém, defendida por M<sup>a</sup> Helena Diniz<sup>6</sup> e Nestor José Forster, além ser aceita por alguns Ministros do STF, os quais alegam que a lei não restringiu, em momento algum, o uso da garantia fiduciária. Forster afirma que: “*se fosse intenção do legislador restringir a alienação fiduciária somente às financeiras, que então, somente elas poderiam figurar na posição de credoras, tê-lo-ia dito com todas as letras*”.<sup>7</sup> Tal posicionamento pode ser constatado em decisões proferidas pelo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, abaixo transcritas:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - NEGÓCIO REALIZADO POR PESSOA JURÍDICA, SEM CARÁTER DE SOCIEDADE FINANCEIRA E NÃO REGISTRADA NO BANCO CENTRAL -IRRELEVÂNCIA.***

*A lei que dispõe sobre o mercado de capitais em nenhum dispositivo estabeleceu, para as sociedades de financiamento, o privilégio de serem as únicas titulares do direito da alienação fiduciária em garantia.*<sup>8</sup>

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Contrato celebrado por sociedade comercial revendedora de automóveis - Validade - Inexistência de privilégio das instituições financeiras - Ação de busca e apreensão - Processamento determinado.***

*O contrato de alienação fiduciária não é privativo das instituições financeiras, podendo ser celebrado por outras entidades. Válido, portanto, é o contrato realizado por sociedade comercial revendedora de automóveis, devendo ser processada a ação de busca e apreensão por ela ajuizada na hipótese de não pagamento das prestações contratadas.*<sup>9</sup>

A interpretação restritiva somente admite a alienação fiduciária em favor das entidades financeiras que integram o chamado “Mercado de Capitais”, ou seja, regularmente registradas perante o Banco Central do Brasil. É a posição doutrinária majoritária, defendida por Paulo Restiffo

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 5. p. 59 e 60.

<sup>7</sup> FORSTER, Nestor José. Extensividade da alienação fiduciária em garantia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 488, p. 59, jun. 1976.

<sup>8</sup> Apelação cível nº 162.664 do TACSP, in RT 435/134 - 1971.

<sup>9</sup> Apelação cível nº 299.845 do TACSP, in RT 576/144 - 1983.

Neto, Orlando Gomes, Arnaldo Wald, Milton Paulo de Carvalho, Alfredo Buzaid, Luis Augusto Beck da Silva, Jorge Belo Lyra e Pedro Cecílio de Oliveira Neto, de que a Lei 4.728/65, a qual instituiu a alienação fiduciária em garantia, é de caráter financeiro mercantil e estava cuidando especificamente de operações de crédito e financiamento dentro do sistema de mercado de capitais; de modo que, somente as instituições financeiras em sentido estrito seriam legitimadas a adquirir fiduciariamente bens em garantia. Alega, ainda, que, caso fosse possível o particular utilizar da garantia fiduciária, seria um incentivo à agiotagem, devido ao tratamento drástico dado ao devedor e às vantagens outorgadas ao credor pela lei vigente. De acordo com esta corrente, não se tratando de instituição financeira em sentido estrito, somente poderão utilizar-se da garantia fiduciária quem for expressamente autorizado por lei, como no caso do Decreto 62.789/68, admitindo que o INPS, para garantir seus créditos pelo não recolhimento de contribuições, se valha da alienação fiduciária. Este posicionamento é sustentado pelos julgados abaixo transcritos:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - CONTRATO DE COMPRA E VENDA FIRMADO POR ESTABELECIMENTO COMERCIAL - CARÊNCIA DE LEGITIMIDADE - INSTITUTO PRIVATIVO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.***

*O instituto da alienação fiduciária em garantia constitui privilégio das organizações financeiras. Simples sociedade comercial carece de legitimidade para contratar compra e venda com essa garantia.<sup>10</sup>*

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - CONTRATO RESTRITO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - AÇÃO AJUIZADA POR CONSÓRCIO - PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA - APELAÇÃO NÃO PROVIDA.***

*Os contratos de alienação fiduciária são restritos às instituições financeiras, e não se estendem aos consórcios.<sup>11</sup>*

Há, ainda, uma terceira corrente, a intermediária, que defende a utilização do instituto por qualquer instituição financeira em sentido amplo, entre as quais: as entidades bancárias não financeiras e os consórcios regularmente constituídos na forma da Lei 5.768/71, além das entidades estatais ou paraestatais (art. 5º - *caput* do Dec.-lei 911/69). É o entendimento de José Carlos

<sup>10</sup> Apelação cível nº 318.485 do TACSP, *in* RT 586/105 - 1984.

<sup>11</sup> Apelação cível nº 236.976 do TACSP, *in* RT 508/141 - 1977.



Moreira Alves, Célio Borja, Liberato Póvoa, entre outros, e vem, atualmente, se firmando na jurisprudência do STJ e TJSC. Tal entendimento se embasa, no que se refere às entidades estatais ou paraestatais, no art. 5º do Dec.-lei 911/69, o qual ao admitir a possibilidade da utilização execução fiscal como meio para cobrar a dívida, tacitamente outorgou-lhes legitimidade<sup>12</sup>, some-se a isto, a fiscalização a que estão sujeitas e pela presunção do interesse público de que gozam tais entidades. Quanto aos consórcios regularmente constituídos na forma da Lei 5.768/71 e às entidades bancárias, a legitimidade se justifica pelo fato de serem dependentes do Poder Público para funcionamento, sujeitos a sua fiscalização e fazerem parte do sistema financeiro nacional, ou seja, tratam-se de instituições financeiras em sentido amplo. Tal posicionamento é sustentado pela Súmula 6 do 1º TACSP: “Os consórcios de financiamento, regularmente constituídos, podem efetuar financiamentos mediante alienação fiduciária de bens em garantia e, por consequência, requerer busca e apreensão, nos termos do Dec.-lei 911/69”, e por vários julgados, sendo alguns abaixo transcritos:

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - GARANTIA DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO - INCIDÊNCIA SOBRE O BEM NÃO ADQUIRIDO COM O FINANCIAMENTO - ADMISSIBILIDADE - POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO POR ENTIDADE BANCÁRIA, DADA SUA NATUREZA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM SENTIDO AMPLO.**

*A jurisprudência dominante, inclusive a do Pretório Excelso, consolidou entendimento segundo o qual qualquer instituição em sentido amplo, entre as quais as entidades bancárias, que não são sociedades financeiras, pode utilizar-se da alienação fiduciária para garantia de seus financiamentos concedidos.<sup>13</sup>*

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - UTILIZAÇÃO NAS OPERAÇÕES DE CONSÓRCIO QUE SE SITUAM NO TERRENO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - FISCALIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.**

*A garantia real (propriedade fiduciária) decorrente da alienação fiduciária em garantia pode ser utilizada nas operações de consórcio que se situam no terreno do sistema financeiro nacional e que se realizam sob fiscalização do Poder Público, da mesma forma como ocorre com as operações celebradas pelas financeiras em sentido estrito.<sup>14</sup>*

<sup>12</sup> De acordo com o Recurso Extraordinário nº 111.219-RJ, 2ª Turma do STF, rel. Min. Aldir Passarinho, in DJU 18/03/1988, p. 5.571.

<sup>13</sup> Recurso Especial nº 2.176 - RS, in RT 660/211 - 1990.

<sup>14</sup> Recurso Extraordinário nº 90.636-3 - SP, in RT 528/259 - 1979.

### 3.2.3 - Forma

Quanto à forma, a alienação fiduciária somente se prova por contrato escrito, podendo ser estipulado tanto por instrumento público, como particular.

**3.2.3.1 - Conteúdo:** Na alienação fiduciária sempre teremos, teoricamente, dois contratos, um principal, de natureza obrigacional, pactuando o financiamento do credor fiduciário ao devedor fiduciante; e um acessório, de natureza real, o qual institui a alienação fiduciária de um bem como garantia ao cumprimento do contrato principal, de modo que, com o cumprimento das obrigações pactuadas no primeiro contrato, conseqüente e automaticamente, extinguir-se-á o segundo.

Todavia, na prática, para evitar a dispendiosa elaboração de dois contratos, faz-se somente um, o qual conterá cláusulas a respeito do financiamento e da garantia fiduciária. Em tal contrato deverá constar, entre outros dados, conforme o art. 1º, § 1º do Dec.-lei 911/69: a) o total da dívida ou sua estimativa e a data do pagamento, sendo que, geralmente, tal dívida é fracionada, devendo, deste modo, constar no contrato, o valor e data do vencimento de cada parcela; b) o local do pagamento, não havendo tal estipulação, presume-se escrito o domicílio do devedor (art. 950, Código Civil); c) a taxa de juros; d) a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis; e) as comissões cuja cobrança for permitida, sendo utilizada, na maioria das vezes, a comissão de permanência; f) a cláusula penal, que deverá ser expressa e discriminada (art. 916 e seguintes do Código Civil), sendo esta multa contratual estipulada, geralmente, em 10% (dez por cento), e destinada ao ressarcimento de perdas e danos sofridos pela financeira, não se confundindo com a verba honorária advocatícia devida pelo princípio da sucumbência quando utilizadas as vias judiciais (v. 4.2.6); g) a descrição precisa do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua exata identificação, já que caberá sempre ao credor fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade do bem que lhe foi alienado fiduciariamente, conforme § 3º do art. 1º do Dec.-lei 911/69, devendo, por conseguinte, sempre constar no instrumento número, marca, ou sinais indicativos que facilitem sua identificação.

**3.2.3.2 - Da validade contra terceiros:** Quanto a validade contra terceiros, dispõe o §1º do art. 1º do Dec.-lei 911/69 que deverá o contrato ser arquivado, por fotocópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor. Tal registro não é requisito de validade do contrato, como explana Orlando Gomes: "*constitui, em verdade, imposição legal para o fim específico de valer contra terceiros, pertencendo seu exame, por conseguinte, ao campo da publicidade*"<sup>15</sup>, ou seja, dar-lhe-á efeito *erga omnes*.

Assim, caso o devedor fiduciante não pague as dívidas pactuadas, incorrendo em mora, e o bem dado em garantia encontrar-se em poder de terceiros, estando o contrato de alienação fiduciária regularmente registrado, caberá ao proprietário fiduciário o ônus de demonstrar que o mesmo é de sua propriedade (art. 1º, § 3º do Dec. lei 911/69), por isso a importância da perfeita identificação do bem fiduciado no contrato (art. 1º, § 1º, d, do Dec.-lei 911/69). Todavia, cumprido esse ônus da prova, terá o credor fiduciário direito real, *erga omnes* sobre tal bem, o qual retornará ao seu domínio; restando ao terceiro, somente, direito a pleitear uma possível indenização do devedor fiduciante.

Quanto ao registro, reza a lei que deverá ser feito no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do credor, contudo, a jurisprudência vem se firmando no sentido de que, para surtir efeitos em relação a terceiros, os contratos de alienação fiduciária em que forem as partes residentes em circunscrições territoriais diversas, deverão ser registrados em todas elas, ou seja tanto no domicílio do credor como do devedor, baseada no teor dos arts. 129 e 130 da Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), conforme decisão *in litteris*:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Registro - Partes residentes em circunscrições territoriais diversas - Necessidade de que seja efetuado tanto no domicílio do credor como do financiado alienante para que o contrato surta efeito em relação a terceiros - Invalidez em relação a estes se efetuado somente no domicílio do credor, com omissão de sua efetuação na comarca onde reside o devedor - Inteligência e aplicação dos arts. 66, § 1º da Lei 4.728/65 e 129 e 130 da Lei 6.015/73.***

*Para surtir efeitos em relação a terceiros os contratos de alienação fiduciária em que forem as partes residentes em circunscrições territoriais diversas deverão ser*

<sup>15</sup> Orlando Gomes. *op. cit.* 57.

*registrados em todas elas, ou seja, tanto no domicílio do credor como no do financiado alienante.*

*Como corolário, resta ineficaz em relação a terceiros o registro feito apenas na exclusiva conveniência do credor fiduciário, pois não tem o comprador do bem como efetuar um levantamento em todos os cartórios de registros de títulos e documentos do País onde pudesse estar domiciliada uma financeira autorizada a operar mediante o recebimento da garantia de alienação fiduciária.<sup>16</sup>*

Quando o bem dado em garantia se tratar de veículo automotor, dispõe o art. 1º, § 10º do Dec.-lei 911/69, que a cláusula de alienação fiduciária deverá ser inserida no Certificado de Registro do veículo para ter validade contra terceiros. O art. 1º da Resolução nº 422/69 do CONTRAN reza que: *"As repartições de trânsito farão constar no campo de 'Observações', do Certificado de Registro que trata o Artigo 52, do Código Nacional de Trânsito, e seus anexos, a existência de alienação fiduciária em garantia, com indicação do nome e endereço do credor fiduciário".* Entretanto, apesar das disposições legais expressas supracitadas e da Súmula 92 do STJ: *"A terceiro de boa-fé não é oponente a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor"*, o entendimento jurisprudencial não é pacífico, pois a Súmula 489 do STF reza: *"A compra e venda de automóvel não prevalece contra terceiros de boa-fé, se o contrato não foi transcrito no Registro de Títulos e Documentos"*, deste modo, a financeira, para sua maior segurança, deverá tanto registrar o contrato no Cartório de Títulos e Documentos, como fazer constar a cláusula de alienação fiduciária no Certificado de Registro do veículo. Tal divergência jurisprudencial é constatada nos julgados abaixo transcritos:

#### ***EMBARGOS DE TERCEIROS.***

*Embargos de terceiros, para livrar automóvel de constrição judicial. Prevalência da eficácia derivada do contrato de alienação fiduciária, registrado em cartório de título de documentos, em confronto com a matrícula de repartição de trânsito, somada à posse do veículo. Recurso provido, por divergência com a Súmula 489 do Supremo Tribunal.<sup>17</sup>*

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Automóvel - Inscrição no Registro de Títulos e Documentos - Validade contra terceiros - Recurso Extraordinário conhecido e provido com base na jurisprudência assente do STF - Relevância acolhida.***

<sup>16</sup> Apelação cível nº 411.821 do TACSP, in RT 648/117 - 1989.

<sup>17</sup> Recurso Extraordinário nº 114.930-2 - SP/1988, in NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 28ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 745, art. 1º, nota 17.

*Inscrito o instrumento de alienação fiduciária de automóvel no Registro de Títulos e Documentos, vale ele contra terceiros, independentemente de constar ou não do certificado de registro a que alude o art. 52 do CNT.*<sup>18</sup>

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Contrato - Automóvel - Registro na repartição de trânsito - Prevalência sobre o registro em Cartório de Títulos e Documentos.**

*O registro de alienação fiduciária de automóvel somente em Cartório de Títulos e Documentos de nenhuma forma deve prevalecer ante aquele que fez registrar igual garantia na repartição de Trânsito, de molde a constar do respectivo certificado de registro.*<sup>19</sup>

**BUSCA E APREENSÃO - Veículo - Alienação fiduciária não anotada no certificado de registro - Terceiro de boa-fé - Contrato registrado em títulos e documentos após a posse do terceiro.** *A compra e venda de veículo se aperfeiçoa com a tradição. Se o veículo foi entregue ao comprador originário e este, não encontrando ônus ou restrição que deveria constar no Certificado de Registro, o transfere a terceiro que o adquire de boa-fé pode este não sendo parte na busca e apreensão (fundada em mora e contrato de alienação fiduciária registrada em Títulos e Documentos somente seis meses após sua aquisição do bem) defender sua posse através de embargos de terceiro. Ao terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro de veículo automotor (STJ. Súmula 92).*<sup>20</sup>

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA de veículo automotor não é eficaz perante terceiros de boa-fé, se não constar do Certificado de Registro previsto no art. 52 do CNT.** *A lei deve ser aplicada com atenção aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum. A regra do questionado § 10º apresenta-se cogente, e busca tutelar a boa-fé dos adquirentes de veículos, ante a impossibilidade prática de pesquisa nos escritórios de Títulos e Documentos do domicílio de eventuais credores fiduciários do vendedor do veículo.*<sup>21</sup>

Cabe salientar que todos registros previstos no Dec.-lei 911/69 não são obrigatórios, apenas servem para dar efeito *erga omnes* ao contrato de alienação fiduciária pactuado entre as partes, deste modo, qualquer disposição normativa que obrigue as partes a registrarem tais contratos será ilegal, pois trata-se de medida facultativa.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Recurso Extraordinário nº 87.827-1 - SP, in RT 540/221 - 1980.

<sup>19</sup> Apelação cível nº 326.187 do TACSP, in RT 596/136 - 1985.

<sup>20</sup> Apelação cível nº 43.858 do TJSC, in DJ/SC de 05/09/1995, p. 17.

<sup>21</sup> Recurso Especial nº 1.744 - SP, in LEX: 12/129 - 1990.

<sup>22</sup> Tal entendimento pode ser constatado na liminar concedida recentemente pelo Des. Anselmo Cerello do TJSC no M.S. nº 96.003986-7 da Capital, publicado nas páginas 01 e 02 do DJ/SC de 13/05/97, frente a exigência descabida do convênio nº 646/1997-7, firmado entre o SIREDOC (Sindicato dos Oficiais do Registro Civil, Títulos e documentos e de Pessoas Jurídicas e Escrivãs de Paz de Santa Catarina) e o DETRAN/SC, publicado em 31/01/97, o qual "determinou o arquivamento no Cartório de Títulos e Documentos dos Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia como condição à expedição de certificado de propriedade de veículos (art. 52 do CNT) ...".



Um importante efeito que decorre do registro em relação a terceiros é a impenhorabilidade do bem dado em garantia, não respondendo por dívidas, quer do fiduciante, quer do fiduciário. O eminente Ministro do STF José Carlos Moreira Alves frisa: *“O bem alienado fiduciariamente não pode, entretanto, ser penhorado, pois ele não mais é da propriedade do devedor”*<sup>23</sup>, seguindo o mesmo entendimento, a Súmula 242 do extinto Tribunal Federal de Recursos: *“O bem alienado fiduciariamente não pode ser objeto de penhora nas execuções ajuizadas contra devedor fiduciário”*. Deste modo, caso seja executado o fiduciante, não poderá o bem dado em garantia ser penhorado, visto que o bem é de propriedade do credor fiduciário, logo, qualquer penhora só poderá incidir sobre eventuais direitos do fiduciante. O mesmo ocorre com o credor fiduciário, conforme explana Paulo Restiffe Neto: *“Também por dívida do credor fiduciário em relação a terceiros não pode o bem ser objeto de constrição judicial porque a posse direta, com expectativa de reversão do domínio é assegurada ao fiduciante. Só poderia ser penhorado o direito de crédito do fiduciário (prestações), nunca o objeto de que tem a titularidade do domínio resolúvel”*.<sup>24</sup>

**3.2.3.3 - Da proibição do pacto comissório:** O Dec.-lei 911/69 proíbe no § 6º do seu art. 1º, a estipulação do pacto comissório, da mesma forma que o art. 767 do Código Civil, ou seja, não pode o credor fiduciário ficar com o bem fiduciado em pagamento, em caso de inadimplemento, sendo obrigado a vendê-lo judicial ou extrajudicialmente para poder ressarcir-se de seu crédito, devolvendo o saldo porventura existente ao devedor. Tal disposição legal, segundo Restiffe, pág. 185, *“tem por finalidade evitar que o devedor por qualquer modo ficasse coagido e, sob a pressão da necessidade, fosse levado a convencionar o abandono do bem ao credor por quantia irrisória”*. Entretanto, se for do interesse do devedor entregar o bem fiduciado para quitação integral da dívida, nada impede a dação em pagamento (arts. 995 a 998 do Código Civil), pois, como explana o autor

---

<sup>23</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 175.

<sup>24</sup> Paulo Restiffe Neto. *op. cit.* 124.

supracitado na página 186: *"O que não pode é o devedor ficar subjugado ao império do credor para entregar-lhe em pagamento a coisa contra sua vontade e interesse."*

Conforme art. 53, *caput* da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), também serão nulas as cláusulas contratuais que estabeleçam a perda total das prestações pagas pelo devedor em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado. Obviamente, tal artigo somente será aplicado quando o devedor fiduciante for um consumidor final nos termos do art. 2º da legislação anteriormente referida, e não significa que o mesmo terá direito à devolução de todas parcelas pagas, já que, conforme exposto anteriormente (v. 3.2.3.1), poderá ser estabelecida no contrato uma pena pelo descumprimento da obrigação através de cláusula penal, geralmente de 10% (dez por cento) sobre as parcelas inadimplidas.

### **3.2.4 - Objeto**

O objeto do contrato de alienação fiduciária em garantia deverá ser, em tese, bem móvel infungível, desde que alienável.

**3.2.4.1 - Das embarcações e aeronaves:** Os imóveis não entram para a classe de bens que possam ser oferecidos em garantia por alienação fiduciária, já que o instituto foi criado para facilitar o financiamento direto ao consumidor de bens e utilidades móveis. Por conseguinte, tanto os bens imóveis, como os destinados à imobilização, com aderência ou alteração da própria substância, não poderão ser objeto de alienação fiduciária. Já as embarcações e aeronaves, mesmo não sendo efetivamente bens imóveis, contudo, tratados como tais, respectivamente, pelo Direito Comercial Marítimo e pelo Código do Ar, poderão ser objeto de alienação fiduciária, já que o art. 48 do Decreto-lei 413/69 assim dispõe: *"Quando, do penhor ou da alienação fiduciária, fizerem parte veículos automotores, embarcações ou aeronaves, o gravame será anotado nos assentamentos próprios da repartição competente para expedição de licença ou registro dos veículos."* A Lei 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica) também prevê a possibilidade da alienação fiduciária de

aeronave em seus arts. 148 a 157, entretanto, ressalta Paulo Restiffe Neto: "O que é indispensável é a anotação do gravame nos assentamentos próprios da repartição competente para a expedição da licença da aeronave ou embarcação, para prova e validade contra terceiros".<sup>25</sup> A admissibilidade da alienação fiduciária de embarcações e aeronaves é pacificamente aceita pela jurisprudência, contudo, quanto ao registro, há divergência se este deverá ser feito na repartição competente ou no Cartório de Títulos e Documentos para valer contra terceiros, da mesma forma que os veículos automotores (v. 3.2.3.2). Eis alguns decisos a respeito:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - EMBARCAÇÃO - POSSIBILIDADE DE SER OBJETO DO CONTRATO.***

*O navio pode ser objeto de alienação fiduciária.*<sup>26</sup>

***AERONAVE - Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Contrato registrado em Registro de Títulos e Documentos, sem averbação no Registro Aeronáutico Brasileiro - Inoponibilidade "erga omnes" - hipótese, ademais, em que terceiro já se encontrava na posse legítima do bem.***

*Em matéria de registro público de aeronaves prevalece o registro Aeronáutico Brasileiro, cujas inscrições serão obrigatoriamente averbadas no certificado de matrícula das mesmas, pois só por ele operará a condição jurídica das aeronaves em relação a terceiros.*<sup>27</sup>

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE AERONAVE - Vale contra terceiros se registrado o respectivo instrumento no Registro de Títulos e Documentos, independente de anotação no registro Aeronáutico Brasileiro.***<sup>28</sup>

**3.2.4.2 - Da infungibilidade do bem fiduciado:** Quanto a obrigatoriedade da infungibilidade do bem alienado fiduciariamente há muita divergência doutrinária e jurisprudencial, sendo que a tendência nos tribunais é pela admissão da alienação fiduciária de bens fungíveis, desde que não sejam consumíveis, ou comerciáveis, ou inidentificáveis. Deste modo, se o bem for consumível, como gêneros de consumo imediato ou perecíveis; comerciável, como bens que compõem o estoque de comércio da devedora, ou matéria-prima destinada à transformação; ou mercadorias a granel inidentificáveis, não poderá, *a priori*, ser objeto de alienação fiduciária.

<sup>25</sup> RESTIFFE NETO, Paulo. *op. cit.* 109.

<sup>26</sup> Apelação cível nº 27.045 do TACSP, *in* RT 479/156 - 1975.

<sup>27</sup> Apelação cível nº 352.201 do TACSP, *in* RT 608/107 - 1986.

<sup>28</sup> Recurso Extraordinário nº 88.059 - SP, *in* RTJ 92/221 - 1979.

O renomado Paulo Restiffe Neto explana sobre o problema da fungibilidade do bem fiduciado:

*Na alienação fiduciária, cuidando-se de constituição de garantia para o cumprimento de uma obrigação assumida (pagamento de uma dívida) em prol do credor, com maior razão impõe-se a infungibilidade da coisa alienada, como condição de eficácia da garantia (...) E assim há de ser porque a alienação fiduciária vem integrada também pela figura do depósito, ex vi legis, e este só pode ser constituído apropriadamente sobre coisas móveis infungíveis. Em suma, o critério que deve nortear a matéria é o da verificação da compatibilidade ou não da coisa com as finalidades da garantia. Desde que possa haver identificação em espécie, seja durável e destinada a permanecer na posse do alienante, pode ser dada em garantia.<sup>29</sup>*

O entendimento que vem se firmando é pela possibilidade da alienação fiduciária de coisa fungível, se esta ganhar foros de infungibilidade pelas partes contratantes, ou seja, possa ser identificada, seja durável e não comerciável.

O maior problema da admissibilidade de bens fungíveis na alienação fiduciária está no aspecto da possibilidade de prisão civil do devedor fiduciante (v. 4.3), por ser ele equiparado à figura do depositário pelo art. 1º do Dec.-lei 911/69; assim, se o bem dado em garantia for comerciável, como por exemplo a matéria-prima empregada pelo estabelecimento industrial, vindo esta a ser manufaturada e transformada, e o alienante a tornar-se insolvente, incorrendo em mora ou inadimplemento no pagamento das obrigações pactuadas, poderá ter sua prisão decretada. Tal possibilidade de prisão civil do devedor torna muito questionável a admissibilidade de bens fungíveis como objeto do contrato de alienação fiduciária.

É possível, ainda, constatar muita divergência jurisprudencial a respeito da matéria, conforme as seguintes decisões:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Bens fungíveis - Admissibilidade - Inexistência de impedimento legal - Inteligência do art. 1º, § 3º, do Dec.-lei 911/69.***  
*Não há impedimento legal a que coisas fungíveis sejam objeto de alienação fiduciária, ainda que não se identifiquem por números, marcas e sinais.<sup>30</sup>*

<sup>29</sup> Paulo Restiffe Neto, *op. cit.* 98.

<sup>30</sup> Apelação cível nº 349.901 do TACSP, in RT 605/107 - 1986.

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Coisas fungíveis - Aplicação da Lei 4.728/65, art. 66, § 3º, com a redação dada pelo Dec.-lei 911/69 - Recurso extraordinário conhecido e provido.**

*No sistema da Lei 4.728/65, o art. 66, § 3º, com a redação que lhe atribuiu o Dec.-lei 911/69, as coisas fungíveis podem ser objeto de alienação fiduciária.<sup>31</sup>*

**APELAÇÃO CÍVEL - Ação de busca e apreensão - Alienação fiduciária - Coisas fungíveis e consumíveis - Sujeição - Recurso desprovido - 'São suscetíveis de alienação fiduciária as coisas fungíveis e consumíveis ' (JC 46/79).<sup>32</sup>**

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - Contrato tendo por objeto bens fungíveis integrados no estoque comerciável da firma devedora - Impossibilidade de tais bens serem dados em garantia fiduciária - Pretendida conversão da busca e apreensão em ação de depósito - Inadmissibilidade.**

*Infringe a própria natureza do instituto a alienação fiduciária ao credor de bens fungíveis e destinados especificamente a venda imediata pelo devedor, no exercício normal de seu ramo de mercancia. Atenta igualmente contra tal natureza a obrigação de o devedor manter permanentemente em estoque determinado volume de igual mercadoria, pois a propriedade do credor é resolúvel, mas não se transfere de objeto a objeto.*

*Caracterizar como contratos de depósito contratos que não o são, para atribuir maiores garantias ao credor, ofende a regra constitucional proibitiva da prisão por dívida.<sup>33</sup>*

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Aparelho eletrônico - Bem não individualizado - Coisa incerta - Contrato descaracterizado - Simulação - Caracterização de contrato de mútuo - Carência da ação de depósito.**

*O contrato de alienação fiduciária somente se prova por escrito e seu instrumento deverá conter, além de outros dados, o objeto descrito com os elementos indispensáveis à sua identificação.*

*Pretender-se busca e apreensão, ou, mesmo, ação de depósito sobre coisa incerta é juridicamente impossível, levando à carência da ação.<sup>34</sup>*

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Ação de depósito - Bens fungíveis e consumíveis - Carência - Orientação do STJ - Orienta-se a jurisprudência do STJ no sentido de que bens fungíveis e consumíveis (mercadorias destinadas à imediata comercialização) não podem ser objeto de garantia fiduciária, razão pela qual há carência de ação.<sup>35</sup>**

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Bens fungíveis e consumíveis - Inadmissibilidade da ação de depósito - Segundo assentou a 2ª Seção do Tribunal, é inadmissível a alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis (comerciáveis) - REsp nº 19.915-8/MG - Recurso especial não conhecido.<sup>36</sup>**

<sup>31</sup> Recurso Extraordinário nº 86.329-0 - SP, in RT 539/213 - 1980.

<sup>32</sup> Apelação cível nº 43.183 do TJSC, in DJ/SC de 04/11/1993, p. 08.

<sup>33</sup> Apelação cível nº 37.869 do TJRS, in RT 557/196 - 1982.

<sup>34</sup> Apelação cível nº 353.898 do TACSP, in RT 607/111 - 1986.

<sup>35</sup> Apelação cível nº 50.503 do TJSC, in DJ/SC de 26/10/1995, p. 07.

<sup>36</sup> Recurso especial nº 61.090 - SC, in DJU de 18/03/1996, p. 07571.

**3.2.4.3 - Da substituição da garantia** - O bem dado em garantia poderá, desde que de comum acordo entre as partes, ser substituído por outro, ocorrendo a extinção do ônus em relação à primitiva garantia e constituição de nova. Havendo tal substituição, deverão as partes observar todas as formalidades e requisitos exigidos quando da instituição da primeira garantia fiduciária, inclusive no que tange ao registro para fins probatórios.

**3.2.4.4 - Da não aplicação do direito de retenção:** Segundo o art. 1º, § 9º do Dec.-lei 911/69, não se aplica o direito de retenção concedido ao depositário pelo art. 1279 do Código Civil, isto porque o devedor fiduciante, além de depositário e possuidor direto, é responsável civil pelo bem dado em garantia, conforme exposto anteriormente (3.2.2.1), devendo arcar com todas as obrigações e diligências no resguardo e preservação da coisa, não havendo despesa efetuada com ela que deva ser arcada pelo credor fiduciário.

**3.2.4.4 - Do bem não adquirido com o produto do financiamento:** Outra questão, outrora polêmica, é quanto à possibilidade de dar-se em alienação fiduciária em garantia bens outros que não sejam adquiridos com o produto do financiamento. Atualmente é pacífico o entendimento jurisprudencial, sendo que a Súmula nº 28 do STJ assim dispõe: “*O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor.*”, citando-se, ainda, a decisão proferida pelo ilustre Desembargador do nosso TJSC, Alcides Aguiar:

*Ação de busca e apreensão - Dec. lei nº 911/69 - Alienação fiduciária em garantia - Bens alienados já integrantes do patrimônio do devedor - Não descaracterização do instituto - Precedentes jurisprudenciais (STJ e TJSC) - Apelo desprovido.*

*A alienação fiduciária não deixa de ser um negócio translativo em consequência do qual a propriedade da res fiduciae passa ao fiduciário em recaiando a garantia sobre bem já de propriedade do devedor. Não sendo ilícita a causa, não há cogitar-se de nulidade do negócio jurídico.*<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Apelação Cível nº 33.782 do TJSC, in DJ/SC de 08/05/1992, p. 15.



### 3.3 - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E OS DEMAIS INSTITUTOS DE GARANTIA

A alienação fiduciária em garantia apresenta grande semelhança com os institutos do penhor, anticrese e hipoteca, contudo, enquanto estes são direitos reais sobre a coisa alheia, eis que o devedor pignoratício, anticrético ou hipotecário continua dono do bem dado em segurança; naquela o direito real recai sobre um bem do próprio credor, já que há uma transferência de propriedade do fiduciante para o fiduciário. De todos os institutos supracitados, o que tem maior afinidade com a alienação fiduciária é o penhor. Existe até uma restrição doutrinária quanto à existência do instituto da alienação fiduciária, sendo que José Paulo Cavalcanti<sup>38</sup> compara-o à uma espécie de penhor, assim se referindo ao Decreto-lei 911/69, na pág. 15: *"o texto da lei simula uma propriedade resolúvel e dissimula um penhor"*. Corroborar tal afirmação, por entender que o credor fiduciário, da mesma forma que o credor pignoratício, nem antes e nem sequer depois de vencido e não pago o crédito poderá adquirir a propriedade da coisa devido à proibição do pacto comissório (art. 1º, § 6º do Dec.-lei 911/69), devendo, pois, efetuar a venda, extrajudicial ou judicial, cabendo ao mesmo apenas o valor correspondente a seu crédito. Ou seja, segundo o referido autor, a propriedade resolúvel citada na lei e doutrina não passa de um penhor sem tradição efetiva da coisa, conforme expõe na pág. 17: *"A chamada alienação fiduciária em garantia se reduz, portanto, a mais um tipo de penhor sem tradição material da coisa, com campo de incidência por um lado mais amplo (uma vez que tem por objeto, genericamente, a propriedade de coisa móvel, sem particularização alguma) do que os específicos penhores sem tradição efetiva (penhor agrícola, penhor pecuário e penhor industrial)"*, isto porque os devedores pignoratícios rurais e industriais, da mesma forma que o fiduciante, respondem como depositários da coisa. Faz uma crítica pesada ao instituto da alienação fiduciária, pois considera-o um privilégio ao credor:

---

<sup>38</sup> CAVALCANTI, José Paulo. *O penhor chamado alienação fiduciária em garantia*. Recife: Cia. Editora de Pernambuco, 1989.

*Constituindo essa falsa propriedade resolúvel que o texto da lei atribui ao credor na chamada alienação fiduciária em garantia, um expediente para fraudar a justa preferência de outros créditos sobre todos créditos com garantia real (...) como, principalmente, a preferência dos créditos correspondentes às indenizações por acidentes de trabalho, a preferência dos créditos correspondentes às demais indenizações trabalhistas e a preferência dos créditos correspondentes aos salários.*<sup>39</sup>

Continua sua crítica na página 24, afirmando que na chamada alienação fiduciária não há fúcia alguma, pois alega inexistir o fator confiança entre as partes, e conclui: "*contra o que expressamente declara o texto da lei, não existe propriedade de espécie alguma para o credor, nem existe alienação, nem existe fúcia naquilo que o texto de lei chama alienação fiduciária em garantia: e devia chamar penhor.*"

Some-se a isto, o fato do Decreto-lei 911/69, no § 7º do art. 1º, mandar aplicar à alienação fiduciária algumas regras atinentes aos direitos reais de garantia (arts. 758, 762, 763 do Código Civil) e ao penhor (art. 802 do Código Civil) salientando, ainda mais, a grande semelhança entre os institutos supracitados. Tais regras são referentes à indivisibilidade do direito real de garantia (art. 758, C.C.), hipóteses do vencimento antecipado (art. 762 e 763, C.C.) e casos de extinção do gravame (art. 802, C.C.), as quais são aplicadas a ambos institutos.

Contudo, tal entendimento doutrinário não tem reflexo na jurisprudência, pois a alienação fiduciária é um instituto aceito pela maior parte dos juizes e doutrinadores e continua sendo utilizado em larga escala nos contratos de financiamento.

---

<sup>39</sup> José Paulo Cavalcanti. *op. cit.* 15.

## 4 - DA PROTEÇÃO PROCESSUAL

### 4.1 - PROLEGÔMENOS

Como foi visto anteriormente, o art. 66 da Lei nº 4.728/65, que instituiu a alienação fiduciária em garantia, não continha disposições claras e explícitas no que se refere à proteção processual do credor nos casos de inadimplemento ou mora, obrigando o legislador a promulgar o Dec.-lei 911/69, o qual dispôs acerca da matéria de cunho processual. A grande inovação trazida pelo Dec.-lei 911/69, art. 3º e parágrafos, foi apresentar uma ação com procedimento especial e diferente das conhecidas até então pelo nosso direito processual.

Trata-se de uma ação de busca e apreensão autônoma, sujeita a procedimento especial, independente de qualquer procedimento posterior, conforme § 6º do art. 3º do Dec.-lei 911/69, a qual distingue-se da ação de busca e apreensão de procedimento cautelar prevista nos arts. 839 a 843 do C.P.C. que depende de um processo principal. O ilustre Desembargador Liberato Póvoa faz esta diferenciação:

*O procedimento cautelar de busca e apreensão de bens adquiridos sob alienação fiduciária em garantia, regulada pelo Decreto-lei 911/69, diferencia bastante daquela regulada pelo Código de Processo Civil.*

*No rito da lei adjetiva, a medida tem o caráter preventivo ou repressivo (e só excepcionalmente assume o caráter satisfativo), pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e visa apreender coisas ou pessoas; na alienação fiduciária, ela tem o caráter unicamente satisfativo e, por ser um procedimento autônomo, exaure a prestação jurisdicional, além de ter como objeto apenas coisas, ou seja, bens que foram alienados ao devedor fiduciário.<sup>40</sup>*

O eminente Juiz do 1º TACSP José Geraldo de Jacobina Rabello assim define a ação de busca apreensão prevista no Dec.-lei 911/69:

<sup>40</sup> PÓVOA, Liberato. *Busca e Apreensão*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 89.

*A ação não é cautelar, como se poderia pensar, mas sim ação autônoma, de conhecimento, constitutiva (a sentença rescindirá o contrato de alienação fiduciária em garantia e resolverá a propriedade), patrimonial, e também ação de execução, no sentido lato, porque já se inicia com a execução liminar. Por último, também ação reipersecutória, aquela para o sujeito ativo haver o que, por qualquer título, lhe for devido ou pertença e se ache fora de seu patrimônio.*<sup>41</sup>

Deste modo, verificado o inadimplemento ou a mora do devedor, poderá o credor fiduciário optar pela ação busca e apreensão do bem alienado, ou, se preferir, pela ação de execução. O credor, na maioria das vezes, opta pela busca e apreensão, em razão das facilidades e da sua celeridade, utilizando a execução apenas quando ocorre o perecimento da garantia. Ressaltando-se que, escolhida e ajuizada a ação de busca e apreensão, enquanto não encerrada esta, não poderá o credor utilizar simultaneamente a via executiva.

## **4.2 - DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO**

### **4.2.1 - Foro para competência da ação**

A maioria dos contratos de alienação fiduciária contém cláusula elegendo o foro competente, de acordo com o art. 111 do C.P.C.; entretanto, se não houver disposição expressa a respeito, utiliza-se o art. 94 do mesmo diploma legal: *"A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu"*.

Sendo que, tratando-se incompetência em razão do lugar, ou seja, relativa, dispõe a Súmula 33 do STJ que: *"A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício"*; devendo a parte interessada argüí-la por meio de exceção (art. 112, C.P.C.).

---

<sup>41</sup> RABELLO, José Geraldo. Alienação fiduciária em garantia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 693, p. 79, jul. 1993.

Todavia, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em virtude do disposto no seu art. 51, § 1º, III, o qual combate a cláusula que vem a se mostrar excessivamente onerosa para o consumidor, poderá o juiz, de ofício, se dar por incompetente quando o foro de eleição for excessivamente oneroso para o devedor, já que, geralmente os contratos de alienação fiduciária são de adesão, ou seja, já estão "semi-prontos", não havendo liberdade das partes na sua elaboração. Recente julgado do TJSP sustenta tal entendimento:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Competência - Contrato e sua conseqüente ação de busca e apreensão - Foro do domicílio do réu.***

*Em contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária e sua conseqüente ação de busca e apreensão do objeto adquirido deve ser proposta no foro do domicílio do réu.*

***CONTRATO DE ADESÃO - Competência - Foro de eleição - Abusividade - Incompetência absoluta a ser declarada de ofício.***

*A eleição do foro em contrato de adesão acarreta desequilíbrio contratual, porque a distância coíbe a própria apresentação de defesa. Reconhecida sua abusividade, deve o juiz declarar de ofício a sua incompetência absoluta.<sup>42</sup>*

#### **4.2.2 - Legitimidade**

**4.2.2.1 - Da legitimação ativa:** A legitimação ativa caberá, segundo o art. 3º do Dec.-lei 911/69, ao credor fiduciário. Também serão legitimados à propositura da ação de busca e apreensão, sub-rogando-se de pleno direito no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária, de acordo com o art. 6º do mesmo diploma legal, o avalista, fiador ou terceiro interessado que efetuar o **pagamento total da dívida** do devedor fiduciante.

Terceiro interessado será sempre toda pessoa obrigada a pagar a dívida em virtude de uma responsabilidade conjunta, solidária ou subsidiária, conforme entendimento do art. 930 do Código Civil; como, por exemplo, a seguradora, pelo montante que tenha desembolsado para exonerar o devedor perante o credor (art. 728 do Código Comercial).

Sendo que a sub-rogação no crédito e na garantia só se efetivará quando a dívida for quitada integralmente, desobrigando o devedor com o credor; pois se apenas forem quitadas algumas

---

<sup>42</sup> Conflito de competência nº 28.220-0/9 do TJSP, in RT 732/224 - 1996.

parcelas, a sub-rogação será parcial, tendo apenas direito pessoal contra o devedor, ou seja, subrogar-se-á apenas nos direitos representados pelo crédito de cada prestação. A legitimação ativa para a propositura da ação de busca e apreensão pode ser bem compreendida através das decisões judiciais seguintes:

*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. transferindo-se ao novo credor todos os direitos e privilégios e garantias do primitivo em relação à dívida, contra o devedor principal (art. 988 do C.C.), pode o sub-rogado exercer as ações que antes competiam ao credor fiduciário.*<sup>43</sup>

**BUSCA E APREENSÃO - Alienação fiduciária - Sub-rogação legal - Avalista que paga ao credor fiduciário - Legitimidade para demandar a busca e apreensão da coisa alienada fiduciariamente - Dec.-lei 911/69, art. 6º.**

*O avalista que paga a dívida do alienante ou devedor se sub-roga no crédito e na garantia constituída pelo bem alienado fiduciariamente. É assim, parte legítima para demandar a busca e apreensão da coisa, e proceder à venda extrajudicial para se pagar do desembolso que fez, para solver a dívida do alienante perante a instituição financeira.*<sup>44</sup>

**BUSCA E APREENSÃO - Alienação fiduciária - Ação agorada por sub-rogado parcial - Inadmissibilidade - Ilegitimidade de parte e ausência das condições da ação.**

*Inadmissível a ação de busca e apreensão aforada por sub-rogado parcial, por ilegitimidade da parte e ausência de condições da ação, porquanto a sub-rogação no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária só se dá em relação a aquele que satisfaz integralmente a dívida.*<sup>45</sup>

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Trator - Prestações devidas - Pagamento por terceiro - Inocorrência de sub-rogação - Ação de busca e apreensão - Carência - Agravo provido.**

*Terceiro alheio no contrato de alienação fiduciária não se sub-roga no crédito e na garantia, embora tenha pago a dívida do devedor fiduciante.*<sup>46</sup>

**4.2.2.2 - Da legitimação passiva:** Quanto à legitimação passiva, há divergência quanto à possibilidade da propositura da ação de busca e apreensão contra terceiro que detenha a posse injusta. O entendimento jurisprudencial mais acertado é que ela poderá ser proposta contra o devedor fiduciante, ou, quando este vier a falecer, contra seus herdeiros e sucessores; sendo que o

<sup>43</sup> Apelação cível nº 651/87 do TJMS, in PÓVOA, Liberato. *Busca e Apreensão*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 137.

<sup>44</sup> Apelação cível nº 285.138 do TACSP, in Jurisprudência Brasileira 147/99 - 1981.

<sup>45</sup> Apelação cível nº 31.855 do TAMG, in Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais 147/51 - 1986.

<sup>46</sup> Apelação cível nº 244.895 do TACSP, in RT 519/162 - 1978.



efeito, quando regularmente registrado o contrato de alienação fiduciária, será *erga omnes*, com direito de seqüela.

O insigne professor da PUC/SP Milton Paulo de Carvalho defende que a ação de busca e apreensão deverá ser proposta contra aquele que estiver na posse do bem fiduciado, não importando quem seja, baseando-se no art. 3º do Dec.-lei 911/69, e assim expondo: "*Contra quem deverá ser proposta a ação de busca e apreensão? Unicamente contra quem quer que tenha a posse ou a detenção da coisa a ser apreendida. (...) Legitimado passivo, pois, é só aquele que estiver na posse ou detenção da coisa objeto do contrato.*"<sup>47</sup> Já Paulo Restiffe Neto defende ponto de vista diferente:

*Sujeito passivo da ação será o alienante devedor. A inclusão de terceiro no texto do art. 3º explica-se: pode a apreensão do objeto ser efetivada em mãos do terceiro que o detenha eventualmente, porque estará o proprietário exercendo o direito de perseguir a res em poder de quem quer que seja, inerente ao domínio. Mas o terceiro, sendo alheio à relação fiduciária e obrigacional decorrente do contrato de financiamento, não é legitimado para ser acionado, ou sofrer as conseqüências da mora do fiduciante, nem os efeitos da ação contra este proposta. (...) De regra os efeitos da demanda não alcançam terceiros alheios. No caso, porém, o poder de seqüela inerente ao domínio foi expressamente assegurado erga omnes. Não se frustrará o objeto da ação pelo simples fato de não se encontrar o bem com o devedor, mas com terceiros.*<sup>48</sup>

Bernhard Wilfred Wedekind dá solução sábia à questão:

*A nós parece, 'data venia', quase que desnecessária tal determinação legal, já que a busca e apreensão na alienação fiduciária, tem caráter de direito real, porquanto é oponível contra quem quer que seja e, assim, a coisa pode ser apreendida em qualquer lugar, quer se encontre ou não em poder do devedor, não havendo, deste modo, razão maior para que o réu seja o terceiro possuidor ou o detentor e não próprio devedor.*<sup>49</sup>

Sendo jurisprudência, ainda a respeito do tema, a decisão abaixo transcrita:

***BUSCA E APREENSÃO - Alienação fiduciária - Possibilidade de ser proposta contra o devedor ou terceiro que detenha a posse injusta.***

*O fato superveniente à propositura da ação deve ser levado em conta, como tal sendo de considerar-se o fato modificativo, constitutivo ou extintivo do direito que*

<sup>47</sup> CARVALHO, Milton Paulo de. Da proteção processual da alienação fiduciária em garantia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 410, p. 33, dez. 1969.

<sup>48</sup> Paulo Restiffe Neto, *op. cit.* 340 e 341.

<sup>49</sup> WEDEKIND, Bernhard. PRÁTICA, PROCESSO E JURISPRUDÊNCIA. Alienação Fiduciária. 4ª ed, Curitiba: Juruá. v. 10. 1976. p. 67.

*ocorra durante o curso da lide. A busca e apreensão pode ser aviada contra o devedor ou contra terceiro que detenha a posse injusta.*<sup>50</sup>

#### 4.2.3 - Da admissibilidade

**4.2.3.1 - Do inadimplemento e da mora:** Quanto aos pressupostos processuais e às condições da ação, além dos requisitos gerais (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e capacidade das partes, competência do juízo e interesse de agir), terá, o credor fiduciário, que comprovar a mora ou inadimplemento do devedor fiduciante no pagamento da dívida pactuada, conforme art. 3º do Dec.-lei 911/69.

Conforme explana Paulo Restiffe Neto: “O legislador não distinguiu, nas conseqüências da inexecução, entre inadimplemento e mora, e até os igualou ao estabelecer que ‘no caso de inadimplemento e mora, nas obrigações contratuais...’ (art. 2º). O inadimplemento ocorre quando a obrigação não é cumprida de maneira definitiva e a mora quando o devedor deixa de cumpri-la pelo modo e tempo devidos”.<sup>51</sup> Assim, a mora caracterizar-se-á pelo simples atraso no pagamento das prestações avençadas e o inadimplemento quando a prestação se torna impossível de ser cumprida, ocorrerá, por exemplo, quando configurar-se alguns dos casos previstos no art. 762 do Código Civil (art. 1º, § 7º do Dec.-lei 911/69), que trata do vencimento antecipado da dívida.

A mora, constitui-se *ex re* por aplicação da regra *dies interpellat pro homine*, ou seja, decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento, independente de qualquer diligência por parte do credor. Entretanto, para propositura da ação de busca e apreensão, a mora deverá ser devidamente comprovada através de carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, ou pelo protesto do título de crédito que represente a dívida do alienante (letra de câmbio, nota promissória etc), a critério do credor, conforme art. 2º, § 2º do Dec.-lei 911/69.

<sup>50</sup> Apelação cível nº 31.855 do TAMG, in JB 147/51 - 1986.

<sup>51</sup> Paulo Restiffe Neto, *op. cit.* 294 e 295.

**4.2.3.2 - Da comprovação da mora:** No que se refere à comprovação da mora, duas questões tem sido objeto de grande divergência jurisprudencial: o conteúdo da notificação e do protesto; e, quando optado pela notificação, a necessidade da comprovação de sua entrega.

Quanto ao conteúdo da notificação e do protesto, há divergência relativa à necessidade de constar nos mesmos os corretos valores do débito e dos encargos, conforme ressaltam os decisos judiciais:

***Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Constituição em mora nas dividas garantidas por alienação fiduciária.***

*A mora constitui-se 'ex ré', segundo o disposto no § 2º. do art. 2º. do decreto-lei n. 911/69, com a notificação servindo apenas a sua comprovação, não sendo de exigir-se, para esse efeito, mais do que a referência ao contrato inadimplido. recurso conhecido e provido.<sup>52</sup> (grifos nossos)*

*A circunstância dos valores constantes do protesto indispensável à ação de busca e apreensão, regulada pelo Decreto-lei 911/69, não coincidem com os do documento básico, que instrui a ação, não o torna imprestável à sua finalidade, de vez que ele se destina unicamente à prova da mora. Ademais, o pagamento da dívida nem pode ser feito em cartório, dependendo de acerto posterior, inclusive através das vias ordinárias, como a ação de prestação de contas.<sup>53</sup>*

***Ação de busca e apreensão - Alienação fiduciária - Decreto-lei 911/69 - Mora indemonstrada - Instrumento de protesto tirado de forma errônea e incompleta e por isto mesmo inválida - Sentença extintiva do feito mantida.***

*Quando o credor pretender aforar a ação de busca e apreensão de bem garantido por contrato de alienação fiduciária, deve demonstrar, com a petição inicial, a ocorrência da mora no adimplemento da obrigação pelo devedor, podendo, para tanto, acostar carta expedida por cartório de títulos e documentos com a comprovação de seu recebimento, ou, ainda, através de instrumento de protesto do título vencido e impago.*

*Se este último caminho é escolhido pelo pretense acionante, tem-se comprovada a mora se o protesto foi tirado atendendo-se os requisitos legais, segundo as exigências contidas no art. 29, inc. II, do decreto 2.044 de 31/12/1908.*

*Sendo assim, não se tem por regular e válido o protesto cujos constantes da cártula ou não se encontram inteiramente transcritos no seu instrumento ou foram registrados com dados errôneos em relação aos nela existentes. A indubitosa comprovação da mora é pois, ônus exclusivo do credor, cuja indemonstração é causa de inépcia da peça vestibular e conseqüente extinção da ação.<sup>54</sup>*

Outra divergência, caso escolhida a notificação por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos como meio constituir o devedor em mora, reside na necessidade de comprovar-se o

<sup>52</sup> Recurso Especial nº 37.535, in DJU de 15/10/1993, p. 22492

<sup>53</sup> Apelação cível nº 18.089 do TJSC, in JB 68/168 - 1982.

<sup>54</sup> Apelação cível nº 88.056891-1 do TJSC, in DJ/SC de 10/01/1997, p. 11.

recebimento desta. Segundo entendimento majoritário, há obrigatoriedade do credor fiduciário, ao requerer a busca e apreensão do bem alienado, comprovar não só a expedição, como também o recebimento da notificação. Tal divergência pode ser constatada através dos seguintes julgados:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO - Alienação fiduciária em garantia - Busca e apreensão - Mora não comprovada.**

*Na busca e apreensão não basta a mora do devedor, é preciso sua comunicação por carta expedida pelo cartório dos títulos e documentos, com a comprovação de seu recebimento pelo devedor, ou o protesto do título.<sup>55</sup>*

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Busca e apreensão - Petição inicial indeferida - Falta de prova de recebimento da carta notificatória pelo devedor, documento imprescindível à prova de resilição do contrato - Aplicação do art. 2º, § 2º do Dec.-lei 911769.**

*Conforme se apreende do art. 2º do Dec.-lei 911/69, a mora do devedor é ex re, independe, pois, de interpelação judicial e extrajudicial pelo credor: 'dies interpellat pro homine'. Contudo, prevê também mencionado artigo que a mora leva à resilição do contrato, independentemente de declaração judicial. E, para isso, mister se faz carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou protesto do título vinculado ao contrato.*

*Daí por que imprescindível se faz - ante a consequência resilitória - que a intimação, ou a entrega da carta, seja pessoal, isto é, chegue às mãos do devedor inadimplente, efetivamente. É que este documento é que prova a resilição.<sup>56</sup>*

**Mora - Alienação fiduciária em garantia - Ação de busca e apreensão - Necessidade de comprovação da mora do devedor - Envio de carta registrada, com endereço correto, mas sem a apresentação de prova do efetivo recebimento - Suficiência para a constituição em mora - Dec.-lei 911/69, art. 2º, § 2º.**

*Basta a expedição de carta registrada, com o endereço correto do devedor, para se comprovar a mora, não sendo essencial que se demonstre o efetivo recebimento da correspondência pelo destinatário.<sup>57</sup>*

**Busca e apreensão de veículo alienado fiduciariamente - Requisitos para concessão da liminar - Não basta a mora, sendo essencial a notificação premonitória desta - Contudo, a comprovação do envio da notificação à devedora-ré já é bastante a atender a exigência legal.<sup>58</sup>**

**4.2.3.3 - Do vencimento antecipado da dívida:** No caso de inadimplemento ou mora, ocorrerá o vencimento antecipado da dívida na sua totalidade, se assim desejar o credor; e por conseguinte, poderá exigir do devedor tanto as dívidas vencidas, como as vincendas, conforme art. 2º, § 3º do Dec.-lei 911/69 e orientação jurisprudencial:

<sup>55</sup> Agravo de instrumento nº 7.681 do TJSC, in DJ/SC de 10/05/93, p. 04.

<sup>56</sup> Apelação cível nº 399.971-3 do TACSP, in RT 659/97 - 1990.

<sup>57</sup> Apelação cível nº 374.334-6 do TACSP, in JB 145/105 - 1987.

<sup>58</sup> Agravo de Instrumento nº 4969 do TJDF, in DJ/DF de 05/04/1995, p. 4196

**AÇÃO DE DEPÓSITO - Título protestado - Mora caracterizada - Vencimento integral da dívida - Preliminar da carência afastada - Condenação à restituição do bem ou seu equivalente - Imposição de prisão civil.**

*Constituída regularmente a mora do devedor fiduciante, integram a dívida não só as prestações vencidas, mas também as vincendas e acréscimos contratuais.<sup>59</sup>*

Nos casos de vencimento antecipado da dívida, os acréscimos contratuais previstos recairão somente sobre as prestações vencidas, devido ao disposto no art. 763 do Código Civil: “O antecipado vencimento da dívida nas hipóteses do artigo anterior, não importa o dos juros correspondentes ao prazo convencional por decorrer”. Ou seja, “vencida adiantadamente a dívida, o credor recobra o capital, bem como os juros vencidos até então. Mas, não pode reclamar os correspondentes ao período restante, que ainda falta para contratualmente vencer-se a obrigação”.<sup>60</sup> Deste modo, o crédito, quando vencida antecipadamente a dívida, corresponderá às prestações vencidas, acrescidas de juros, comissões, correção monetária, taxas e multas estipuladas contratualmente, e às prestações vincendas isentas de qualquer acréscimo, conforme o deciso abaixo transcrito:

*Vencimento antecipado. Não é lícito ao credor fiduciário exigir de fiadores antecipação do vencimento da dívida garantida por alienação fiduciária sem comprovar a mora e deduzir os encargos contratuais correspondentes ao prazo convencional por vencer. Aplicação do art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto-lei 911/69, art. 66, § 7º, da Lei nº 4.728/65. (grifos nossos)<sup>61</sup>*

**4.2.3.4 - Da petição inicial:** Quanto à petição inicial, deverá atender os requisitos do art. 282 do C.P.C. e vir instruída com o comprovante do inadimplemento ou mora (o instrumento de protesto, ou o comprovante de remessa e recebimento da notificação), o instrumento do contrato de alienação fiduciária, o demonstrativo da dívida do fiduciante e as eventuais cambiais vinculadas. O valor da causa será sempre o valor do contrato, conforme o art. 259, V do Código de Processo Civil.

<sup>59</sup> Apelação cível nº 346.346 do TACSP, in RT 606/123 - 1985.

<sup>60</sup> Paulo Restiffe Neto. *op. cit.* 248.

<sup>61</sup> Apelação cível nº 10.841 do TARS, in JB 17/173 - 1975.

#### 4.2.4 - Do deferimento da petição inicial e a obrigatória execução da liminar

Deferida a inicial, o juiz determinará a busca e apreensão da coisa alienada, através de mandado, o qual deverá conter a descrição do bem e o destino que lhe será dado. Extrai-se do art. 3º do Decreto- lei 911/69 que:

*Satisfeitos todos os pressupostos e requisitos legais, o deferimento da inicial importará automaticamente na concessão liminar da diligência de busca e apreensão.*

*Não há possibilidade de se deferir a menor a inicial, apenas para a citação, sem prévia apreensão. Daí o rigor na exigência de comprovação abundante dos requisitos para a formação de um *judicium preambular* (prova preconstituída).*

*Não conhecemos como se tenha desdobrado o processo de busca e apreensão na primeira instância com o deferimento da inicial sem concessão da medida liminar. Inviável a solução alvitrada. Além de inócua a ação peculiar assim desfalcada do seu mais importante elemento, não poderia o réu defender-se porque a lei expressamente condiciona o direito de contestação ou de purgação da mora à prévia execução da liminar.<sup>62</sup>*

A lei é bem clara, comprovada a mora ou o inadimplemento, deverá o juiz conceder a liminar, conforme explana o mestre Orlando Gomes:

*Cabe ao proprietário-fiduciário requerer a busca e apreensão, quando o bem se encontre tanto em poder do fiduciante como de terceiro, verificada a inadimplência ou a mora.*

*Ao despachar a petição, não ordenará o juiz a citação do devedor senão depois de efetivada a apreensão. Cumpre-lhe, ao recebê-la, conceder a medida liminarmente, só se escusando de determiná-la, se não estiver comprovada a mora, ou o inadimplemento, hipótese na qual deve, do mesmo modo, rejeitar in limine o pedido.*

*Executada a liminar, o réu, isto é, o devedor, é citado para oferecer contestação, no prazo de três dias. Nesse prazo, pode tomar um desses três caminhos: 1) deixar o processo correr à revelia; 2) apresentar contestação; 3) requerer a purgação da mora.<sup>63</sup>*

Deste modo, na ação de busca e apreensão, havendo regularidade dos títulos e documentos apresentados e a comprovada a mora, será deferida a inicial; por conseguinte, o juiz requererá a expedição de mandado de busca e apreensão do bem alienado em mãos do devedor, a ser cumprido pelo oficial de justiça, conforme decisão do TJSC:

<sup>62</sup> Paulo Restiffe Neto. *op. cit.* 357 e 358.

<sup>63</sup> Orlando Gomes. *op. cit.* 118 e 119.



**BUSCA E APREENSÃO- Alienação fiduciária - Petição inicial - Identificação dos bens alienados.**

*Suficientemente individualizados e identificados os bens alienados fiduciariamente e, documentalmente comprovados a mora e o inadimplemento, que não são alvos de objeção da recorrente, impõe-se a concessão da liminar, revelando-se o seu inconformismo, flagrante carência de respaldo jurídico.<sup>64</sup>*

Com a apreensão do bem, a coisa será depositada em mãos de quem for indicado como depositário, o qual arcará com os encargos legais da nomeação, e que na prática será, geralmente, o credor, com ele permanecendo até o julgamento final da lide. O devedor deverá obedecer a ordem judicial, sob pena do uso da força para possibilitar seu cumprimento.

**BUSCA E APREENSÃO - Alienação fiduciária - Bens localizados - Impossibilidade, porém, da apreensão em virtude de resistência do gerente da requerida - Caso em que tem lugar a expedição de ordem de arrombamento. Bem como, se necessário, a requisição de força policial.**

*No caso da resistência ao cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão, tem cabimento a expedição de ordem de arrombamento, bem como, se necessária, a requisição de força policial.<sup>65</sup>*

A liminar deverá ser concedida antes da apresentação da contestação, já que o devedor somente será citado após o cumprimento do mandado de busca e apreensão pelo oficial de justiça. A contestação do fiduciante antes do cumprimento da liminar acarretará em nulidade parcial do processo, conforme já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em acórdão relatado pelo eminente Desembargador Francisco Oliveira Filho:

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Busca e apreensão - Errônia de procedimento - Nulidade decretada ex vi do § 1º do art. 3º do Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969 - A citação só poderá ser concretizada após a execução da liminar - Em consequência, independentemente da prática desse ato, nem sponte sua a contestação deve ser apresentada - Inobservadas essas formalidades, há nulidade parcial do processo.<sup>66</sup>**

Cabe, ainda, salientar que, se o devedor fiduciante tiver ajuizado ação versando sobre o conteúdo do contrato de alienação fiduciária ou sobre o *quantum* devido, mesmo que implique em

<sup>64</sup> Agravo de instrumento nº 9653 do TJSC, in DJ/SC de 06/06/1995.

<sup>65</sup> Agravo de instrumento nº 346.259 do TACSP, in JB 147/112 - ?.

<sup>66</sup> Apelação cível nº 36.827 do TJSC, in DJ/SC de 27/09/1991, p. 15.

conexão com a ação de busca e apreensão, tal propositura não impedirá a concessão da liminar. Isto porque, mesmo havendo identidade entre as ações do credor fiduciário e devedor fiduciante, obrigatório será o deferimento liminar de busca e apreensão do bem dado em garantia, já que a conexão nunca poderá suprimir atos processuais previstos em lei especial.

Mesmo se a ação proposta pelo devedor for de consignação em pagamento, a liminar deverá ser deferida, já que tal fato poderá ser alegado na contestação e, estando o *quantum* consignado correto, o juiz julgará a ação de busca e apreensão improcedente, revogando, assim, a liminar concedida, já que desconstituída estará a mora. Os decisos abaixo transcritos elucidam bem esta questão:

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Busca e apreensão - Devedor que requer a revogação da liminar, bem como a suspensão da ação, até o julgamento de ações por ele propostas contra o credor visando à isenção de correção monetária atinente no contrato com este firmado - Inadmissibilidade - Inexistência de relação de prejudicialidade - Propositura das ações anteriores que não obsta ao exercício do direito do credor de haver a posse direta dos bens de sua propriedade junto ao devedor uma vez preenchidos os requisitos do Dec.-lei 911/69.**

*Tratando-se de alienação fiduciária em garantia, não obsta à interposição de busca e apreensão o fato de ter o devedor ajuizado ação declaratória de isenção de correção monetária atinente ao contrato firmado com o credor, uma vez preenchidos os requisitos do Dec.-lei 911/69. Para decidir a primeira não depende o Juiz da segunda, posto que inexistente relação de prejudicialidade.<sup>67</sup>*

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Busca e apreensão - Consignatária**

*A ação fiduciária se desenvolve a partir da efetivação da busca e apreensão, liminarmente deferida, a partir de prova da mora do devedor alienante, pelos meios previstos na lei. Ação consignatária em pagamento, proposta pelo devedor em mora, não tem a virtualidade de impedir que se efetive a busca e apreensão do bem alienado, começo de execução do contrato, sem contrariar o art. 3º do Decreto-lei 911/69, que institui o devido processo legal para a espécie.<sup>68</sup>*

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Liminar em processo de busca e apreensão denegada face à existência de ações conexas - Recurso provido - Precedentes jurisprudenciais - A busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente tem rito próprio, fixado em lei.**

*Comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor, não pode o juiz deixar de conceder liminarmente a busca e apreensão ao argumento da existência de conexão. Apenas autoriza a reunião dos feitos para julgamento simultâneo e decisão uniforme, nunca a supressão de atos processuais indispensáveis.<sup>69</sup>*

<sup>67</sup> Agravo de Instrumento nº 438.313 do TACSP, in RT 660/125 - 1990.

<sup>68</sup> Recurso Especial nº 13.959, in Julgados do STJ 17/14 - 1991.

<sup>69</sup> Agravo de instrumento nº 7.686 do TJSC, in DJ/SC de 30/03/1993, p. 03.

**4.2.4.1 - Exceções quanto à obrigatoriedade do deferimento liminar:** Entretanto, a obrigatoriedade legal da busca e apreensão liminar tem exceções segundo entendimento jurisprudencial que vem se firmando: quando o bem dado em garantia for essencial à continuidade do trabalho do devedor fiduciante, de modo que a sua apreensão resulte em diminuição ou paralisação de suas atividades produtivas; quando necessitar de adequada e permanente assistência técnica especializada e o credor não tiver condições para tal, visando evitar o perecimento da garantia; ou quando a sua remoção acarretar em danos físicos. Nestes casos, o bem dado em garantia fica em poder do devedor fiduciante enquanto perdurar o processo, o qual ficará investido nas responsabilidades de depositário, incorrendo nos encargos legais da nomeação.

Tal excepcionalidade tem como escopo o fim social do Direito, já que visa a conservação do bem dado em garantia, como também impede a ocorrência de um maior prejuízo ao devedor com a paralisação de suas atividades, propiciando uma maior oportunidade de quitar seu débito com o credor, visto que, sempre será possível, em qualquer momento no processo, efetuar o pagamento integral da dívida acrescida dos encargos contratuais decorrentes da mora, custas judiciais e honorários advocatícios. Quanto ao direito do credor, este ficará resguardado, já que continuará como proprietário fiduciário do bem e protegido pela condição de depositário imposta ao devedor. Tal entendimento é o sufragado pelo STJ, e aceito pelo nosso Tribunal de Justiça, conforme os decisos dos eminentes Desembargadores Eder Graff e Pedro Manuel de Abreu, respectivamente, transcritos:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Busca e apreensão - Decisão que permitiu ficasse o bem em mãos do devedor, investido nas responsabilidades de depositário - Excepcionalidade.***

*A jurisprudência, em determinadas situações, tem admitido a permanência do bem alienado fiduciariamente em mãos do devedor, investido nas responsabilidades de depositário, enquanto tramita o processo, desde que se trate de pesadas máquinas fixadas ao solo, carentes de constante manutenção, cuja retirada seja extremamente difícil e ainda gere crise e desemprego, dado o caráter vital ao regular funcionamento da empresa. A se permitir que, ausentes tais pressupostos, os bens permaneçam com o devedor fiduciário, estar-se-ia desvirtuando o instituto da alienação fiduciária e transformando a excepcionalíssima hipótese em regra*

*geral, ensejando a insegurança jurídica dos contratos desta espécie e implantando-se um regime de alternatividade do direito que a ninguém convém.*<sup>70</sup>

***Agravo de Instrumento - Alienação fiduciária - Busca e Apreensão - Deferimento da liminar - Possibilidade de manter-se o fiduciante na posse da res, quando a apreensão possa impedir a atividade econômica ou produtiva - Entrega da coisa, mediante condição.***

*Na busca e apreensão decorrente da execução de contrato de alienação fiduciária, pode ser deferida ao fiduciante, na condição de depositário judicial, a posse dos bens dados em garantia enquanto perdurar o processo, até o momento de sua venda, quando a apreensão do bem possa impedir a continuidade da sua atividade econômica ou prejudicar sua atividade produtiva. Em se tratando de veículos utilizados no transporte de carga, pode ser exigida contratação de seguro facultativo como condição para a entrega da res.*<sup>71</sup>

Todavia, tal excepcionalidade é criticada pela financeiras, as quais alegam que a posse do devedor fiduciante nesses casos não é justa, já que vai contra o disposto no art. 3º do Dec.-lei 911/69. Entendem que não cabe ao intérprete estabelecer distinção onde a lei não distingue e a natureza do pacto não a impõe, já que, se os bens utilizados na atividade do devedor podem ser dados em garantia, conseqüentemente, em caso de mora ou inadimplemento, deverão ser apreendidos nos conformes da lei. Quanto à possibilidade de dar-se tais bens em garantia, citamos o acórdão do Desembargador Gaspar Rubick do TJSC:

***BUSCA E APREENSÃO - Alienação fiduciária em garantia - Bens já integrantes do patrimônio do devedor - Contrato válido - Cabimento da medida - Súmula nº 28 do STJ - Agravo desprovido.***

*Em consonância com a Súmula nº 28 do STJ do Colendo Superior Tribunal de Justiça, nada obsta, e por isto não torna inválido o contrato de alienação fiduciária, que o devedor dê e o credor aceite em garantia bens que aquele utilize na sua atividade, já integrantes de seu patrimônio e não adquiridos com o valor do crédito aberto.*<sup>72</sup> (grifos nossos)

O recurso a ser interposto contra decisão que defere ou indefere a liminar de busca e apreensão será o Agravo (C.P.C., arts. 522 a 529).

<sup>70</sup> Agravo de instrumento nº 96.0048928, in DJ/SC de 30/10/96 - Microsoft Windows/Fácil Jurisprudência.

<sup>71</sup> Agravo de instrumento nº 96.0067922, in DJ/SC de 05/11/96 - Microsoft Windows/Fácil Jurisprudência.

<sup>72</sup> Agravo de instrumento nº 9.701, in DJ/SC de 09/08/95, p. 05.

#### 4.2.5 - Da citação e defesa do devedor fiduciante

Executada a liminar na ação de busca e apreensão, o réu será citado para que, em três dias, apresente sua defesa, ou, se já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado, requeira a purgação da mora. A citação se dará por um dos modos previstos no C.P.C.: por mandado, com hora certa, ou por edital; sendo que o prazo começa a correr da juntada do mandado, ou precatória citatória, cumprido aos autos principais.

**4.2.5.1 - Da purgação da mora:** O § 1º do art. 3º do Dec.-lei 911/69 dispõe que se o fiduciante já tiver pago 40% do preço financiado, poderá requerer a purgação da mora. Há entendimento que a exigência do prévio pagamento desse percentual (40% do preço financiado) está implicitamente revogado pelo art. 6º, VI, e art. 53 do da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor)<sup>73</sup>, contudo, o entendimento majoritário é de que tal disposição legal continua em vigor.

A lei fala em "preço financiado", exigindo que o devedor tenha pago 40% (por cento) do valor do financiamento acrescidos dos encargos contratuais. Exemplificando o que é o "preço financiado": se o bem custa R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e o devedor paga R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) à vista e financia o restante, o financiamento incidirá sobre os R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), deste modo, caso o devedor seja constituído em mora, e queira purgá-la, deverá ter pago ao credor, no mínimo 40% (quarenta por cento) do preço financiado, que corresponderá aos R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) acrescidos dos encargos contratuais estipulados.

*ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Busca e apreensão - Purgação da mora - Pedido do devedor - Indeferimento - Aplicação do art. 3º, § 1º, do Dec.-lei 911/69. Incomprovado o pagamento de pelo menos 40% do preço financiado, descabe o pedido de purgação de mora em relação jurídica regulada pelo Dec.-lei 911/69.<sup>74</sup>*

A purgação da mora refere-se apenas ao débito vencido com seus acréscimos legais e contratuais, não havendo ruptura do contrato de alienação fiduciária. O contrato firmado entre as

<sup>73</sup> Tal entendimento é minoritário, porém, constatado na Lex-JTA 147/30.

<sup>74</sup> Agravo de instrumento nº 5830384365 do TJRS, in RT 587/217 - 1984.

partes subsiste no que tange aos débitos vincendos, devendo o devedor cumprí-lo, sob pena de ser constituído em mora novamente:

*PURGAÇÃO DA MORA - Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Depósito referente tão-só às prestações vencidas - Mandado de segurança contra o ato de liberação dos bens apreendidos - Denegação do writ - Devedor que havia pago mais de 40% do débito - Direito à purgar a mora - Subsistência da dívida, no entanto, pelo saldo vincendo - C.C., art. 959,I - Dec.-lei 911/69, art. 3º, § 1º. Quando se trata de purgação da mora de obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, esta só abrange as prestações vencidas, extingue-se a ação, mas subsiste a dívida pelo saldo vincendo, cujas prestações continuarão a ser pagas nos seus respectivos vencimentos.<sup>75</sup>*

Dita purgação da mora deverá ser requerida sempre nos três dias do prazo da defesa, sob pena de preclusão, assim, se requerida posteriormente, não será aceita:

*BUSCA E APREENSÃO - Alienação fiduciária - Purgação da mora - Possibilidade, somente na busca e apreensão, se pagos 40% do preço e depois de executada a liminar - Descabimento na ação de depósito - Dec.-lei 911/69. Na ação de depósito é inadmissível a purgação da mora. A pretensão à purgação somente poderia ser acolhida na oportunidade da busca e apreensão se a liminar tivesse sido executada e já tendo sido pagos 40% do preço financiado.<sup>76</sup>*

Requerida tempestivamente a purgação da mora, e deferido o pedido pelo juiz, este designará a data para o devedor efetuar o pagamento, remetendo os autos ao contador para apuração do débito existente, relativo às prestações vencidas acrescidas dos encargos contratuais pactuados, além das custas e honorários advocatícios a serem arbitrados. Do cálculo do contador deverão ser intimados tanto devedor como credor, sendo que o bem permanecerá em mãos do autor, até que, por sentença, seja julgada extinta a ação com o recebimento do que lhe é devido. Entendendo, qualquer das partes, que os cálculos não estão corretos, deverá peticionar ao juiz expondo e demonstrando o erro e requerendo a sua retificação. Da decisão do juiz a respeito de erro de cálculo, o recurso cabível é o Agravo. Se o devedor não purgar a mora dentro do prazo concedido pelo juiz,

<sup>75</sup> Mandado de segurança nº 315.739 do TACSP, in JB 146/65 - 1983.

<sup>76</sup> Agravo de instrumento 355.137 do TACSP, in RT 608/120 - 1986.



decai do direito de fazê-lo, devendo o juiz proferir a sentença de plano (v. 4.2.6), de acordo com o art. 3º, § 4º do Dec.-lei 911/69.

Nosso Tribunal de Justiça manifestou-se quanto à necessidade de intimação do credor dos cálculos do contador, sob pena de anulação parcial do processo, já que a falta desta vai contra o princípio do contraditório e da ampla defesa:

***BUSCA E APREENSÃO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - PURGAÇÃO DA MORA - EXTINÇÃO - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CREDOR PARA FALAR SOBRE O CÁLCULO DO CONTADOR - ANULAÇÃO DO PROCESSO A PARTIR DA SENTENÇA.***

*A ausência de intimação do credor para falar sobre cálculo contadorial, elaborado em face de pedido de purgação da mora, impedindo-o de apontar eventuais erros ou omissões, conduz à anulação da prematura decisão que considerou correto o depósito do devedor.<sup>77</sup>*

Outra divergência jurisprudencial é quanto à condenação do pagamento pelo devedor dos honorários do advogado do credor quando houver purgação da mora. O nosso entendimento é que seria deveras injusto sobrecarregar o autor com os honorários de seu advogado devido ao inadimplemento do devedor, contudo há decisões ambivalentes, inclusive em nosso TJSC:

***AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - Alienação fiduciária - Liminar - Purgação da mora - Honorários advocatícios - Admissibilidade - Aplicação do § 4º do artigo 20, do Código de Processo Civil - Recurso provido.***

*"Os honorários de advogado, na ação especial de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, regem-se pelo § 4º, e não pelo § 3º, do art. 20 do Código de Processo Civil" (in RT 521, pág. 284).<sup>78</sup>*

*Purgando a mora com os acréscimos previstos no § 1º, do art. 2º, do Dec.-lei 911/69, o réu, na ação de busca e apreensão, estará reconhecendo a procedência do pedido do autor, o que importará em extinção do feito, com a condenação ao pagamento de custas e honorários advocatícios, já que o art. 26 do Código de Processo Civil prescreve que se o processo terminar, por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesa e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu.<sup>79</sup>*

***Alienação fiduciária. Busca e Apreensão. Purgação da mora. Extinção do processo. Honorários advocatícios. Recurso desprovido.***

*Na hipótese de purgação da mora, em ação de busca e apreensão fundada em alienação fiduciária, não são devidos os honorários advocatícios. Inteligência do art. 3º, 3º, do Decreto-lei 911/69.<sup>80</sup>*

<sup>77</sup> Apelação cível nº 96.0006087, in DJ de 05/06/1996, pág. 02.

<sup>78</sup> Agravo de instrumento nº 10.184, in DJ/SC, de 27-03-96, p. 03.

<sup>79</sup> Agravo de Instrumento 327.492 do TACSP, in JB 147/105 - 1984.

<sup>80</sup> Apelação cível nº 48.366 do TJSC, in DJ/SC de 06/11/95, p. 13.

*BUSCA E APREENSÃO - Alienação fiduciária - Honorários advocatícios - Descabimento na hipótese de purgação da mora - Verba, no caso, não incluída entre aquelas discriminadas pelo art. 2º, § 1º, do Dec.-lei nº 911/69.<sup>81</sup>*

Entretanto, a purgação da mora será inadmissível quando a ação de busca e apreensão for movida pelo sub-rogado do art. 6º (v. 4.2.2.1). O sub-rogado não é uma financeira, mas sim quem pagou integralmente a dívida do devedor fiduciante, deste modo, "*ficaria na estranha posição de quem paga de uma só vez a dívida do devedor, mas sem o direito de reaver dela senão parceladamente as importâncias desembolsadas*"<sup>82</sup>. Além disso, dispõe o art. 988 do Código Civil: "*A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação ao devedor principal e os fiadores*", ou seja, transfere apenas os direitos, mas nunca as obrigações; isto porque apenas o credor principal tem a obrigação legal de aceitar a purgação da mora, a qual não é transferida ao sub-rogado.

O recurso a ser interposto da decisão do juiz que defere ou indefere o pedido de purgação da mora será o Agravo.

**4.2.5.2 - Da defesa do réu:** Quanto à defesa do réu dispõe o § 2º do art. 3º, do Dec.-lei 911/69 que o réu, na contestação, só poderá alegar, no mérito, o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais.

Há muitas restrições doutrinárias quanto ao limite imposto pelo legislador, pois, defronta-se com o princípio do contraditório e da ampla defesa previstos na Carta Magna, assim, segundo esta corrente, trata-se de uma norma inconstitucional.

Entretanto, a corrente majoritária se posiciona de maneira favorável à restrição legal da contestação, pois argumentam que tal dispositivo não exclui o contraditório, nem a ampla defesa, apenas limita a matéria de mérito a ser alegada; já que, se a posse do devedor tornou-se ilegítima em razão de seu inadimplemento, o que lhe cumpre alegar é o adimplemento de suas obrigações.

<sup>81</sup> Agravo de Instrumento nº 330.673 do TACSP, in JB 147/106 - 1984.

<sup>82</sup> Paulo Restiffe Neto, *op. cit.* 402.

Ora, o procedimento da ação de busca e apreensão não é o único em nosso ordenamento legal que limita a defesa do réu, podemos citar o art. 896 do C.P.C., o qual restringe a defesa do réu aos incisos I à IV; o art. 20 do Decreto-lei 3.363/41 (Lei das Desapropriações), limitando a defesa à vício do processo ou impugnação do preço; o art. 36, parágrafo único da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio) que impõe os limites dos incisos I e II; entre outros procedimentos que poderiam ser citados onde lei fixa o limite da contestação de acordo com a matéria discutida, sem que haja qualquer alegação de infração ao preceito constitucional.

Nosso entendimento é quanto à constitucionalidade de tal restrição legal, juntamente com o mestre Orlando Gomes:

*Se contesta, sua defesa tem de circunscrever-se a uma das duas seguintes alegações: a) pagamento do débito vencido; b) cumprimento da obrigação contratual cujo inadimplemento originou o pedido.*<sup>83</sup>

Os ilustres Ministro José Carlos Moreira Alves e Desembargador Liberato Póvoa compartilham da mesma opinião, respectivamente, como segue:

*Na contestação, somente poderá alegar o réu, no mérito, para ilidir a ação que lhe foi proposta, um dos dois seguintes fatos:*

- a) que já foi pago o débito; ou*
- b) que já foram cumpridas as obrigações contratuais.*<sup>84</sup>

*O prazo para a contestação é de três dias e nela, quando requerida a busca e apreensão fundamentada em falta de pagamento, só poderá o réu alegar que já efetuou a quitação do débito vencido. Se o credor alegar o não cumprimento de outras obrigações contratuais, a única defesa possível é que tais obrigações foram cumpridas sendo que, em qualquer hipótese, o ônus da prova cabe ao réu.*<sup>85</sup>

O nosso Tribunal de Justiça mantém o mesmo entendimento, conforme acórdão abaixo transcrito:

***BUSCA E APREENSÃO - Decreto-lei 911/69 - Contestação - Questionamento do quantum debeatur - Matéria estranha ao procedimento - Sentença mantida - Recurso desprovido.***

*A contestação, em sede de busca e apreensão com origem no inadimplemento de contrato garantido por alienação fiduciária, não abre espaço para defesas de*

<sup>83</sup> Orlando Gomes, *op. cit.* 120.

<sup>84</sup> José Carlos Moreira Alves, *op. cit.* 164.

<sup>85</sup> Liberato Póvoa, *op. cit.* 57.

*mérito diversas daquelas previstas em lei, cabendo ao devedor alegar, tão somente, o pagamento integral do débito exigido pelo credor ou o cumprimento das obrigações contratuais. A jurisprudência tolera, apenas, que se discuta eventual desvirtuamento do instituto em tela, cabendo o levantamento de questões outras, em torno do contrato ou da origem da dívida, em ação própria.*<sup>86</sup>

Entretanto, tais restrições legais são pertinentes apenas ao mérito; podendo, por conseguinte, o credor alegar, preliminarmente, todas as questões processuais pertinentes (ilegitimidade ou incapacidade da parte, impossibilidade jurídica do pedido, falta de interesse de agir). Também poderá argüir, por meio de exceção, a incompetência, o impedimento, ou a suspeição do juízo, acarretando na suspensão do processo (art. 306, C.P.C.) e na sustação da liminar concedida. Tal entendimento é pacífico na jurisprudência, conforme deciso abaixo transcrito:

***BUSCA E APREENSÃO - Alienação fiduciária - Exceção de incompetência recebida - Ação principal suspensa - Sustação da liminar concedida - Pedido deferido - Inteligência do art. 306 do CPC.***

*Recebida a exceção de incompetência oposta em ação de busca e apreensão, suspenso fica o processo até seu julgamento definitivo, não se justificando, portanto, o cumprimento da liminar, concedida ao arrepio da norma prescrita no art. 306 do CPC.*<sup>87</sup>

#### **4.2.6 - Da sentença e seus efeitos**

O bem alienado, concedida a liminar, ficará com o depositário, o qual será, geralmente, o credor e, excepcionalmente, o devedor (4.2.4.1), até que o juiz prolate a sentença de plano em cinco dias, de acordo com o § 4º do art. 3º do ordenamento legal, não podendo efetuar a sua venda até a decisão final.

Na ação de busca e apreensão, se não tiver sido acolhida alguma questão prejudicial eventualmente alegada, não haverá, *a priori*, “*dilação probatória, nem alegações orais ou escritas, nem designação de audiência de instrução e julgamento, mas apenas publicação da sentença, o que deverá ocorrer dentro dos 5 dias seguintes ao término do prazo de contestação*”.<sup>88</sup> Entretanto,

<sup>86</sup> Apelação cível nº 96.0046356, in DJ de 29/10/96 - Microsoft Windows/Fácil Jurisprudência.

<sup>87</sup> Agravo de instrumento nº 332.226 do TACSP, in RT 542/124 - 1984.

<sup>88</sup> Milton Paulo de Carvalho, *op. cit.* 36.

nada impede que o juiz, caso ainda esteja em dúvida e querendo obter um maior embasamento fático, propicie oportunidade ao autor para manifestar-se e oferecer contraprova às alegações e documentos apresentados pela defesa, tendo em vista o princípio do contraditório e o benefício da instrução da causa. O juiz poderá, ainda, deferir diligências, todavia, não haverá, em hipótese alguma, realização de instrução oral, devido ao rito especial a que está condicionada a ação de busca e apreensão.

A sentença, caso procedente, consolidará a propriedade e a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário, com efeito *ex nunc*. Da sentença procedente caberá recurso de apelação no efeito devolutivo tão-somente, podendo o credor, com a sua prolatação, vender o bem para se pagar. A sentença não poderá condenar o devedor na dívida principal e seus acessórios, conforme deciso abaixo transcrito, pois seu objetivo é apenas consolidar a propriedade e posse do bem nas mãos do credor. Caberá condenação apenas ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais são devidos em face do princípio da sucumbência (art. 20 do C.P.C.). Quanto ao pagamento dos honorários, a jurisprudência não é pacífica, contudo, a majoritária é no sentido da aplicação do princípio da sucumbência, sendo fixados em consonância com o § 4º, art. 20 do Código de Processo Civil. Eis algumas jurisprudências elucidativas:

***BUSCA E APREENSÃO - Ação procedente - Pretendida condenação também em multa contratual e correção monetária - Inadmissibilidade - Revelia - Irrelevância.***

*O objeto da ação de busca e apreensão, prevista no art. 3º, do Dec.-lei 911/69, restringe-se à recuperação da coisa dada em garantia, não se confundindo com a ação de cobrança da dívida.*<sup>89</sup>

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Honorários de advogado - Cumulação com multa contratual - Admissibilidade - Contrato firmado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 - Revogação do art. 8 do Dec. 22.626/33 pelo seu art. 20 e §§.***

*Nos contratos celebrados na vigência do Código de Processo Civil atual é admissível a cumulação da multa contratual com a verba advocatícia.*<sup>90</sup>

***HONORÁRIOS DE ADVOGADO - Alienação fiduciária - Ação especial de busca e apreensão - Dispositivo processual aplicável - Recurso extraordinário não conhecido.***

<sup>89</sup> Apelação cível nº 300.406 do TACSP, in RT 580/161 - 1984.

<sup>90</sup> Apelação cível nº 25.372 do TJSC, in RT 619/180 - 1987.



*Os honorários de advogado, na ação especial de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, regem-se pelo § 4º, e não pelo § 3º, do art. 20 do Código de Processo Civil.*<sup>91</sup>

Quando a sentença for julgada improcedente, haverá revogação da liminar concedida, com efeito *ex tunc*. Entretanto, havendo recurso de apelação por parte do autor, este terá duplo efeito (art. 520, C.P.C.), ou seja, suspensivo e devolutivo, e, conseqüentemente, não ocorrerá a suspensão da liminar de busca e apreensão.

#### **4.2.7 - Da venda do bem como forma de excussão da garantia real**

Julgada procedente a ação de busca e apreensão, com a consolidação da propriedade e posse direta em mãos do credor, deverá este fazer a venda do bem, devido à proibição do pacto comissório (v. 3.2.3.3), em conformidade com o disposto nos arts. 1º, § 4º e 2º do Dec.-lei 911/69.

Não havendo previsão contratual expressa quanto à forma de efetivação da venda do bem, ela poderá ser judicial ou extrajudicial, a critério do credor.

Independentemente da interposição de recurso por parte do devedor, poderá o credor vender o bem, entretanto, caso haja reforma da decisão pelo juízo *ad quem*, deverá o fiduciário indenizar o fiduciante pelo rompimento do contrato conseqüente ao desaparecimento do seu objeto, compondo perdas e danos e devolução das importâncias recebidas com os acréscimos legais e contratuais, como ressalva Paulo Restiffe Neto, citando Liebman:

*Tenha-se presente a advertência de Enrico Tullio Liebman: A reforma ou anulação da sentença torna ipso jure sem efeito os atos que já foram realizados. E mais: tornada sem efeito a execução provisória, o executado tem direito de reaver as coisas que foram separadas de seu patrimônio e também de conseguir reparação dos outros danos eventualmente sofridos. A reposição das coisas em seu estado anterior deve ser entendida em seu sentido mais amplo. Isso não porque a lei considere culpado o exeqüente que promoveu a execução provisória, usando de direito que a própria lei reconhece; a sua responsabilidade é objetiva, independente de culpa ou dolo, e significa que o exeqüente que promove a execução o faz a seu risco (Processo de Execução, ed. Saraiva, 1963, pág. 53).*

<sup>91</sup> Recurso extraordinário nº 87.285 - RJ, in RT 521/284 - 1979.



*Em suma, sem coisa julgada, a venda de objeto apreendido judicialmente e consolidado por sentença em mãos do credor, permitida no § 5º do art. 3º, é sempre a risco deste.*<sup>92</sup>

Quando o credor optar pela venda extrajudicial, como costuma ocorrer, estará dispensada a avaliação prévia do bem, podendo vendê-la para quem entender e pela forma que achar mais conveniente, devendo aplicar o preço obtido no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes, e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.

A venda extrajudicial poderá ser feita sem a fiscalização e anuência do devedor, mas desta atitude poderão sobrevir duas conseqüências: a) há uma forte corrente jurisprudencial que entende que a falta de participação do fiduciante na venda do bem, caso ainda reste saldo devedor, poderá dificultar a cobrança deste, já que tira a liquidez e certeza do débito, além de desobrigar os garantes (v. 4.2.8); b) o credor poderá ser responsabilizado civilmente, em ação própria promovida pelo devedor, caso haja locupletamento ilícito ou prejuízo causado ao devedor em razão da falta de diligência na venda do bem, como, por exemplo, se o mesmo for vendido por preço vil, conforme a melhor orientação dos Tribunais:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Venda de bem pelo credor - Preço vil - Abuso de direito.***

*Tratando-se de alienação fiduciária, o credor não deve vender os bens por preço vil. A permissão legal não visa asfixiar o devedor, mas a facilitar a cobrança do crédito.*<sup>93</sup>

Por isso, quando feita a opção pela venda extrajudicial, é recomendável a notificação dos devedores, tanto do principal, como dos coobrigados, ou, então, que seja tal bem avaliado judicialmente, pois tais procedimentos facilitarão a cobrança de um eventual saldo devedor, além de propiciar uma maior segurança das partes.

Se o credor preferir, ou estiver estipulado no contrato, a venda judicial do bem, esta será feita de acordo com os arts. 1.113 a 1.119 do Código de Processo Civil, de modo que, deduzidas as

<sup>92</sup> Paulo Restiffe Neto, *op. cit.* 305.

<sup>93</sup> Apelação cível nº 9.162 do TJRJ, *in* RT 532/208 - 1980.

despesas do processo, ficará o credor com o restante do preço obtido até o limite de seu crédito, da mesma forma que na venda extrajudicial. Tal procedimento é mais demorado, contudo, mais seguro para ambas as partes, além de, conforme entendimento majoritário (v. 4.2.8), dar liquidez e certeza a um eventual saldo devedor, podendo, conseqüentemente, executar tanto o devedor principal como os garantes pelo crédito remanescente.

#### 4.2.8 - Do saldo devedor

Como foi visto no capítulo anterior, se realizada a venda do bem e o preço obtido não cobrir o crédito do fiduciário, restará um saldo devedor. O credor terá direito de reaver este saldo devedor, mas de quem e de que maneira ele poderá cobrar este crédito remanescente ?

O § 5º do art. 1º do Dec.-lei 911/69 dispõe que: "*Se o preço da venda não bastar para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas na forma do parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado*". (grifos nossos)

A lei fala que o "devedor" é a pessoa obrigada a pagar tal saldo devedor, entretanto, a jurisprudência e doutrina se dividem na sua definição. Uma corrente entende ser apenas o fiduciante obrigado ao pagamento do saldo devedor, conforme explana Paulo Restiffe Neto:

*O § 5º do art. 66, de aplicação eventual e complementar, vincula a pessoa do devedor à obrigação inadimplida, envolvendo o seu patrimônio para vir responder pelo completo pagamento do saldo devedor por insuficiência do produto da venda. E já não sendo possível aos coobrigados sub-rogarem-se na garantia, porque o próprio credor se antecipou em executá-la, desaparece a responsabilidade originalmente líquida e certa que lhes correspondia. Isto significa que a responsabilidade dos coobrigados é correlata ao direito assegurado de sub-rogação na garantia, de modo que aquela subsiste na medida em que esta possa ser exercitável.<sup>94</sup>*

As seguintes decisões respaldam tal entendimento:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Ação de busca e apreensão - Bem vendido extrajudicialmente - Saldo devedor - Ação contra avalista - Embargos deste - Procedência.***

<sup>94</sup> Paulo Restiffe Neto, *op. cit.* 171, 173 e 174.

*Optando o proprietário fiduciário pela busca e apreensão da coisa dada em garantia, consolidadas em suas mãos a posse e a propriedade da mesma, opera-se a rescisão do contrato de alienação fiduciária, razão pela qual os títulos vinculados a ele perdem seu valor cambiário. Carece, em consequência, o proprietário fiduciário de ação para haver, dos avalistas, o saldo que, em seu favor, for apurado, após a venda da coisa.*

*Pelo eventual saldo fica o devedor pessoalmente obrigado.*

*Do avalista só se pode exigir o pagamento da dívida se permanecer a garantia constituída pela alienação fiduciária, para nela sub-rogar-se, conforme está previsto no art. 6º do Dec.-lei 911/69.*

*Se o proprietário prefere exercer o direito preconizado no art. 3º desse decreto-lei, buscando, apreendendo e vendendo a coisa, renuncia ao direito de haver a dívida de eventuais avalistas ou fiadores, porque não se pode privá-los do direito expressamente consignado no aludido art. 6º.<sup>95</sup>*

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - Execução - Saldo devedor - Avalista - Venda extrajudicial - Lei nº 4728/65, art. 66 - Dec. lei nº 911/69, arts. 5º e 6º.**

*O credor fiduciário que obtém a apreensão da coisa e a vende, não tem ação contra o avalista. Tem, isto sim, execução pelo saldo devedor contra o alienante, mas se a venda tiver sido judicial ou, mesmo, extrajudicial, sendo esta com fiscalização efetiva e concordância expressa do alienante com o valor apurado, sem prejuízo, obviamente, da cobrança pelo procedimento comum. Tendo preferido a garantia real, não pode o credor exigir, concomitantemente, a garantia pessoal do avalista.<sup>96</sup>*

Já a outra corrente diz que "devedor" poderá ser tanto o fiduciante como os coobrigados, conforme entendimento de José Geraldo de Jacobina Rabello:

*Na verdade, pretender que só se poderia cobrar do avalista ou do fiador enquanto subsistente a garantia fiduciária, de modo que a que o garante tivesse assegurada a sub-rogação em todos os direitos do credor (art. 988, C.C.), equivaleria a se esquecer que o aval ou fiança é prestado em relação ao contrato de financiamento, que é o contrato principal, que sempre subsiste independentemente do contrato acessório, o de alienação fiduciária, embora a recíproca não seja verdadeira.<sup>97</sup>*

Neste sentido, as seguintes jurisprudências:

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Venda extrajudicial da coisa alienada - Saldo devedor - de quem pode ser exigido.**

*Vendida extrajudicialmente a coisa alienada fiduciariamente, o saldo devedor pode ser exigido da adquirente e da avalista da nota promissória mediante execução.<sup>98</sup>*

<sup>95</sup> Apelação cível nº 1.006 do TAPR, in RT 551/225 - 1981.

<sup>96</sup> Apelação cível nº 367/77 do TAPR, in JB 17/130 - 1977.

<sup>97</sup> José Geraldo de Jacobina Rabello, op. cit. 91

<sup>98</sup> Recurso extraordinário nº 103.158-1 - SP, in RT 602/282 - 1985.

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Inadimplemento do devedor - Venda da coisa - Saldo contra aquele - Cobrança do avalista - Admissibilidade.***

*Em caso de inadimplemento pode o proprietário fiduciário vender a coisa e, se o preço da venda não bastar para o pagamento do crédito e despesas, o avalista continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo restante, porque a execução de garantia fiduciária não torna prejudicada a adicional representada por promissória vinculada a contrato, dado que ambas se completam e não se excluem.*<sup>99</sup>

Quanto ao modo a ser cobrado também há divergência, já que a lei menciona que o devedor ficará obrigado "pessoalmente". A lei fala em "pessoalmente" porque não há mais garantia real representada pela propriedade fiduciária, de modo que, o saldo devedor será um mero crédito quirografário, ou seja, uma obrigação pessoal. Entretanto há muita divergência doutrinária e jurisprudencial se esse crédito quirografário será um título executivo.

A corrente que não admite a executividade do saldo devedor, alega que este não é líquido e certo, já que a venda, na maioria das vezes extrajudicial, é feita sem a fiscalização ou anuência do "devedor". Assim, a apuração unilateral do saldo devedor pelo credor afasta a certeza e liquidez do pretendido crédito, o qual deverá, por conseguinte, ser provado através de uma ação monitória (arts. 1.102a a 1.102c do C.P.C.)<sup>100</sup>. Sendo jurisprudência a respeito os decisos abaixo transcritos:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Busca e apreensão - Venda judicial do bem sem prévia avaliação e anuência do devedor quanto ao preço - Fato que retira ao eventual crédito remanescente a característica de liquidez, e ao título dele representativo, em consequência, a qualidade de título executivo - Necessidade de processo de conhecimento para responsabilização do devedor principal pelo devedor.***

*A venda extrajudicial do bem, independente de prévia avaliação e de anuência do devedor quanto ao preço, retira ao eventual crédito remanescente a característica de liquidez, e ao título dele representativo, em consequência, a qualidade de título executivo. Em casos tais, pelo saldo devedor somente responde pessoalmente, em processo de conhecimento, o devedor principal.*<sup>101</sup>

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Venda do bem - Saldo devedor - Ação contra avalista - Carência - Apelação não provida.***

*Tem a financeira execução contra o devedor principal e o avalista de título cambial dado em garantia de alienação fiduciária, pelo saldo devedor apurado na*

<sup>99</sup> Apelação cível nº 22.094 do TAMG, in RT 575/239 - 1983.

<sup>100</sup> Este é o entendimento doutrinário dominante, já que não formou-se entendimento jurisprudencial ainda, devido à recente implantação da ação monitória em nosso diploma processual. Anteriormente às reformas do C.P.C., utilizava-se o processo de conhecimento.

<sup>101</sup> Recurso Especial nº 4.605 - SP, in RT 675/228 - 1991.



*venda do bem alienado, somente quando a apuração tenha sido feita bilateralmente, isto é, com a participação efetiva, ou oportunidade de participação, do devedor, para que, assim, reste incólume o inarredável princípio do contraditório.*<sup>102</sup>

Entretanto, uma corrente minoritária defendida inclusive pelo Min. Moreira Alves, prega a executividade do saldo devedor mesmo se a venda extrajudicial for efetuada sem a participação do devedor, visto que, se a coisa for vendida por preço vil, poderá ele responsabilizar o credor fiduciário, com base no art. 159 do C.C., através de ação de indenização, conforme acórdãos abaixo transcritos:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - Execução contra o avalista pelo saldo devedor, abatido do crédito o produto da venda extrajudicial da coisa alienada fiduciariamente - Recurso extraordinário conhecido e provido.***

*Embora a venda extrajudicial tenha sido feita sem a anuência, quanto ao preço, do devedor ou avalista, o saldo que restou do débito, feito o abatimento do produto dessa venda, é líquido e certo para o efeito de execução contra o avalista. Ato ilícito do credor, se existente, deverá ser apurado, para fins de posterior indenização, em ação própria, não bastando, porém, para ilidir a liquidez e certeza do saldo devedor a simples possibilidade de sua existência.*<sup>103</sup>

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Veículo - Venda pelo credor - Saldo devedor - Execução contra avalista - Procedência - Aplicação do art. 39 da Lei Uniforme de Genebra, da Lei 4.725/65 e do Dec.-lei 911/69.***

*Na venda do bem objeto da alienação fiduciária é dispensável a participação do devedor ou seu avalista, inexistindo obrigação, por parte do credor, à prestação de contas para movimentar ação de execução com o objetivo de receber eventual saldo remanescente. A liquidez e certeza do débito representado pela promissória dada em garantia adicional ao negócio fiduciário não ficam abaladas pelo recebimento parcial do crédito, com atentar-se, no caso, para a disposição do art. 39 da Lei Uniforme de Genebra.*<sup>104</sup>

Mesmo com tantos posicionamentos divergentes, a corrente jurisprudencial que vem se firmando, principalmente no Superior Tribunal de Justiça, é a da admissibilidade de execução contra devedor e garanties, desde que devidamente notificados da venda extrajudicial do bem, dando-lhes chance de participarem desta, pois a falta de comunicação retirará a liquidez e certeza do saldo devedor remanescente. Assim, caso não sejam os devedores comunicados da venda extrajudicial do

<sup>102</sup> Apelação cível nº 183/78 do TAPR, in RT 521/255 - 1979.

<sup>103</sup> Recurso extraordinário nº 91.038-7 - PR, in RT 528/270 - 1979.

<sup>104</sup> Apelação cível nº 20.593 do TAMG, in RT 590/230 - 1984.

bem, e restando saldo devedor, para reavê-lo, deverá o credor propor ação monitória somente contra o devedor principal, já que ficarão desobrigados os garantes devido à iliquidez e incerteza do débito.

É importante ter em mente que a cobrança do saldo devedor somente poderá ocorrer após a venda do bem, pois antes da realização desta, ainda não será possível aferir-se o valor do crédito remanescente.

### 4.3 - DA CONVERSÃO EM AÇÃO DE DEPÓSITO

Como foi visto anteriormente (v. 4.2.4), deferida a petição inicial, será liminarmente concedida a busca e apreensão do bem fiduciado, o qual ficará em mãos de um depositário, geralmente o credor, até a prolação da sentença. Entretanto, muitas vezes, via oficial de justiça, na oportunidade do cumprimento do mandado de busca e apreensão, constata-se que o bem não está mais com o réu pelas mais diversas razões (furto, perecimento, venda etc).

Para estes casos o art. 4º do Dec.-lei 911/69 dispõe: *“Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil”*.

A ação de depósito prevista pelo Dec.-lei 911/69 será regida pelas disposições dos arts. 901 a 906 do Código de Processo Civil, devendo, deste modo, a petição inicial que pleiteia a conversão da demanda conter os requisitos da inicial desta ação (art. 902 do C.P.C.), exigindo-se, inclusive a citação do réu; não necessitando, porém, repetir os fatos já expostos na inicial de busca e apreensão.

A ação de depósito na alienação fiduciária apresenta algumas peculiaridades, pois será sempre um procedimento subsidiário da ação de busca e apreensão e, jamais, uma providência



jurisdicional autônoma. A conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito será deferida mesmo se o contrato não estiver registrado em cartório, visto que este serve apenas para dar efeito *erga omnes*<sup>105</sup> (v. 3.2.3.2). Outra característica é que a conversão não implicará em novo recolhimento de custas judiciais, pois trata-se de mera fase do processo de busca e apreensão.<sup>106</sup> O recurso cabível da decisão que defere ou indefere a conversão da ação de busca e apreensão em depósito, por interlocutória, é o Agravo.

Entretanto, algumas dúvidas ainda pairam sobre este procedimento, devido às peculiaridades do instituto da alienação fiduciária. O art. 902, I do C.P.C., que trata da ação de depósito dispõe que deverá o devedor fiduciante: “*entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro*” (grifos nossos). Há divergência quanto ao significado da expressão “equivalente em dinheiro”, se ela refere-se ao valor do débito ou ao valor do bem alienado fiduciariamente. A corrente majoritária entende que o equivalente em dinheiro a ser consignado na alienação fiduciária é o correspondente ao débito contratual, e não o correspondente ao valor da coisa, conforme explana José Geraldo Rabello: “*A consignação do equivalente em dinheiro, nesses termos, acarreta a extinção da dívida do contrato principal, que é o de financiamento, e vai ser causa de extinção da propriedade fiduciária, porque acessório o contrato de alienação fiduciária.*”<sup>107</sup>

A divergência jurisprudencial pode ser constatada nos decisos abaixo:

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Busca e apreensão convertida em depósito - Determinação para entrega do bem ou depósito do equivalente em dinheiro - Quantia que se refere sempre ao saldo devedor em aberto - CPC, art. 904 - Súmula 20 do 1º TACSP.**  
*Nas ações de depósito, o equivalente em dinheiro diz respeito ao saldo devedor em aberto.*<sup>108</sup>

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Ação de depósito - Alcance da expressão “equivalente em dinheiro” - Depósito de tudo contratualmente ajustado.**

<sup>105</sup> Apelação cível nº 63.723 do TJMG, in RT 595/240.

<sup>106</sup> Apelação cível nº 411.413 do TACSP, in RT 652/82.

<sup>107</sup> José Geraldo Rabello, *op. cit.* 92.

<sup>108</sup> Recurso especial nº 6.380 - PR, in JB 164/96 - 1990.

*Na ação de depósito fundada no Dec.-lei 911/69 o réu deve depositar aquilo que foi ajustado - taxa de permanência, multa e honorários advocatícios - isto é, o equivalente em dinheiro, na ação de depósito de bem alienado fiduciariamente, abrange todo o valor contratualmente ajustado.<sup>109</sup>*

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Busca e apreensão - Conversão em ação de depósito - Pedido de levantamento do "equivalente em dinheiro", já depositado - Pedido de complementação a pretexto de que o "equivalente em dinheiro" corresponde ao valor da dívida, e não da coisa - Inadmissibilidade - Inteligência do art. 902, I do CPC**

*No caso da ação de depósito fica-se no plano da perseguição da coisa. A coisa vale o que é, não se altera em função do débito que garante. O "equivalente" referido no art. 902, I, do CPC é o da "coisa", não da "dívida".<sup>110</sup>*

Como é bem sabido, julgada procedente a ação de depósito, se o devedor fiduciante não entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro, poderá ter sua prisão civil decretada como "depositário infiel"; porque o art. 1º do Dec.-lei 911/69 dispõe: "*A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal*". (grifos nossos)

Quanto à possibilidade da prisão civil do devedor fiduciante, há muita divergência doutrinária e jurisprudencial, tanto em nosso TJSC, como no próprio STJ. Entretanto, é possível constatar uma tendência de, com o passar do tempo, ser considerada inconstitucional a prisão do devedor fiduciante, já que os julgados nesse sentido vem aumentando consideravelmente. Liberato Póvoa assim se manifesta: "*A jurisprudência vem adotando posições mais liberais, no sentido de admitir a prisão não como regra, mas como exceção*".<sup>111</sup>

Atualmente, a decretação da prisão civil do devedor fiduciante vai depender exclusivamente do entendimento do julgador na análise do caso concreto. Eis alguns decisos a respeito:

***PRISÃO CIVIL DE DEVEDOR - Ação de busca e apreensão transformada em ação de depósito - Inadmissibilidade - Ordem concedida.***

<sup>109</sup> Apelação cível nº 289.211 do TACSP, in RT 560/114 - 1982.

<sup>110</sup> Apelação cível nº 306.569 do TACSP, in RT 583 - 1984.

<sup>111</sup> Liberato Póvoa, *op. cit.* 103.

1. "A liberdade é o maior bem da vida, que por isso mesmo sobrepairá ao interesse pecuniário de qualquer credor. Só em último caso deve-se prender o cidadão comum, que confia sua própria liberdade ao credor fortalecido pela lei para explorar atividade econômica considerada útil ao desenvolvimento do País"(Cristiano Graef Jr., in RJTJRGs, v. 77, p. 143). 2. "O instituto da alienação fiduciária em garantia traduz-se em uma verdadeira aberratio legis: o credor fiduciário não é proprietário; o devedor fiduciante não é depositário. A 'prisão civil por dívida do depositário infiel' do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, só pode ser aquela tradicional (CC - art. 1.265)" (Verbete nº 70.836, in ADV Jur. 1995, p. 558)<sup>112</sup>.

#### **AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE - Conversão em ação de depósito - Possibilidade.**

Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmo autos, em ação de depósito, na forma prevista no capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil (art. 4º, do DL nº 911/69).

#### **Alienação fiduciária - Veículo adquirido com o produto do financiamento - Depositário infiel - Prisão civil - Decreto-lei nº 911/69 - Recepção pela Constituição Federal de 1988.**

O Decreto Lei nº 911/69 foi recepcionado pela ordem constitucional vigente. A equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel não afronta a Carta da República. Legítima, assim, a prisão civil do devedor fiduciante que descumpre, sem justificação, ordem judicial para entregar a coisa ou o seu equivalente em dinheiro (STF).<sup>113</sup>

#### **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Depositário infiel - Prisão civil - Possibilidade - Posição constitucional do STF - Recurso conhecido mas desprovido.**

Na linha do entendimento do STF, intérprete maior do texto constitucional, e sem embargo da força dos argumentos em contrário, a prisão do depositário infiel na alienação fiduciária não vulnera a legislação federal infraconstitucional.<sup>114</sup>

#### **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Bens fungíveis - Viabilidade - Podem ser objeto de alienação fiduciária em garantia bens fungíveis pertencentes ao estoque do devedor fiduciário - Entende a jurisprudência dominante - Depósito dos bens - Caracterização.**

Ao firmar o contrato de alienação fiduciária, transmitindo ao fiduciante a propriedade do bem até a quitação do financiamento, transforma-se ipso facto, o devedor em depositário.

#### **Busca e apreensão - Transformação em ação de depósito - Possibilidade - Prisão civil - Inadmissível na espécie.**

Não sendo encontrado o bem objeto da fidejussão, pode a busca e apreensão ser transformada em ação de depósito, mas é inadmissível a prisão civil por se tratar de depósito atípico, instituído "por equiparação", com o escopo de reforçar a garantia do credor.<sup>115</sup>

<sup>112</sup> Habeas corpus nº 96.0087290 do TJSC, in DJ/SC, de 13/12/96 - Microsoft Windows/Fácil Jurisprudência. No mesmo sentido: Habeas corpus nº 12.689 do TJSC, in RT 730/334 - 1996, e Habeas corpus nº 12.755 do TJSC, in JC 75/512 - 1999.

<sup>113</sup> Apelação cível nº 49.523 do TJSC, in DJ/SC de 10/10/1995, p. 10.

<sup>114</sup> Recurso ordinário em mandado segurança nº 3.623 - SP, in DJU de 29/10/1996, p. 41560.

<sup>115</sup> Apelação cível nº 39.032, in DJ/SC de 22/06/92, p. 07. (v. também ponto 3.2.4.2 - Da infungibilidade do bem fiduciado)



Responderá como depositário, caso o devedor seja pessoa jurídica, o seu representante legal, sendo jurisprudência nesse sentido:

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Ação de depósito - Pessoa jurídica - Prisão do representante legal deste - Cabimento.**

*Tratando-se de alienação fiduciária em garantia, não é reservada às pessoas naturais a condição de depositário.*

*O devedor que fica na posse direta dos bens transferidos fiduciariamente ao credor, é depositário legal deles, ainda que seja pessoa jurídica. Nesse caso, a prisão civil, quando couber, será decretada contra quem a represente em juízo.<sup>116</sup>*

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Ação de depósito - Prisão civil - Admissibilidade - Vigência do Dec.-lei 911/69 que foi alcançada pela Constituição Federal.**

*A prisão civil é possível e o fato de o contratante ser pessoa jurídica não impede a prisão de seu representante legal.<sup>117</sup>*

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Depósito - Pessoa jurídica - Responde como depositário, o representante da pessoa jurídica.<sup>118</sup>**

O certo é que, se o bem dado em garantia for roubado ou furtado, mediante comprovação por registro policial, e não estando segurado, estará caracterizado o caso fortuito, e desfigurar-se-á a ação de depósito, não podendo, por conseguinte, sujeitar-se o devedor à prisão pela não devolução da coisa, subsistindo apenas a obrigação de pagamento da dívida. As jurisprudências abaixo caracterizam bem tal questão:

*O furto, ao que se vê, enquadra-se no conceito de caso fortuito. Via de regra, não decorre de culpa do devedor, e é inevitável. Assim, o furto da coisa depositada exclui a obrigação do depositário de restituir o objeto do depósito, eximindo-se da conduta infiel, sem, contudo, excluir sua responsabilidade pelo débito.<sup>119</sup>*

**FURTO DE COISA ALIENADA FIDUCIARIAMENTE.**

*Desde que o depositário recebeu parte da indenização do seguro estava obrigado a fazer a sua entrega à depositante. Se não o fez, incorporando ao seu patrimônio o que recebeu da seguradora, tornou-se depositário infiel. Legitimidade da expedição do mandado de prisão.<sup>120</sup>*

<sup>116</sup> Apelação cível nº 13.327 do TJSC, in RT 531/185 - 1980.

<sup>117</sup> Apelação cível nº 547.237-7 do TACSP, in RT 724/330 - 1996.

<sup>118</sup> Recurso especial nº 15.638-0, in DJU de 06/04/1992, p. 4492.

<sup>119</sup> Apelação cível nº 521.054-8 do TACSP, in RT 723/363 - 1996.

<sup>120</sup> Habeas Corpus nº 59.644 do STF, in RTJ 104/1032 - 1982.

Há entendimento que, estando o bem dado em garantia completamente deteriorado ou desfigurado, o credor poderá recusar-se a recebê-lo, e, deste modo, requerer a conversão da ação de busca e apreensão em depósito e a prisão de devedor, todavia, também há entendimento contrário, conforme decisos abaixo transcritos:

**BUSCA E APREENSÃO - Bem objeto de alienação fiduciária - Conversão em ação de depósito - Admissibilidade - Equipamentos não identificáveis e que se encontram desmontados e classificados como sucata.**

*É possível, encontrando-se o bem sob as normas que disciplinam a alienação fiduciária, que seja a ação de busca e apreensão transformada em ação de depósito se os equipamentos objeto da alienação se encontravam desmontados, a maioria das suas peças sendo consideradas como sucata, e muitas vezes assim classificadas, sem sequer serem identificadas como pertencentes a tais equipamentos. Incabível pretender-se, nessas circunstâncias, que o credor removesse as peças assim encontradas. Recurso que dá provimento para que, tendo-se como cabível a ação de depósito, voltem os autos ao tribunal a quo, para que como tal a aprecie.<sup>121</sup>*

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Caminhão - Devolução sem peças essenciais - Prisão incabível - Caso de indenização.**

*Não cabe prisão de devedor se a coisa objeto da alienação fiduciária for devolvida com danos. Ao credor resta pedir indenização.<sup>122</sup>*

O certo é que, ao nosso ver, a equiparação do fiduciante ao depositário infiel cria nova hipótese de prisão por dívida, restringindo a garantia do art. 5º, inciso LXVII da Carta Magna, somando-se a isto, jamais o interesse patrimonial poderá ser colocado acima do da liberdade.

#### 4.4 - DA AÇÃO EXECUTIVA

Como dispõe o art. 5º do Dec.-lei 911/69, poderá o credor optar pela ação executiva em caso de inadimplemento ou mora, não necessitando comprová-los, como ocorre na ação de busca e apreensão, para sua proposição.

<sup>121</sup> Recurso extraordinário nº 102.242-6 - MG, in RT 636/204.

<sup>122</sup> Agravo de instrumento nº 292.180 do TACSP, in RT 557/123 - 1982.

Tratar-se-á sempre de execução por quantia certa, na forma dos arts. 646 a 731 do C.P.C., sendo que o parágrafo único do art. 5º do Dec.-lei 911/69 dispõe que não se aplica à alienação fiduciária o disposto nos incisos VI e VIII do art. 649 do C.P.C., ou seja, autoriza a penhora dos livros, máquinas, utensílios e instrumentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão, bem como os materiais necessários para as obras em andamento. Entretanto, o bem dado em garantia não poderá ser penhorado, pois trata-se de um bem do próprio credor (v. 3.1.3.2).

A execução poderá compreender a totalidade da dívida, isto é prestações vencidas e vincendas, já que, com o inadimplemento ou mora, ocorrerá o vencimento antecipado da dívida (4.2.3.3). Caberá ao credor a faculdade de considerar ou não vencidas por antecipação todas as dívidas contratuais, como explana Paulo Restiffe: “*existem duas espécies de execução exercitáveis pelo credor: uma, só pelas parcelas vencidas, se não quiser considerar rescindido o contrato; outra, pela totalidade da dívida vencida e vincenda, com resilição do contrato*”.

A via executiva é escolhida, geralmente, quando há perecimento da garantia, sendo que a nunca poderá ser proposta simultaneamente com a ação de busca e apreensão<sup>123</sup> :

*O credor pode ingressar com o processo autônomo de busca e apreensão ou com a ação executiva. Eleita a primeira, não pode lançar mão da segunda, pela resolução do contrato de abertura de crédito, por inadimplemento de devedor, e a nota promissória vinculada ao contrato resolvido perde a sua circulabilidade<sup>124</sup>*

No entanto, caso seja a ação de busca e apreensão convertida em depósito, há uma forte corrente que entende ser possível o ingresso de processo de execução contra os garantidores:

***EXECUÇÃO - Alienação fiduciária - Cobrança do saldo devedor contra garante - Admissibilidade - Ação de depósito com execução contra o devedor principal - Irrelevância.***

<sup>123</sup> Roberto Latif Kfourri, advogado do Banco do Brasil, admite a proposição simultânea da ação de busca e apreensão contra o devedor fiduciante e da ação de execução contra os avalistas por serem distintas as partes e distintas as garantias, in RT 570/266 - abril de 1996, *Concomitância da ação de busca e apreensão contra o mutuário e da execução contra o avalista*. Entretanto não é aceito tal entendimento na jurisprudência, some-se a isto o fato do autor ser advogado de uma instituição financeira.

<sup>124</sup> Apelação cível nº 9.477 do TARS, in JB 17/167 - 1975.



*Admissível o ajuizamento da ação de execução do saldo devedor contra o garante, em processo autônomo, mesmo existindo execução contra o devedor principal, na ação de depósito.*<sup>125</sup>

A execução poderá ser proposta, ainda, contra os garantes, fiador e avalista. Entretanto se proposta contra o avalista só poder-se-á exigir o pagamento dos títulos efetivamente vencidos até a data da propositura da ação, sem quaisquer acréscimos contratuais, devido à natureza autônoma do título cambiário, já que o vencimento de um não implicará no vencimento dos demais. Já se for proposta contra o fiador, a responsabilidades deste é mais ampla, por se referir ao inteiro cumprimento do contrato, exigindo, por isso, a outorga uxória (art. 235, III do C.C.), assim, na execução contra o fiador, poderão ser exigidas tanto a cláusula penal, comissões e demais encargos contratuais, como também, o pagamento das prestações vincendas no caso do credor considerar vencida antecipadamente a dívida. Eis alguns decisos a respeito:

*O avalista das promissórias representativas das prestações, não sendo fiador do contrato respectivo, apenas responde cambiariamente pelos títulos referidos e não pelos demais encargos contratuais, como multa etc. Legítima, portanto, a recusa do pagamento de tais encargos e procedente a consignatória das prestações estritamente cambiais. Recurso improvido.*<sup>126</sup>

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Promissórias em garantia - Execução de vencidas e vincendas - Petição inicial indeferida - Apelação não provida.**  
*A execução das promissórias dadas em garantia na alienação fiduciária deve limitar-se à quantia vencida, não podendo estender-se às prestações vincendas,*<sup>127</sup>

## **4.5 - DA CONCORDATA PREVENTIVA E FALÊNCIA DO FIDUCIANTE**

### **4.5.1 - Da concordata preventiva do fiduciante**

É entendimento pacificado que o deferimento da concordata preventiva do fiduciante em nada altera a obrigação deste com o fiduciário; pois o crédito proveniente do contrato de alienação

<sup>125</sup> Apelação cível nº 348.129 do TACSP, in RT 604/111 - 1986.

<sup>126</sup> Apelação cível nº 10.469 do TARS, in JB 17/170 - 1975.

<sup>127</sup> Apelação cível nº 5.278 do TJRJ, in RT 523/215 - 1979.

fiduciária não é alcançado pela concordata preventiva do devedor. O Dec.-lei 7.661/45 (Lei de Falências), em seu art. 165 dispõe: “*O pedido de concordata preventiva não resolve os contratos bilaterais, que continuam sujeitos às normas do direito comum*”, sendo entendimento tranqüilo no TJSC, conforme decisão do saudoso Desembargador Cid Pedroso, cuja ementa transcrevemos abaixo:

***APELAÇÃO CÍVEL - Ação de busca e apreensão - Alienação fiduciária em garantia - Indeferimento da inicial - Concordata preventiva da ré decretada - Irrelevância - Decisum reformado - Recurso conhecido e provido.***

*"A concordata preventiva não extingue o contrato de alienação fiduciária, podendo o credor, estando em mora o devedor concordatário, valer-se da ação de busca e apreensão para haver a posse direta da coisa alienada em garantia" (apel. civ. nº 26.810, de Taió).<sup>128</sup>*

#### **4.5.2 - Da falência do devedor fiduciante**

A falência do devedor em nada alterará o contrato de alienação fiduciária, se este continuar a ser cumprido pela massa falida, pois o interesse do credor reside no recebimento de seu crédito. O disposto no art. 43 da Lei de Falências esclarece bem a questão:

*Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa.*

*Parágrafo único: O contraente pode interpelar o síndico, para que, dentro de 5 dias, declare se cumpre ou não o contrato. A declaração negativa ou o silêncio do síndico, findo esse prazo, dá ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.*

Quanto ao artigo supracitado, cabe salientar que, na alienação fiduciária, em vez de direito à indenização, aplicar-se-á o disposto no art. 7º e seu parágrafo único do Dec.-lei 911/69, ou seja, terá o credor fiduciário direito à restituição do bem dado em garantia, sendo o pedido de restituição regulado pelos arts. 76 a 79 da Lei de Falências.

Assim, o fato do devedor fiduciante falir não será motivo para resolver-se o contrato, todavia, se a massa falida, após interpelada nos termos do art. 43 da lei de falências, não se

---

<sup>128</sup> Apelação cível nº 36.810 do TJSC, in DJ/SC de 02/12/1991, p. 12.

manifestar ou negar o cumprimento do contrato, terá o credor direito de pedir a restituição do bem alienado. Jurisprudência a respeito:

***FALÊNCIA - Restituição de mercadorias - Pedido aduzido por credor fiduciário - Quebra do devedor fiduciante já decretada - Necessidade de prévia interpelação do síndico - Hipótese em que o contrato de alienação fiduciária em garantia não se resolve e pode ser executado se conveniente à massa.***

*Ocorrendo a falência do devedor fiduciante, não obstante o art. 7º do Dec.-lei 911/69 assegure ao credor fiduciário o direito de pedir restituição do bem, a verdade é que, à luz do art. 43 do Dec.-lei 7.661/45, o contrato não se resolve e pode ser executado pelo síndico, se achar de conveniência para a massa.*

*Consequentemente, urgia a prévia interpelação do síndico da massa falida, sem o quê o pedido de restituição de bem objeto de tal contrato não poderia ser julgado procedente<sup>129</sup>.*

Lembrando que o pedido de restituição somente será aceito se devidamente registrado no Cartório de Títulos e Documentos, pois os credores do devedor fiduciante falido são terceiros em relação aos contraentes. Não registrado o contrato, deverá o credor habilitar-se como mero quirografário no processo falimentar. Eis algumas jurisprudências elucidativas:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - Contrato não registrado no Registro de Títulos e Documentos - Falência do devedor alienante - Pedido de restituição formulado pelo credor fiduciário - Aplicação do art. 66, § 1º, da Lei 4.728, com redação dada pelo Dec.-lei 911/69.***

*Não há dúvida de que a legislação sobre alienação fiduciária em garantia confere ao credor fiduciário o direito de alcançar a restituição do bem alienado fiduciariamente quando sobrevinha a falência do devedor alienante. Mas para que essa faculdade possa ser executada é indispensável que o contrato esteja arquivado no registro de Títulos e Documentos, sob pena de não valer a alienação fiduciária contra terceiros. E a massa falida do devedor fiduciante e os credores são, à evidência, terceiros em relação aos contraentes.<sup>130</sup>*

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Veículo - Busca e apreensão - Registro de contrato no período suspeito da falência - Ineficácia em relação a terceiros - Recurso provido.***

*Contrato de alienação fiduciária de veículo torna-se eficaz com relação à massa falida se só foi registrado no período suspeito da falência.<sup>131</sup>*

O pedido de restituição do bem deverá ser ajuizado no foro legal, que é o do juízo universal da falência, entretanto se a ação de busca e apreensão for ajuizada antes da decretação da quebra, a

<sup>129</sup> Apelação cível nº 1.939/85 do TJPR, in RT 613/162 - 1986.

<sup>130</sup> Apelação cível nº 16.031-1 do TJSP, in RT 560/61 - 1982.

<sup>131</sup> Apelação cível nº 286.397 do TJSP, in RT 543/97 - 1981.

ação prosseguirá até o final com o síndico no juízo em que foi proposta de acordo com o art. 24, I e II da Lei de Falências. Porém, há entendimento de que tal artigo só será aplicado quando a liminar de busca e apreensão já houver sido cumprida e os bens alienados fiduciariamente encontrem-se em mãos do credor fiduciário :

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Falência do devedor - Busca e apreensão proposta antes da quebra - Feito que prossegue em seu curso normal sem necessidade de prévio pedido de restituição - Aplicação e inteligência do art. 24, I e II, do Dec.-lei 7.661/45.***

*Proposta antes da decretação da falência do devedor a ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente em garantia, continuará ela a ter uso, e posterior seguimento na ação de depósito, com eventual prisão do depositário, sem necessidade de prévio pedido de restituição da coisa no juízo falimentar, o qual somente será de exigir-se se a decretação da quebra for anterior ao ajuizamento da busca e apreensão.<sup>132</sup>*

*Se, a ser decretada a falência do devedor alienante, os bens alienados fiduciariamente já se encontravam na posse do credor, em virtude de medida liminar de busca e apreensão, esta prossegue com o síndico, até o final, no juízo em que foi proposta (RTJ 81/629)*

*Se, porém, não foi efetivada a busca, não cabe a conversão desta em ação de depósito, e sim em mero pedido de restituição (JTA 48/53, maioria, 106/234)<sup>133</sup>*

Em pedido de restituição falimentar é inviável a purgação da mora, entretanto, nada obsta que a massa, se for do seu interesse ficar com o bem alienado fiduciariamente, pague integralmente a dívida (juros, multa contratual, comissões, correção monetária, honorários, custas), extinguindo o contrato.

Outra divergência que surge na jurisprudência é quando o bem alienado fiduciariamente não é encontrado, já que não é possível a conversão em ação de depósito; assim, a corrente majoritária entende que a massa falida deverá restituí-lo em pecúnia de acordo com o art. 78, § 2º da lei de falências. Porém, há entendimento contrário: devendo o credor habilitar-se no crédito falimentar como quirografário, eis alguns decisos a respeito:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Falência do devedor - Pedido de restituição em pecúnia, pelo credor fiduciário, não tendo o bem sido localizado - Admissibilidade- Irrelevante o fato do bem não ter sido arrecadado pelo síndico, uma vez que o credor fiduciário é o proprietário da coisa, tendo o pedido de***

<sup>132</sup> Mandado de segurança nº 435.660-3 do TACSP, in RT 657/117 - 1990.

<sup>133</sup> Theotonio Negrão, op. cit. 751, art. 7º, nota 2.

*restituição natureza reivindicatória própria do “jus in re”, não havendo como vinculá-lo à arrecadação pelo síndico ou não - Inteligência dos arts. 76 e 78 da Lei de Falências.*

*Em alienação fiduciária, havendo a falência do devedor, cabe ao credor fiduciário o pedido de restituição em pecúnia, não sendo o bem encontrado, pouco importando que este não tenha sido arrecadado pelo síndico, pois, sendo o credor fiduciário o proprietário da coisa, o pedido de restituição traz a natureza reivindicatória própria do jus in re, não se podendo vinculá-lo à arrecadação ou não pelo síndico.<sup>134</sup>*

***FALÊNCIA - Crédito privilegiado - Credor com garantia fiduciária - Pedido de restituição de mercadorias - Restituição em pecúnia dos não arrecadados - Inadmissibilidade - Hipótese em que a garantia deixa de operar, tornando o credor à condição de quirografário.***

*A restituição de bens dados em alienação fiduciária só pode ser feita in natura. Se os bens se perderem, se destruírem, se forem desviados ou se, por qualquer outro motivo, não puderem ser restituídos, afastada estará, por incabível, a restituição em pecúnia, porque não se aplica à espécie o § 2º do art. 78 da Lei de Falências, restando ao credor a via da habilitação de seu crédito quirografário.<sup>135</sup>*

Quanto ao saldo devedor, se porventura existente após a venda do bem restituído, somente poderá ser cobrado através de regular habilitação do crédito no processo falimentar como crédito quirografário. Quanto à possibilidade de execução contra os avalistas, a situação é a mesma da ação de busca e apreensão, só ficarão obrigados se participarem da venda extrajudicial do bem restituído, persistindo, no entanto, as mesmas divergências jurisprudenciais (v. 4.2.8). Eis acórdão do TJSP a respeito:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Falência do devedor - Pedido de restituição de bens - Equivalência a busca e apreensão - Concomitante execução contra os avalistas - Inadmissibilidade - Título inexigível até a venda das coisas devolvidas - Possibilidade apenas de executar posteriormente eventual saldo devedor.***

*A lei permite ao credor por dívida garantida por alienação fiduciária manifestação de preferência para, através de busca e apreensão, executar a garantia real ou executar o devedor principal e seus avalistas. Preferindo o credor a busca e apreensão, traduzida no pedido de restituição das coisas na falência do devedor, o título torna-se inexigível contra os avalistas, que só ficam obrigados em relação à eventual saldo devedor após a venda dos bens devolvidos.<sup>136</sup>*

<sup>134</sup> Apelação cível nº 113.899 do TJSP, in RT 647/91 - 1989.

<sup>135</sup> Apelação cível nº 76.051-1 do TJSP, in RT 622/64 - 1987.

<sup>136</sup> Apelação cível nº 372.985-2 do TACSP, in RT 624/117 - 1987.



## 5 - DA CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO-LEI 911/69

Há muito tempo discute-se a respeito da inconstitucionalidade dos dispositivos do Decreto lei 911/69, entretanto o nosso Congresso Nacional jamais, através de suas mais diversificadas composições e representações, fez menção em revogá-lo, talvez sensível à necessidade do desenvolvimento nacional e manutenção do crédito ao consumidor, ou, quem sabe, vinculado aos interesses de banqueiros e financeiras - já que tal legislação processual beneficia-os em larga escala através dos diversos privilégios concedidos. Tal indagação não podemos responder, sob pena de cairmos meras especulações. Mas o certo é que o Decreto-lei 911/69 continua plenamente em vigor, e sua constitucionalidade é defendida iterativamente pelos Tribunais pátrios; podendo, tal entendimento, ser constatado nos acórdãos de lavra dos Desembargadores de nosso TJSC, João José Ramos Schaefer e Antônio Fernando do Amaral e Silva, respectivamente:

*ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - Alegação de inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 911/69, por vícios em sua formação, baixado que foi pela junta militar que governou o Brasil, e afronta a diversos dispositivos da Carta Magna - Argüição bem afastada quanto ao vício de formação do Decreto-lei 911/69, por que, embora editado por junta militar, esta detinha na ocasião poderes legislativos, o que é aberrante da tradição jurídica brasileira, fundada na tripartição dos poderes, na época rompida por ato de forças, mas foi convalidado pelo art. 181 da constituição federal de 1967, na redação que lhe deu a emenda constitucional nº 01, de 17/10/69, referendando os atos excepcionais baixados na ocasião - Reconhecimento pela sentença, contudo, de inconstitucionalidade de diversos dispositivos do Dec.-lei nº 911/69 e, afinal, do próprio Decreto lei.*

*Inconstitucionalidade inexistente do § 4º do art. 66 da lei 4.728/65 e dos artigos 2º e 3º e seu parágrafo 2º do Dec.-lei 911/69, porque não violada a regra do devido processo legal ou a que proclama o princípio da isonomia. Inconstitucionalidade afastada do § 5º do art. 3º do Dec.-lei nº 911, porque a par de não vislumbrada violação a normas constitucionais, senão que eventualmente contrariada regra do CPC, o processo não chegou a etapa de aplicação do dispositivo em apreço, não cabendo ao juiz de primeiro grau declarar a inconstitucionalidade em tese de preceitos legais, mas apenas deixar de aplicá-los concretamente, quando os tenha como afrontosos ao texto constitucional. sentença anulada para que o feito prossiga como de direito.<sup>137</sup>*

<sup>137</sup> Apelação cível nº 37.729 do TJSC, in DJ/SC de 30/04/1992, p. 16.



**DEC.- LEI 911/69 - Constitucionalidade - Indeferimento da inicial - Recurso provido para o prosseguimento do processo.**

*O Decreto-lei 911/69 não padece de inconstitucionalidade por ter sido baixado pela junta militar, e nem vulnera o princípio da igualdade de todos perante a lei. A alienação fiduciária tem tratamento diferenciado como o tem o penhor, hipoteca, os créditos trabalhistas, da fazenda pública, etc... a isonomia consiste no tratamento igual para situações iguais e desigual para situações desiguais. O critério de justiça ou injustiça das situações é do legislador.<sup>138</sup>*

---

<sup>138</sup> Apelação cível nº 38.782 do TJSC, in DJ/SC de 13/05/1992, p. 11.

## 6 - CONCLUSÃO

Ao final conclui-se que o instituto da alienação fiduciária em garantia é objeto de um grande número de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, dando margem às mais diversas interpretações e entendimentos acerca do tema.

O instituto da alienação fiduciária possui seu lado positivo, que é o de dar oportunidade a uma camada da população de baixa renda, através do financiamento pelo crédito direto ao consumidor, de adquirir bens de consumo duráveis, como eletrodomésticos e automóveis; entretanto, possui também o seu aspecto negativo, já que é um instituto cujas disposições legais privilegiam em demasia o financiador, estando atrelado com os interesses dos grupos econômicos e financeiros dominantes. Por isso, atualmente, alguns dispositivos do Decreto-lei 911/69 vem sendo muitas vezes desconsiderados, ou, tendo sua interpretação alterada, tendo em vista soluções mais equitativas; pois o Direito deve sempre adaptar-se aos interesses da sociedade e ao contexto em que está inserido.

Cite-se o caso da possibilidade da prisão civil do devedor fiduciante como depositário infiel, cuja aceitação era praticamente pacífica e, atualmente, é muito combatida pelos doutrinadores, e até no âmbito do próprio STJ. A tendência dos julgados é quanto a não aceitação de tal medida autoritária em razão do disposto no art. 5º, inciso LXVIII, da Carta Magna, pois reconhecer à lei ordinária a possibilidade de equiparar outras situações substancialmente diversas à do depositário infiel, para o fim de tornar aplicável a prisão civil, equivale a uma desconsideração da garantia constitucional.

Quanto à extensividade da alienação fiduciária, vislumbra-se uma grande possibilidade de ser usada também pelo particular, já que o Anteprojeto do Código Civil Brasileiro não prevê restrição

alguma quanto à quem pode figurar como credor fiduciário, contudo, para isso, deverá modificar alguns dos atuais preceitos legais que pregam a injusta desigualdade entre as partes na relação jurídica, como: a) **a restrição quanto ao que pode ser alegado na contestação do fiduciante**, assegurando-lhe amplitude em sua defesa de mérito, e também, dando-lhe um prazo maior, visto que três dias são insuficientes para se preparar uma defesa consistente; b) **a obrigatoriedade do deferimento liminar**, sendo que o recente entendimento quanto à não obrigatoriedade da execução liminar quando o bem for objeto de trabalho do fiduciante já demonstra ser esse o caminho a ser adotado, devendo o aplicador da lei analisar cada caso concreto, visando resguardar, principalmente, o fim social do Direito; c) **a possibilidade de prisão civil do fiduciante como depositário infiel**, devido ao disposto na Constituição Federal; pois uma lei que venha a regular relações entre particulares não pode conceder privilégio a qualquer das partes.

Outra questão é quanto à eleição contratual do foro competente para decidir a respeito de questões provenientes do contrato de alienação fiduciária; sendo que a tendência que vem se firmando recentemente em nossa jurisprudência é a da não aplicação do preceito do art. 111 do C.P.C., quando for deveras oneroso para o devedor, devendo a ação ser proposta, sempre, no foro deste último (art. 94, C.P.C.).

Assim, na alienação fiduciária em garantia, devido às inúmeras divergências existentes na aplicação do Decreto-lei 911/69, possui, o magistrado, como um dos operadores do Direito, importante papel na sua interpretação. Tais divergências acabam, tacitamente, outorgando um grande poder ao juiz, o qual, ao decidir a lide, poderá interpretar o texto legal conforme o seu posicionamento doutrinário e, também, ideológico. Pois o seu entendimento acerca da matéria vai ser de grande valia para o fim objetivado na norma jurídica, devendo visar o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática e de acordo com os interesse da sociedade.

Sempre existirão as correntes majoritárias a respeito de um determinado assunto, entretanto, nunca poderemos desprezar os entendimentos minoritários, pois são destes que surgem novos

conceitos e novas orientações jurisprudenciais. Por isso, na exposição desta monografia, através de uma visão sintética, procurou-se mostrar, na medida do possível, os principais entendimentos a respeito dos diversos dispositivos legais do Decreto-lei 911/69, utilizando-se tanto as correntes majoritárias, como minoritárias. Assim, através de um resumo das diversas opiniões doutrinárias, somada às várias jurisprudências dos diversos Tribunais do nosso país, tentou-se dar uma visão ampla e acompanhar a tendência atual dos julgados a respeito do instituto da alienação fiduciária, como também, auxiliar os operadores do Direito que atuam nesta área.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do; BENJAMIN, Antônio Hermen de Vasconcelos e; COELHO, Fábio Ulhoa et al. **Comentários ao código de proteção ao consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BUSSADA, Wilson. **Alienação fiduciária interpretada pelos tribunais**. Rio de Janeiro: Liber juris Ltda, 1986.
- CARVALHO, Milton Paulo de. Da proteção processual da alienação fiduciária em garantia. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 410, p. 32-41, dez. 1969.
- CAVALCANTI, José Paulo. **O penhor chamado alienação fiduciária em garantia**. Recife: Cia. Editora de Pernambuco, 1989.
- COMPARATO, Fábio Konder. Financiamento a consumidor com alienação fiduciária. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 514, p. 49-56, ago. 1978.
- DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 5.
- FORSTER, Nestor José. Extensividade da alienação fiduciária em garantia. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 488, p. 56-60, jun. 1976.



GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

LYRA, Jorge Belo. **Busca e apreensão na alienação fiduciária**. Rio de Janeiro: Beta Ltda., 1976.

MARMITT, **Prisão civil por alimentos e depositário infiel**. Rio de Janeiro: Aide, 1979.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA NETO, Pedro Cecílio. **Alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Universitária de Direito, 1975.

PÓVOA, Liberato. **Busca e apreensão**. São Paulo: Atlas, 1994.

RABELLO, José Geraldo de Jacobina. **Alienação fiduciária em garantia**. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 693, p. 76-92, jul. 1993.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia fiduciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

SILVA, Luiz Augusto Beck. **Alienação fiduciária em garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SILVA, Luis Augusto Beck. **Alienação fiduciária em garantia**. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 688, p. 50-59, fev. 1993.

WEDEKIND, Bernhard. **Prática, processo e jurisprudência**. 4.ed., Curitiba: Juruá, 1976. v. 10: Alienação fiduciária.