

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – UMA VISÃO CRÍTICA –

LUIZ ROBERTO AYOUB
Juiz de Direito TJ/RJ

I – INTRODUÇÃO

A Constituição da República, promulgada aos cinco dias do mês de outubro de 1988, mostrou-se claramente preocupada com a proteção de determinados bens jurídicos levando o legislador constituinte originário a prestigiar, dentre outros, a propriedade, a liberdade, a dignidade do ser humano, erigindo-os a dogmas constitucionais, conforme preceituam os art. 5º, LV, LIV; 170, *caput*, II; 1º, III e 5º, XXXII, todos da citada Carta Magna.

Apoiado no sentimento de bem-estar social e os fins perseguidos pelo constituinte originário, diversos diplomas legais, até então vigentes, não foram recepcionados pela nova ordem jurídica, considerando que seus preceitos não se adequaram aos balizamentos resultantes do nascimento do novo Estado.

Com esta visão protetiva conferida pela Magna Carta, algumas vezes se levantaram na doutrina e na jurisprudência, objetivando afastar do mundo jurídico determinados diplomas descompromissados com os valores protegidos pela nova Constituição.

Como tal, destaca-se o Decreto-lei nº 911/69 que, tratando da alienação fiduciária em garantia, registra um modelo híbrido, contendo preceitos de ordem pública e privada que, editado em um momento conturbado da história do nosso país, desperta a necessidade de profundas reflexões diante da aparente incompatibilidade com os princípios constitucionais já antes citados.

Neste sentido, este ensaio objetiva enfrentar questões como a da prisão civil do depositário infiel; a ação autônoma de busca e apreensão; a limitação da matéria a ser deduzida em constestação; a permissão da alienação extrajudicial do bem apreendido, e as conseqüências que dela resultam, tecendo comentários que, repita-se, servirão tão somente para reflexão dos

operadores do direito, fomentando-os a uma nova visão diante do quadro constitucional estabelecido a partir de outubro de 1988, onde a primazia do homem se destaca no cenário mundial.

II – DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Diz o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal:

“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”

Como conseqüência do disposto no artigo antes citado, conclui-se que em nosso ordenamento jurídico, a prisão civil só se faz possível em se tratando de devedor de alimentos e depositário infiel, sendo inadmissível ampliar o preceito constitucional, considerando tratar-se de uma norma restritiva do direito à liberdade.

Quanto a esta última figura, ou seja, do depositário infiel, a controvérsia resulta de duas questões distintas, a saber:

A) natureza jurídica do depositário noticiado pelo art. 4º, do Decreto-lei nº 911/69;

B) Pacto de São José da Costa Rica, art. 7º, item 7.

Vejam os itens destacados em separado, os itens destacados:

Segundo a redação do art. 4º, do Decreto-lei 911/69, “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”. (grifos nossos).

Da leitura do respectivo dispositivo legal, chega-se à conclusão de ser possível a convalidação da ação de busca e apreensão em ação de depósito, ultimando-se pela prisão do devedor que inadimplir com sua obrigação, porque considerado depositário infiel.

Como questão preliminar e relevante para o deslinde da controvérsia, repita-se, que a prisão, como norma excepcional, merece interpretação restritiva sendo inadmissível sua ampliação considerando que a vida e a liberdade se constituem no objeto tutelado pelo direito.

Neste sentido, a figura do depósito noticiado pelo art. 5º, LXVII, da Carta Política, é aquela que se caracteriza pela guarda e manutenção da

coisa entregue ao depositário, ultimando-se com sua devolução, sob pena de propositura de ação tipificada nos art. 901, 902, § 1º e 904, Código de Processo Civil.

A contrario sensu, o depósito elencado no art. 4º, do Decreto-lei 911/69, se constitui em uma figura *atípica* de depósito, não sendo passível de prisão, segundo posicionamento dominante do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, valendo trazer à colação, o entendimento esposado no aresto HC 138787/DF.

(HC 13878/DF de 11/12/00 – Min. Carlos Alberto Menezes Direito)

Habeas corpus. Prisão civil. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Liminar não deferida em habeas corpus anterior. Tribunal de Justiça.

1. Admite-se nesta Corte, excepcionalmente, na hipótese de flagrante ilegalidade ou abuso, a impetração de habeas corpus contra despacho de Relator que indefere liminar em outro writ.

2. A jurisprudência deste Tribunal (EREsp nº 149.518 GO, Relator o Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 05 05 99, e HC n.º 11.918 CE, Relator o Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 20 10 2000, ambos da Corte Especial) firmou-se no sentido de não admitir a prisão civil de depositário infiel vinculado a contrato de alienação fiduciária.

3. Habeas corpus concedido.

Em sentido contrário ao que foi demonstrado, a jurisprudência firmada no C. Supremo Tribunal Federal, dá notícias de que o depósito elencado no Decreto-lei 911/69, deve ser considerado típico, porquanto o legislador remeteu o leitor ao capítulo próprio do referido instituto.

Para tanto, destaca-se o aresto RE 274183/GO que tem a seguinte redação:

(RE 274183 Go - Min. Moreira Alves)

EMENTA: Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil.

- Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se

tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

- Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482.

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

- Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia.

- É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

Ultrapassada a questão da natureza jurídica do depósito da alienação fiduciária em garantia, passa-se a analisar o art. 7º, item 7 do Pacto de São José da Costa Rica, diante do texto consagrado no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, considerando, ainda, a inteligência contida no § 2º, do referido art. 5º, da Magna Carta.

Em primeiro lugar, faz-se necessário destacar que o Brasil, no ano de 1992, aderiu ao denominado Pacto de São José da Costa Rica, ao ratificar os seus termos.

Da leitura do art. 7º, item 7, chega-se à conclusão de que não há previsão para a prisão do depositário infiel, mantendo-a exclusivamente para os casos de inadimplemento do devedor de alimentos.

Assim, a controvérsia se instaurou diante de um aparente conflito entre o texto constitucional e a redação do referido tratado internacional que, mesmo se situando em patamar inferior à Constituição Republicana, não afasta a incidência das normas que tratam de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, considerando o preceito contido no art. 5º, § 2º, da Carta Política, que assim prescreve:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrente do regime e dos princípios por ela adotados, *ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” (grifos nossos)

Neste contexto, estabelecido o aparente conflito entre as normas que se situam no mesmo patamar, mostra-se prevalente no Superior Tribunal de Justiça a disposição contrária à prisão do depositário infiel, respeitando o princípio da primazia do homem.

Em sintonia com este posicionamento, destaca-se o aresto REsp 238372/RS, com a seguinte ementa:

(REsp 238372/RS de 15/05/00 – Min. Eduardo Ribeiro)

Recurso especial. Dissídio. Súmula 13 - STJ. Não conhecimento.

Alienação fiduciária. Prisão civil.

A incorporação a nosso ordenamento jurídico das disposições constantes do Pacto de São José de Costa Rica elimina a possibilidade de prisão civil, tratando-se de alienação fiduciária.

Concessão, de ofício, de habeas corpus.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, esposando uma tese oposta, sustenta que o estabelecido no Pacto de São José da Costa Rica não tem o condão de afastar os preceitos constitucionais que garantem a prisão do depositário infiel, sob pena de se negar a Soberania Estatal, esclarecendo que a prisão de depositário infiel é uma técnica processual de coerção, e que a norma do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, ao argumento de que não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional, bastante reprisar o acórdão trazido à colação em fls. 6.

Demonstrada a divergência havida nos tribunais superiores, cumpre chamar a atenção dos operadores do direito que, por se tratar de uma questão de índole constitucional, a matéria desembocará no Supremo Tribunal Federal onde prevalece, por ampla maioria, a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel

III – DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS – ART. 3º, DO DECRETO-LEI 911/69

Demonstrando nítida preocupação em evitar a ocorrência do denominado perdimento de bens, a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, garante a todos os cidadãos o direito do exercício da ampla defesa através do contraditório, no devido processo legal.

Vê-se que as normas processuais constitucionais, enquanto princípios, objetivam a proteção da liberdade e de bens que não poderão, em nenhuma hipótese, sofrer privações senão depois de instaurada a litigiosidade.

É nesta perspectiva que se faz menção ao art. 3º, § 6º do Decreto-lei 911/69, que permite uma ação denominada de busca e apreensão que, dada a sua satisfatividade, não se amolda a nenhuma medida cautelar, tratando-se de ação autônoma, conforme preceitua a lei.

Segundo a redação do art. 3º, do Decreto-lei 911/69, a comprovação da mora do devedor fiduciário é suficiente para autorizar a propositura de uma ação de busca e apreensão, de natureza satisfativa conforme preceitua o seu § 6º, permitindo que o credor consolide a propriedade do bem apreendido, restando ao devedor oferecer sua contestação no prazo reduzido de três dias, sendo-lhe lícito purgar a mora, desde que já tenha sido pago 40% do preço financiado.

Outrossim, vê-se que a matéria a ser deduzida em contestação só é aquela elencada no parágrafo 2º do referido dispositivo, sendo lícito ao credor alienar extrajudicialmente o bem apreendido, antes do término do processo, conforme o preceito contido em seu parágrafo 5º.

Com respeito aos que defendem este diploma legal, entendo que a figura da ação de busca e apreensão se revela violenta e desrespeitadora de princípios consagrados na Carta Política de 1988, porque desautoriza o devedor de oferecer sua defesa antes da apreensão do bem alienado fiduciariamente, restando-lhe uma resistência que não se coaduna com o princípio constitucional inscrito no art. 5º, LIV da Constituição Federal.

O devedor, nestas condições, suportará uma violenta agressão em seus direitos fundamentais, devendo-se destacar, pela importância que representa, que se mostra cabível a incidência dos preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor, de forma que o devedor, na qualidade de consumidor, hipossuficiente técnico, fático e financeiro, não pode se ver privado de seu direito em razão de uma medida liminar *inaudita altera pars*.

O mesmo raciocínio se empresta à redução da matéria da contestação, porquanto a ampla defesa, princípio consagrado na Carta Política, é incompatível com a referida limitação, devendo-se destacar que a permissão de purgação de mora, somente àqueles que já tiveram pago 40% do preço financiado, parece estar contaminada pela inobservância do princípio de isonomia encartado em todo texto constitucional.

III.1 – Da Alienação do Bem, Objeto da Alienação Fiduciária

Como dito anteriormente, o bem retomado através da ação autônoma de busca e apreensão, pode ser alienado judicial ou extrajudicialmente, conforme preceitua o art. 3º, § 5º, do Decreto-lei 911/69, considerando que o recurso de apelação é recebido somente no efeito devolutivo e a lei afirma expressamente que o recurso não impedirá a venda extrajudicial.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a execução, como ato de império, é exclusivo do Poder Judiciário, de forma que a permissão legal da alienação extrajudicial parece comprometer a ordem jurídica, valendo registrar que os mais modernos diplomas legais, como por exemplo a Lei 9.307/96, que trata da arbitragem, reserva a execução da sentença arbitral ao Poder Judiciário, exatamente em respeito ao já citado ato de império.

Assim, a alienação extrajudicial, por ser incompatível com a ordem jurídica pátria, não se mantém viva entre nós, registrando, para tanto, a seguinte ementa:

*“A alienação extrajudicial é inconstitucional.
Se permitido ao credor fazer essa alienação,
estará ele exercendo a atividade jurisdicional
de execução, que é privativa do judiciário.”
(Lex – JTA 153/55)*

Ainda em relação à referida alienação extrajudicial do bem apreendido, é bom destacar que eventual saldo remanescente em favor do credor não autoriza a tutela executiva, porquanto a ausência da chancela do Estado, que não participou da venda do bem, retira a indispensável liquidez do título, tornando-o inexecutável.

Para tanto, a título de ilustração, trago à colação o seguinte acórdão:

(REsp 63392/MG de 16/03/98 – Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)
CIVIL. E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL.
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

BUSCA E APREENSÃO. VENDA EXTRAJUDICIAL DO BEM
DADO EM GARANTIA.

EXECUÇÃO DO SALDO REMANESCENTE. IMPOSSIBILIDADE.
ILIQUIDEZ DO TÍTULO. ORIENTAÇÃO DA TURMA. EMBARGOS
DECLARATÓRIOS. CARÁTER PROTELATÓRIO NÃO
EVIDENCIADO. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - NOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO ADOTADA POR ESTA
QUARTA TURMA, DE FORMA MAJORITÁRIA, "A VENDA
EXTRAJUDICIAL DO BEM, INDEPENDENTEMENTE
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 CONSEQÜÊNCIA, A
QUALIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO. EM CASOS TAIS, PELO
SALDO DEVEDOR SOMENTE RESPONDE PESSOALMENTE,
EM PROCESSO DE CONHECIMENTO, O

DEVEDOR PRINCIPAL" (**RESPS** 4.605-SP, 2.997-SC E 2.432-CE).

II - NÃO CONSTANDO DO ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE
DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO FUNDAMENTAÇÃO HABIL
A AMPARAR A CONCLUSÃO DE HAVEREM SIDO MANEJADOS
COM INTUITO "MERAMENTE PROTELATORIO" E EXISTINDO
EVIDÊNCIAS QUE INDICAM A AUSÊNCIA DE TAL PROPÓSITO
POR PARTE DA EMBARGANTE, E DE SER AFASTADA A
IMPOSIÇÃO DA MULTA PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO
ART. 538, CPC.

III.2 Da Alienação Extrajudicial e o Garantidor

Segundo a redação do art. 6º, do Decreto-lei 911/69, o garantidor ou terceiro que pagar a dívida do alienante ou devedor, se sub-rogará no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária.

Ocorre que, se da alienação o garantidor não teve prévia ciência, estará exonerado da obrigação, porque lhe foi frustrado o legítimo direito de se sub-rogar, na conformidade da Lei.

À propósito, destaca-se:

“A venda extrajudicial do bem, independente da prévia avaliação ou da anuência do devedor quanto ao preço retira ao crédito a característica de liquidez, e ao título, em consequência, a característica de título executivo. Pelo saldo somente responde o devedor principal, e não o fiador” (RT 708/147).

Outrossim, vejam-se os seguintes acórdãos:

(Resp 178255/PR de 28/08/00 – Min. Eduardo Ribeiro)

Alienação fiduciária. Cobrança de saldo residual. Garantes.

A venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente não leva, por si, à extinção da responsabilidade dos garantes pelo pagamento do saldo devedor remanescente. Indispensável, entretanto, que o credor dê a eles prévia ciência de que vai alienar o bem, por determinado preço.

(REsp 49086/MG de 10/11/97 – Min. Ruy Rosado de Aguiar)

ALIENAÇÃO FIDUCIARIA. FIADOR. ALIENAÇÃO DO BEM.

- APÓS A VENDA EXTRAJUDICIAL DO BEM, SEM A PARTICIPAÇÃO DO DEVEDOR, A OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DO SALDO É PESSOAL DO DEVEDOR.

DESAPARECENDO A GARANTIA DA FIANÇA. ART. 66, PAR. 5. DA LEI 4.728-1965.

- EMBARGOS PROVIDOS.

IV – CONCLUSÃO

Este trabalho, como visto, objetivou demonstrar que vários dispositivos do Decreto-lei 911/69, estão em total desarmonia com os preceitos contidos na Carta Política de 1988, em especial os arts. 1º, III; 5º, XXXII, LIV, LV; e 170, *caput* e inciso III. De forma que a nós, enquanto operadores do direito, toca a responsabilidade de provocar profundas reflexões a fim de que se estabeleça uma nova visão nas relações constituídas sob a égide do Decreto-lei 911/69, sem que nos afastemos dos preceitos contidos na Lei 8.078/90, considerando tratar-se de uma relação consumerista. ◆