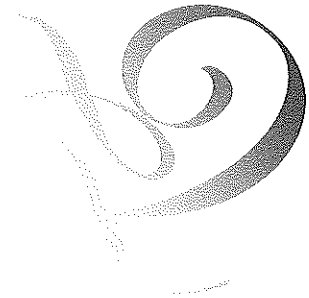


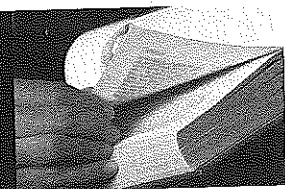
Flávio Tartuce
José Fernando Simão

Direito Civil



SÉRIE

CONCURSOS
PÚBLICOS



Direito das Coisas **4**



SÃO PAULO

Flávio Tartuce
José Fernando Simão

Direito Civil

SÉRIE

CONCURSOS
PÚBLICOS

Direito das Coisas **4**



EDITORA
MÉTODO

SÃO PAULO

(D) o dono do imóvel hipotecado não pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo credor.

(E) é anulável a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado, sendo defeso, inclusive, convencionar-se que vencerá o crédito hipotecário, se o imóvel for alienado.

13. (Procurador Federal/AGU – 2007) A respeito dos direitos reais, julgue o item a seguir: Segundo a Súmula do STJ, a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posteriormente à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

14. (Juiz Federal/TRF 5.^a Região – 2007) Quanto aos direitos reais e à posse, julgue o item seguinte: A hipoteca é um direito real, inscrito no registro imobiliário, que se adere à coisa, assegurando ao credor o cumprimento da obrigação pelo devedor, e, por ser um direito de garantia indivisível, confere-lhe, ainda, o direito de perseguir a coisa em mãos de quem quer que se encontre, até que seu crédito seja plenamente satisfeito.

15. (Procurador do Estado/AP – 2006) Julgue o item seguinte, a respeito do direito das coisas: A hipoteca é direito real de garantia sobre coisa alheia, constitui um vínculo real que acompanha a coisa e que tem efeitos erga omnes, dando direito de excussão ao credor hipotecário contra quem esteja com o bem.

16. (Juiz Federal/TRF 5.^a Região – 2006) A respeito do direito das coisas, julgue o seguinte item: A preferência de pagamento das hipotecas entre vários credores hipotecários se dá pela ordem de vencimento do título constitutivo, ou seja, paga-se integralmente ao credor hipotecário cujo título vença primeiro. Após satisfeito o primeiro credor, paga-se ao segundo, e, posteriormente, ao terceiro, conforme a ordem cronológica do vencimento do título.

17. (AGU – 2005) Acerca dos direitos reais e dos registros públicos, julgue o item que se segue: É incabível a penhora sobre parte ideal de bem imóvel hipotecado, em execução movida a um dos co-proprietários, pois a indivisibilidade do bem acarreta a indivisibilidade da garantia real.

GABARITO

1 – A	2 – B	3 – D
4 – D	5 – C	6 – B
7 – D	8 – C	9 – D
10 – A	11 – A	12 – A
13 – Certa	14 – Certa	15 – Certa
16 – Errada	17 – Certa	



A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Sumário: 9.1 Introdução. A propriedade fiduciária. Conceito, evolução legislativa e natureza jurídica – 9.2 Regras da propriedade fiduciária no Código Civil de 2002 – 9.3 A alienação fiduciária de bens móveis. Regras previstas no Decreto-lei 911/1969. A questão da prisão civil do devedor fiduciante – 9.4 A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis. Regras previstas na Lei 9.514/1997 – Resumo esquemático – Questões correlatas.

9.1 INTRODUÇÃO. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. CONCEITO, EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E NATUREZA JURÍDICA

Para a compreensão da alienação fiduciária em garantia, é preciso expor a evolução legislativa do instituto, particularmente da propriedade fiduciária.

A questão da propriedade fiduciária foi disciplinada, no Brasil, inicialmente, pelo art. 66 da Lei 4.728/1965, que tinha por escopo tratar dos mercados de capitais, disciplinando o seu desenvolvimento.

Posteriormente, em 1969, essa norma sofreu importante alteração por força do Decreto-lei 911/1969 que alterou o referido art. 66 e introduziu nova disciplina processual no tocante à busca e apreensão do bem alienado. O objetivo da alienação fiduciária em garantia era estimular o consumo de bens de capital móveis e duráveis, tais como eletrodomésticos e veículos, dentre outros.

Por meio da alienação fiduciária, o bem a ser adquirido passa a ser da empresa credora, que tem a sua propriedade resolúvel; ficando o devedor com a posse da coisa na qualidade de depositário. O que se percebia, com o surgimento do instituto, era a existência de duas grandes vantagens para o credor fiduciário.

A primeira delas referia-se à questão de se tornar dono do objeto adquirido e não mero terceiro com direito real sobre a coisa. Isso significava que, em caso de eventual falência do devedor, o bem não pertenceria à massa falida, mas poderia ser exigido pelo credor. Nesse sentido, determinava, e ainda determina, o art. 7.º do Decreto-lei 911/1969 que “na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente”. Entretanto, conforme será demonstrado a seguir, não pode o credor ficar com o bem, devendo providenciar a sua venda.

A segunda grande vantagem para o credor era a equiparação do devedor a um depositário. Por isso, se o objeto adquirido desaparecesse, poderia o devedor ser preso em razão do depósito infiel. O temor da prisão fazia com que o devedor cuidasse do bem, assegurando ao credor maiores possibilidades de encontrar a garantia em caso de inadimplemento e posterior busca e apreensão. É importante deixar consignado que os verbos, aqui, são utilizados no passado e no condicional, pois foi alterado o panorama jurisprudencial quanto a essa prisão civil.

Para o devedor, a alienação também trazia uma vantagem. Como a garantia dificilmente perece e o credor assume menores riscos no empréstimo, os juros desta modalidade se mostravam mais atraentes e menores para o tomador, levando-se em conta a realidade do mercado. Com essas vantagens, notou-se um crescimento na utilização do instituto no meio mobiliário.

No passado, a alienação fiduciária se revelou tão eficiente em razão da efetiva garantia do credor, que os agentes financeiros passaram a utilizá-la não nas hipóteses de compra de bens duráveis, mas sim como uma nova forma de garantia real na qual o devedor transferia a propriedade de certo bem ao credor. Invertia-se a situação de alienação, pois o devedor entregava bem que já é de sua propriedade em garantia. Em razão disso, muito se discutiu no passado se tal modalidade de garantia seria válida. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 28, datada de 8 de outubro de 1991, pela qual “O contrato de alienação fiduciária pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”. Findou-se, então, o debate sobre o tema.

Em princípio, quanto à sua estrutura, percebe-se que há um desvio de causa do negócio jurídico, pois a idéia precípua da alienação fiduciária é de aumentar o consumo de bens duráveis. Todavia, o instituto passou a ser utilizado como forma de garantia real ao lado do penhor, da hipoteca e da anticrese. Isso justifica a colocação metodológica do instituto no presente livro.

Voltando à evolução legislativa, note-se que, até então, a alienação fiduciária estava restrita aos bens móveis, pela redação do *caput* do art. 66-A inserido na Lei 4.728/1965 pela Medida Provisória 2.160-50/2001. Vale dizer que a última norma não mencionava se o bem móvel poderia ser também fungível, ou seja, substituível. Em regra, não se admitia a alienação fiduciária de bem fungível, em razão da dificuldade de sua individualização, requisito essencial à especialização da garantia real, o que era acompanhado pela maioria da doutrina.

No ano de 1997, surge a Lei 9.514, para cuidar exclusivamente da alienação fiduciária de bens imóveis.

Com a edição do Código Civil de 2002, o tema da propriedade fiduciária passa a fazer parte da codificação, pela previsão dos arts. 1.361 a 1.368-A – o último introduzido pela Lei 10.931/2004. A codificação restringe a propriedade fiduciária apenas a bens móveis e infungíveis, pela redação do seu art. 1.361.

Do ponto de vista da incidência das normas, é pertinente frisar que todas as normas referentes à propriedade fiduciária contidas na Lei 4.728/1965 e no Decreto-lei 911/1969 são aplicáveis exclusivamente às instituições financeiras e pessoas jurídicas equiparadas (v.g., os consórcios) e, portanto, as demais pessoas físicas ou jurídicas não podem celebrar alienação fiduciária em garantia.

A alienação fiduciária de bem imóvel, apesar de estar inserida na lei que disciplina o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), não está restrita às caixas econômicas, aos bancos de investimento, aos bancos com carteira de crédito imobiliário, às sociedades de crédito imobiliário, às associações de poupança e às companhias hipotecárias.

Isso porque a Lei 9.514/1997 prevê que a alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena, os bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do *laudêmio*, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; o direito de uso especial para fins de moradia; o direito real de uso, desde que suscetível de alienação e, por fim, a propriedade superficiária (art. 22, § 1.º, da Lei 9.514/1997, conforme a redação dada pela Lei 11.481/2007). A Lei 11.481/2007 também acrescentou o § 2.º ao referido art. 22, dispondo que o direito real de uso (desde que suscetível de alienação) e a propriedade superficiária ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.

No tocante ao Código Civil de 2002, essa lei possibilita a qualquer pessoa física ou jurídica a celebração de negócio jurídico pelo qual se dá em garantia certo bem móvel e infungível como propriedade fiduciária.

De maneira conclusiva, quanto à aplicação normativa, pode-se afirmar que todas as regras contidas na Lei 4.728/1965 e no Decreto-lei 911/1969 se aplicam às instituições financeiras. Já as regras previstas na Lei 9.514/1997 se aplicam às alienações de bem imóvel, sejam elas praticadas por entidades do Sistema Financeiro Imobiliário, ou por pessoas físicas ou jurídicas. Por fim, as regras do Código Civil de 2002 incidem às pessoas físicas e jurídicas como um todo.

Encerrando o estudo da evolução legislativa, deve ser citada a Lei 10.931/2004 (conhecida como *Lei do Pacote Imobiliário*), que alterou novamente a Lei 4.728/1965 e criou o art. 66-B. Com isso, passou a admitir a alienação fiduciária de bens móveis e fungíveis (§ 3.º), bem como alterou as disposições processuais contidas no Decreto-lei 911/1969 e vários dispositivos referentes à Lei 9.514/1997.

Superado esse tema, é preciso abordar o conceito e a natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia. De início, devem ser estudados alguns institutos correlatos.

Quanto ao *negócio fiduciário*, ensina Melhim Namen Chalhoub que “A figura do negócio fiduciário, paralelamente à do negócio jurídico indireto, surgiu no final do século XIX, a partir da construção doutrinária de juristas alemães e italianos, pela qual se utiliza a transmissão do direito de propriedade com escopo de garantia, a exemplo do que já ocorria com a fidúcia romana e com o penhor da propriedade do direito germânico. O marco inicial da doutrina moderna do negócio fiduciário está na obra de Regelsberger, que o define em 1880 como ‘um negócio seriamente desejado, cuja característica consiste na incongruência ou heterogeneidade entre o escopo visado pelas partes e o meio jurídico empregado para atingi-lo’” (*Negócio fiduciário...*, 2006, p. 41). Para o mesmo autor, encabeçando a doutrina majoritária, a *alienação fiduciária em garantia* constitui modalidade de *negócio fiduciário*, pelas seguintes razões (*Negócio fiduciário...*, 2006, p. 154):

- O fiduciário sempre deve agir com lealdade, devolvendo a propriedade assim que ocorra a condição suspensiva.
- A transmissão da propriedade ocorre em dois momentos. De início, como garantia ao fiduciário, de forma transitória e temporária. Depois, se o fiduciante cumprir com as obrigações assumidas, o bem lhe retornará de forma automática, independentemente de qualquer interpelação.

Além do conceito de *negócio fiduciário*, é interessante verificar a utilização do termo *propriedade fiduciária*. Enquanto a legislação extravagante como um todo se utiliza do termo *alienação fiduciária em garantia*, o Código Civil em vigor optou por utilizar aquela expressão. A razão de o Código de 2002 utilizar *propriedade fiduciária* e não *alienação* remonta as diferenças conceituais envolvendo os institutos em questão.

De acordo com o que disciplina a Lei 9.514/1997, a alienação fiduciária em garantia ocorre quando o devedor – ou fiduciante –, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor – ou fiduciário –, a propriedade resolúvel de coisa imóvel (art. 22). Realmente, a alienação fiduciária pressupõe a transferência da propriedade por meio de um negócio jurídico obrigacional, um contrato em sentido de instrumento negocial.

A *alienação fiduciária* é a convenção que somente produz efeitos entre os negociantes, tendo efeitos contratuais. Como consequência, com a alienação surge a *propriedade fiduciária*, esta sim um direito real de garantia que produz efeitos *erga omnes* e por isto necessitará de algumas formalidades para existir. Extrapola-se o campo da obrigação e adentra-se no campo do direito real.

Nesse sentido, pode-se denominar o negócio jurídico existente entre as partes de *alienação fiduciária* ou de *cessão fiduciária*. A expressão *alienação* fica melhor empregada na hipótese de efetiva aquisição de certo bem mó-

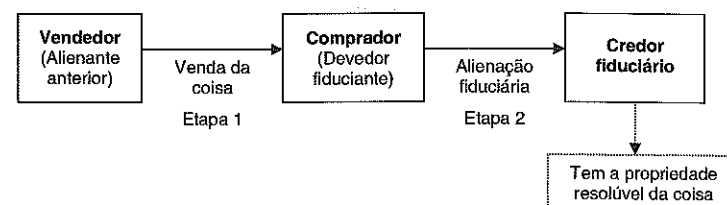
vel ou imóvel no mercado em que o agente financeiro empresta e se torna proprietário da coisa. Já o termo *cessão* deve ser utilizado se o devedor já é dono do objeto e apenas o cede como forma de garantia, o que se admite mormente com o advento da Súmula 28 do STJ.

Com relação aos bens imóveis, a diferença entre a alienação fiduciária e a propriedade fiduciária fica evidente, pelo que consta do art. 23 da Lei 9.514/1997, pelo qual se constitui a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato ou negócio que lhe serve de título. Desse modo, esse *contrato*, no sentido de instrumento, é o título que, quando registrado, gera a propriedade fiduciária.

Ainda quanto à categorização jurídica, é pertinente esclarecer que a *propriedade fiduciária* poderá ter origem distinta da *alienação fiduciária em garantia*. Um exemplo de propriedade fiduciária que não envolve a garantia é o fideicomisso. Explica Orlando Gomes que no fideicomisso a propriedade é fiduciária, pois baseada na confiança, e também resolúvel, pois se extingue com a condição resolutiva ou com o termo final (*Direitos reais...*, 2004, p. 270). Somente lembrando, o fideicomisso ocorre quando o testador institui herdeiros ou legatários, impondo a um deles, o fiduciário, a obrigação de, por sua morte, ou sob certa condição, transmitir a outro, que se qualifica fideicomissário, a herança ou legado (ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado...*, 1952, v. 2, p. 588). Para aprofundamentos do tema, remetemos o leitor ao Volume 6 da presente coleção, que trata do direito sucessório.

Por tudo isso, em suma, a propriedade fiduciária pode ter como origem a alienação fiduciária em garantia – que retoma a idéia de *fiducia cum creditore* como garantia de dívida –; ou no testamento, com previsão de substituição fideicomissária – que tem origem na *fiducia cum amico* –, hipótese em que o fiduciário guardava e administrava os bens de certo amigo para posteriormente lhe restituir.

Conceituando, a *alienação fiduciária em garantia* constitui um *negócio jurídico* que traz como conteúdo um *direito real de garantia sobre coisa própria*. Isso porque o devedor fiduciante aliena o bem adquirido a um terceiro, o credor fiduciário, que paga o preço ao alienante originário. Constata-se que o credor fiduciário é o proprietário da coisa, tendo, ainda, um direito real sobre a coisa que lhe é própria. Como pagamento de todos os valores devidos, o devedor fiduciante adquire a propriedade, o que traz a conclusão de que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel. O esquema a seguir demonstra a estrutura do instituto:



Portanto, três são as pessoas envolvidas no negócio: o *vendedor* (alienante anterior da coisa), o comprador, que passa a ser o *devedor fiduciante*, e o *credor fiduciário*, que tem a propriedade resolúvel da coisa.

No tocante à sua natureza jurídica de direito real, a *alienação fiduciária em garantia* envolve a publicidade do ato jurídico.

Se tiver por objeto bem móvel, o negócio estará formado a partir da tradição, que pode ser real ou ficta. Em se tratando de imóveis ou de móveis infungíveis, sua posse fica com o devedor e a tradição será ficta, por meio do *constituto possessório*, uma vez que o devedor fiduciante, na qualidade de dono do bem, tinha a posse direta e a indireta, mas com a alienação fiduciária passa a ter apenas a posse direta, perdendo a indireta ao transferir a propriedade ao credor fiduciário. O devedor que possuía o bem em nome próprio passa a possuí-lo em nome alheio.

Além da tradição, em regra, exige-se o registro no Registro de Títulos e Documentos, para que a alienação fiduciária surta efeitos perante terceiros. O Código Civil determina que o registro deva ser feito no domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículo, na repartição competente, fazendo-se anotação no certificado de propriedade (art. 1.361, § 1.º, do CC). É de se frisar que o art. 66, § 1.º, da Lei 4.728/1965, atualmente revogado pela Lei 10.931/2004, dispunha que a alienação fiduciária somente se provava por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que fosse o seu valor, seria obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros. Com a revogação do diploma, deixou de existir na legislação extravagante dispositivo que determina o registro do contrato em relação a bens móveis fungíveis ou não. Por isso, a dúvida que surge é a seguinte: em razão dessa revogação legislativa passou a ser desnecessário o registro do instrumento de alienação fiduciária regido pela Lei 4.728/1965?

A resposta é negativa. Na ausência de dispositivo expresso de lei, aplica-se o Código Civil, que exige o registro, por força do seu art. 1.368-A, cuja redação é a seguinte: “As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial”.

Encerrando o estudo da natureza jurídica do instituto, também é importante frisar que, em se tratando de bens imóveis, necessário será o registro no Registro de Imóveis do negócio ou contrato que criou a propriedade fiduciária, por força expressa do art. 23 da Lei 9.514/1997. Trata-se da única hipótese em que o registro não se dá no Cartório de Títulos e Documentos. Com o registro do negócio ou contrato e a criação da propriedade fiduciária, ocorre o desdobramento da posse em direta e indireta, tornando-se o devedor fiduciante possuidor direto e o credor fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel (art. 23, parágrafo único, da Lei 9.514/1997).

9.2 REGRAS DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Como já mencionado, o Código Civil de 2002 trata da propriedade fiduciária, definidora do conteúdo da alienação fiduciária em garantia nos casos de bens móveis infungíveis, entre os seus arts. 1.361 a 1.368-A. A matéria está colocada logo após o tratamento da propriedade resolúvel, já que constitui modalidade desta, conforme aponta a doutrina clássica (GOMES, Orlando. *Direitos reais...*, 2004, p. 270).

De acordo com o primeiro dispositivo da codificação, “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”. O dispositivo procura conceituar a propriedade resolúvel, o que também é fundamental para a estrutura da alienação fiduciária, conforme já exposto.

Pois bem, constitui-se a propriedade fiduciária “com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro” (art. 1.361, § 1.º, do CC). Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor fiduciante possuidor direto da coisa (art. 1.361, § 2.º, do CC). A propriedade superveniente ou novo domínio, adquirido pelo devedor fiduciante, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária (art. 1.361, § 3.º, do CC).

O art. 1.362 do atual Código traz os requisitos essenciais para constarem no título de instituição da propriedade fiduciária:

- a) *O total da dívida ou sua estimativa.* Em se tratando de uma garantia, necessariamente precisará constar do título o valor do principal garantido por meio de propriedade fiduciária. Todavia, nem sempre o valor da dívida existe no momento em que se constitui a garantia como, por exemplo, nas hipóteses em que a propriedade fiduciária garantirá dívida futura, ainda não contraída pelo devedor. Nas hipóteses de dívida futura, o título deve indicar uma estimativa, ou seja, o seu valor aproximado. Ilustrando, poderão as partes avençar um limite, ou seja, o teto máximo do valor da dívida. Evidentemente, em sendo a dívida estimada, perde ela o seu caráter de dívida líquida e certa. Com certa razão, salientam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que falhou o legislador ao exigir a menção ao total da dívida, omitindo a necessária referência ao valor do bem garantido (*Direitos reais...*, 2006, p. 367).
- b) *O prazo ou a época do pagamento.* É essencial a avença de prazo, pois o termo existe a favor do devedor (art. 133 do CC). Dessa forma, antes do seu advento, o devedor não se considera inadimplente e, por óbvio, a garantia não poderá ser executada. Aliás, antes do advento do termo, sequer surge a pretensão para o credor, uma vez que não poderá exigir o cumprimento da prestação, nem executar as garantias.

c) *A taxa de juros se houver (juros convencionais)*. Na ausência de juros convencionais, estes não são devidos. Em se tratando de alienação fiduciária realizada por instituição financeira regida pela Lei 4.728/1965, necessária será não só a presença da taxa de juros como também o valor da cláusula penal (multa moratória), o índice de atualização monetária (que reflete a variação da inflação, sendo os mais comuns o IGP da Fundação Getúlio Vargas e o IPC, que é índice oficial), e as demais comissões e encargos (art. 66-B, cuja redação decorre da Lei 10.931/2004).

d) *A descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação*. A razão pela qual é necessária uma perfeita e detalhada descrição do objeto dado em garantia vale não só para a propriedade fiduciária, como para toda e qualquer espécie de garantia real. A descrição do objeto é que garante a sua identificação, e sem a devida identificação, impossível seria a eficácia *erga omnes* do direito real. Não sendo assim, perante terceiros a eficácia restaria comprometida, já que os sujeitos passivos indeterminados não teriam meios suficientes para identificar a coisa sobre a qual recai o direito. E mais, se a coisa não é identificada claramente, a garantia é inócua, já que poderia ser substituída pelo devedor quando bem entendesse.

Antes de vencida a dívida, o devedor fiduciante, às suas expensas e riscos, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, como depositário: a) a empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza; b) a entregá-la ao credor fiduciante, se a dívida não for paga no vencimento (art. 1.363 do CC). Esse é o comando legal que prevê que o devedor fiduciante tem as obrigações similares às de um depositário. Por isso, não cumprindo com os seus deveres obrigacionais, *poderia* ser requerida a sua prisão civil, nos termos do art. 652 do CC. Contudo, como ainda será exposto, a questão da prisão vem sendo revista pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, principalmente diante da edição da Emenda Constitucional 45/2004.

Quanto à mora do devedor fiduciante, prevê o art. 1.364 do CC que, vencida a dívida, e não paga, fica o credor fiduciário obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor. Pela norma, é possível a venda da coisa pelo credor fiduciário justamente porque é ele o proprietário da coisa. Além disso, cabe a ação de busca e apreensão pelo credor fiduciário em face do devedor fiduciante, nos termos do Decreto-lei 911/1969, lei que ainda será estudada.

Em tom crítico, não nos parece adequada a previsão legal pelo fato de deixar o devedor em situação muito frágil perante o credor que, de forma excessiva ou abusiva, pode vender o bem sem maiores cuidados, inclusive sem o cuidado de avaliá-lo para verificar se o preço vendido foi justo ou vil. Em tempos de boa-fé objetiva, tomando-se por base o Código Civil de 2002 que tem como princípios basilares a eticidade e a socialidade, a execução do bem dado em garantia sem a prévia avaliação fere todos os princípios básicos

do Direito Privado. Desse modo, o Código de 2002 deve ser interpretado de maneira a garantir o mínimo de segurança ao devedor, quer seja por meio da avaliação do bem a ser vendido pelo credor, quer seja pelo envio de um completo quadro discriminando o valor da dívida. Em reforço, a situação criada pela mora do devedor não pode gerar enriquecimento sem causa, o que é vedado pelos arts. 884 a 886 do Código em vigor.

Ainda quanto à mora do devedor fiduciante, presente uma relação jurídica de consumo, como é comum na alienação fiduciária em garantia que envolve veículos, merece aplicação o art. 53 da Lei 8.078/1990, a saber:

“Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

§ 1.º (*Vetado*).

§ 2.º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.

§ 3.º Os contratos de que trata o caput deste artigo serão expressos em moeda corrente nacional”.

Pela literalidade da norma, no que tange à alienação fiduciária em garantia (inclusive de bens imóveis), a lei considera como nula, por abusividade, a *cláusula de decaimento*, aquela que traz a perda de todas as parcelas pagas pelo devedor fiduciante. A jurisprudência nacional tem aplicado muito bem o dispositivo, fazendo o devido desconto de uma taxa de administração a favor do credor fiduciário. Nesse sentido:

“Alienação fiduciária em garantia – Apelação – Efeitos – Nulidade de cláusula contratual – Perda das prestações pagas. Nos termos do art. 3.º, § 5.º, do Decreto-lei 911, de 1.º.10.1969, a apelação interposta no pedido de busca e apreensão possui efeito tão-somente devolutivo. No contrato de alienação fiduciária, o credor tem o direito de receber o valor do financiamento, o que pode obter mediante a venda extrajudicial do bem apreendido, e o devedor tem o direito de receber o saldo apurado, mas não a restituição integral do preço pago. Precedentes. Recurso especial não conhecido” (STJ – REsp 401.702/DF – Rel. Ministro Barros Monteiro – Quarta Turma – j. 07.06.2005 – DJ 29.08.2005, p. 346).

Além dessa importante norma do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a *teoria do adimplemento substancial* para afastar a busca e apreensão da coisa na alienação fiduciária em garantia de bens móveis. Pela teoria do *adimplemento substancial* (“substantial performance”), nos casos em que o negócio tiver

sido quase todo cumprido, não caberá a sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, caso da cobrança dos valores devidos. A teoria é relacionada com os princípios sociais obrigacionais, conforme reconhece o Enunciado n. 361 do CJF/STJ: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”. Vale lembrar que o art. 475 do CC é o que disciplina a resolução contratual pelo inadimplemento culposo do devedor.

Apesar de não ser a alienação fiduciária em garantia um *contrato*, no sentido jurídico e categórico da expressão, pois se trata de um direito real, a teoria é perfeitamente aplicável. Em reforço, pode ser citado o Enunciado n. 162 do CJF/STJ, pelo qual “A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”. Em outras palavras, prevê o último enunciado que a conversão da mora em inadimplemento absoluto, nos termos do art. 395 do CC, não pode se dar por meros interesses egoísticos e mesquinhos do credor, mas de acordo com a boa-fé objetiva (a exigência de comportamento leal dos negociantes) e a conservação negocial.

Na jurisprudência do STJ, a teoria já foi aplicada para afastar a concessão da liminar em ação de busca e apreensão, em caso em que o devedor fiduciante já tinha cumprido quase todo o negócio:

“Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Deferimento liminar – Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido” (STJ – REsp 469.577/SC – Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar – Quarta Turma – j. 25.03.2003 – DJ 05.05.2003, p. 310).

Além dessa ementa, uma outra aplicou o adimplemento substancial para afastar a busca e apreensão como um todo, pois o devedor somente devia a última prestação de toda a dívida:

“Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Falta da última prestação – Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido” (STJ – REsp 272.739/MG – Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar – Quarta Turma – j. 01.03.2001 – DJ 02.04.2001, p. 299).

Como o leitor pode perceber, a grande dificuldade está em saber a partir de qual percentual de cumprimento pode a teoria ser aplicada. Para tanto, deve-se analisar o caso concreto, a partir da idéia de função social da obrigação e do contrato.

Superada a análise da mora do devedor fiduciante, o art. 1.365 do CC proíbe o *pacto comissório real* na *alienação fiduciária em garantia*, assim como ocorre com os demais direitos reais de garantia. Em suma, é nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento. Em um primeiro momento, a regra pode parecer estranha, pois como o credor fiduciário já é proprietário da coisa, quando do inadimplemento, nada impediria que ele se tornasse seu proprietário pleno, deixando sua propriedade de ser resolúvel.

Mas a lógica da norma consiste no fato de o credor tornar-se proprietário do bem, mas ser obrigado a vendê-lo para terceiros em leilão judicial ou extrajudicial. Nesse leilão, faz-se o ajuste de contas entre o valor da garantia e o da dívida.

A vedação ao *pacto comissório real* consta expressamente no Código Civil para todos os direitos reais de garantia (art. 1.428) e especificamente para a propriedade fiduciária (art. 1.365). O art. 66-A da Lei 4.728/1965, atualmente revogado pela Lei 10.931/2004, também continha disposição semelhante em seu § 6.º que determinava ser nula a cláusula que autorizava o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não fosse paga no seu vencimento. Todavia, a norma foi expressamente revogada e a pergunta que se faz é se o pacto comissório poderia ser admitido, desde então.

A resposta é negativa. O *pacto comissório real* continua vedado por aplicação subsidiária do Código Civil em razão do art. 1.368-A. E ainda que não houvesse tal previsão legal, a noção de pacto comissório não se coaduna com os princípios da eticidade e da socialidade, fundamentos do Código Civil de 2002, segundo Miguel Reale, além de causar enriquecimento sem causa, o que é vedado pelos arts. 884 a 886 do CC.

Porém, o devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta (art. 1.365, parágrafo único, do CC). Em outras palavras, a rigidez que constava do Código Civil de 1916 foi abrandada pelo Código Civil de 2002, que permite a dação em pagamento do objeto dado em garantia.

A dação em pagamento, como modo indireto de extinção das obrigações, ocorre quando o credor concorda em receber prestação diversa daquela contratada (art. 356 do CC). Em suma, por acordo, o devedor entrega em pagamento a garantia e o credor concorda com tal ato. A dação aqui permitida em lei é aquela que ocorre por acordo de vontade das partes quando do término do negócio, ou seja, quando o devedor já se encontra inadimplente ou para evitar que isto ocorra. É interessante apontar que, na opinião destes autores, não será possível cláusula contratual expressa prevendo a

dação como consequência natural do inadimplemento, por se tratar de um *pacto comissório disfarçado*.

Com uma outra visão sobre o parágrafo único do art. 1.365 do CC, é pertinente apontar que o antigo PL 6.960/2002 (atual PL 276/2007) pretende alterar o dispositivo, passando a constar que “O devedor pode, com a anuência do proprietário fiduciário, ceder a terceiro a sua posição no pólo passivo do contrato de alienação”. A proposta é que seja retirada a menção à suposta dação em pagamento, substituída pela cessão do contrato. Para o jurista Joel Dias Figueira Jr., cujas idéias inspiram a proposta, a alteração é interessante, pois o parágrafo único acaba por burlar o que consta do *caput* do dispositivo. Para ele o parágrafo único do art. 1.365 não traria a *inocente* dação em pagamento, mas o direito de o devedor fiduciante transferir os seus direitos antes de vencida a dívida, o que também se estenderia ao credor fiduciário, representando a burla. Isso justificaria a proposta de alteração. Contudo, não nos parece ser essa a melhor interpretação do dispositivo, que traz como conteúdo a dação em pagamento e não a suposta cessão.

Em casos de inadimplemento da obrigação assumida pelo devedor fiduciante, quando, vendida a coisa, o produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará ele obrigado pelo restante (art. 1.366 do CC). O devedor continua obrigado ao pagamento desta diferença, mas o credor fiduciário perde a qualidade de preferencial e passa a ser credor quirografário. Passa a ser aplicado, assim, o *princípio da responsabilidade patrimonial*, respondendo dos bens do devedor nos termos do art. 391 do CC.

Algumas das regras previstas para os direitos reais de garantia sobre coisa alheia são aplicadas à propriedade fiduciária e, sendo assim, à alienação fiduciária em garantia, conforme o art. 1.367 do CC. O dispositivo prevê a aplicação dos seguintes dispositivos:

- Art. 1.421 do CC – O pagamento parcial da dívida não representa a extinção da garantia (indivisibilidade do direito real de garantia).
- Art. 1.425 e 1.426 do CC – Aplicação das hipóteses de vencimento antecipado da dívida e não inclusão dos juros.
- Art. 1.427 do CC – Previsão de que, salvo cláusula expressa, o terceiro que presta garantia real por dívida alheia não fica obrigado a substituí-la, ou reforçá-la, quando, sem culpa sua, se perca, deteriore, ou desvalorize.
- Art. 1.436 do CC – Aplicação das regras de extinção do penhor.

Dispõe o *caput* do art. 1.368 do Código que “O terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária”. Determina o Código Civil que o pagamento da dívida pode ser realizado por terceiros interessados ou não interessados, o que representa decorrência natural da regra pela qual a lei espera ver a dívida paga ou solvida, não importando quem a pague ou a solva (art. 304 e seguintes do CC).

Juridicamente, o terceiro interessado é aquele que poderia suportar os ônus do descumprimento da obrigação pelo devedor, sendo também porque seja responsável pelo pagamento da dívida. É o caso do fiador, do avalista, do terceiro que deu bem em garantia real, ou mesmo daquele que sofrerá as consequências jurídicas do inadimplemento. Trata-se de interesse jurídico que trará ônus também jurídicos ao terceiro, ou seja, *interesse de cunho patrimonial*.

O terceiro não interessado, *a contrario sensu*, é o que não sofrerá as consequências jurídicas do inadimplemento da obrigação, ou seja, é aquele que não tem interesse patrimonial. Este efetua o pagamento por motivos pessoais, de afeição ou de ordem exclusivamente moral. A título de exemplo, é o caso do pai que paga a dívida do filho, do marido que paga a dívida da esposa e do irmão que paga a dívida da irmã.

As consequências jurídicas do pagamento realizado por terceiros interessados ou não serão distintas, conforme disposição do art. 305 do CC. O terceiro interessado tem garantido não só o direito de pagar, como também o de compelir o credor a aceitar o pagamento, caso este não aceite espontaneamente, estando habilitado por lei a se valer da consignação em pagamento, quer seja ela judicial ou extrajudicial.

Com relação ao terceiro interessado, garante-se a ele a sub-rogação nos direitos do credor primitivo (art. 346, inc. III, do CC). Nesse sentido, a sub-rogação é legal, de pleno direito, incidindo sobre o crédito e a garantia constituída pela alienação fiduciária do terceiro interessado.

Por outro lado, a lei reserva também ao terceiro não interessado o direito de pagar a dívida, desde que o faça em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste. Note-se que não há previsão de o terceiro não interessado se valer dos meios conducentes à exoneração do devedor e, sendo assim, poder-se-ia dar a impressão de que, em havendo recusa do credor imotivada, nada poderia fazer o terceiro não interessado.

A impressão é falsa. Tendo o Código Civil estruturalmente pretendido privilegiar e estimular o pagamento para um rápido fim da relação obrigacional, poderá o terceiro não interessado, que pagar em nome do devedor, valer-se também da consignação, compelindo o credor a receber o pagamento.

A grande diferença entre o terceiro interessado e o não interessado se verifica quanto à sub-rogação. Diferentemente do terceiro interessado; pelas regras gerais do pagamento, o terceiro não interessado não se sub-roga nos direitos do primitivo credor, tendo apenas o direito de reembolso (art. 305 do CC).

Entretanto, com relação à propriedade fiduciária de bens móveis regulada pelo Código Civil, ainda que o pagamento seja realizado por terceiro não interessado, ocorrerá a sub-rogação por força da expressa disposição do art. 1.368 do CC, norma especial que prevalece para os casos envolvendo a alienação fiduciária em garantia. O terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária. Em conclusão, trata-se de regra especial que afasta a incidência da norma geral.

Encerrando o estudo das regras previstas no Código Civil de 2002, o já comentado art. 1.368-A, introduzido pela Lei 10.931/2004, prevê que as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais. Eventualmente, as disposições do Código serão aplicadas somente naquilo que não for incompatível com a legislação especial (*aplicação residual*). Passamos, então, ao estudo dessas leis especiais, começando pelo Decreto-lei 911/1969.

9.3 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS. REGRAS PREVISTAS NO DECRETO-LEI 911/1969. A QUESTÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE

Conforme já apontado no presente capítulo, o art. 66 (alterado pelo art. 1.º do Decreto-lei 911/1969) e o art. 66-A (introduzido pela Medida Provisória 2.160-50/2001) da Lei 4.728/1965 estabeleceram as normas de processo sobre a alienação fiduciária em garantia de bens móveis infungíveis. É o caso dos veículos automotores, que assim são considerados para fins contratuais, diante do número de chassi, que os identifica. Esclareça-se que ambos dispositivos foram revogados pela Lei 10.931/2004.

Em uma análise crítica da norma, para amparar as conclusões que aqui se propõem, é interessante observar que esse decreto-lei constitui uma norma de tom militar, eis que regulamenta o Ato Institucional 5, editado no período de exceção que vivia o nosso País. Isso fica claro pela mensagem constante do preâmbulo da norma:

“Os Ministros da Marinha de Guerra, do exército e da aeronáutica militar, usando das atribuições que lhes confere o artigo 1.º do Ato Institucional 12, de 31 de agosto de 1969, combinado com o § 1.º do artigo 2.º do Ato Institucional 5, de 13 de dezembro de 1968, decretam”.

O decreto é assinado por Augusto Hamann Rademaker Grunewald, Aurélio de Lyra Tavares e Márcio de Souza e Mello, Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, respectivamente. Os decretos-leis sempre foram mecanismos utilizados em nosso País por governos autoritários. Essas razões, em certo sentido históricas, acabam por justificar a possibilidade de prisão do devedor fiduciante, apesar das previsões de prisão civil contidas na Constituição Federal (art. 5.º, inc. LXVII) e no próprio Código Civil (art. 1.287 do CC/1916 e art. 652 do CC/2002).

Pelo dispositivo inaugural do decreto, a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor fiduciário o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem. Sendo assim, torna-se o alienante ou devedor fiduciante possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal (art. 66, *caput*, da Lei 4.728/1969). Eis aqui mais um conceito interessante de *alienação fiduciária em garantia*.

Conforme já se mencionou, nos termos do revogado art. 66, § 1.º, da referida lei, a alienação fiduciária somente se prova por escrito. O seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros. Pela mesma norma revogada, o instrumento conteria, 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) a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação.

Os requisitos são muito próximos daqueles que constam do Código Civil de 2002 (art. 1.362). Ademais, a alienação fiduciária em garantia de veículo automotor deveria, para fins probatórios, constar do certificado do registro de propriedade no DETRAN (art. 66, § 10). Eventualmente, se a coisa alienada em garantia não se identificasse por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, caberia ao credor fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens do seu domínio que se encontrassem em poder do devedor fiduciante (art. 66, § 3.º). Além disso, se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não fosse o proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferiria ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior (art. 66, § 2.º). Todos esses dispositivos, da Lei 4.728/1965, foram revogados pela Lei 10.931/2004.

Do ponto de vista efetivo e prático, como bem resume Sílvio de Salvo Venosa, no caso de inadimplemento da obrigação, quando o credor fiduciário se tratar de instituição financeira ou assemelhada, terá quatro possibilidades: *a)* a alienação da coisa, se esta for efetivamente entregue pelo devedor; *b)* a ação de busca e apreensão; *c)* a ação de depósito; e *d)* a ação executória (*Direito civil...*, 2006, v. 5, p. 398).

Vejamos cada uma dessas medidas.

Disponha a Lei 4.728/1965 de acordo com a redação originalmente dada pelo Decreto-lei 911/1969 que, no caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário fiduciário poderia 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 este existisse (art. 66, § 4.º). O verbo *poder* utilizado pela Lei 4.728/1965 deveria ser entendido como *dever*. Isso porque, conforme já explicado, em razão da

vedação legal do *pacto comissorio real*, não poderia o credor simplesmente se apoderar do bem e incorporá-lo a seu patrimônio.

Determinava a lei que, se o preço da venda da coisa não bastasse para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas, o devedor continuaria pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado (art. 66, § 5.º). A regra era coerente, tinha a sua razão de ser. Se a propriedade fiduciária é simples garantia real, o fato de o valor do bem ser inferior ao da dívida não significa liberação do devedor quanto aos valores excedentes. Apenas perde o credor fiduciário a garantia e se coloca na situação de credor quirografário quanto aos valores restantes. Há regra nesse sentido no Código Civil de 2002, como aqui já se demonstrou (art. 1.366).

No entanto, com a revogação do art. 66-A em agosto de 2004 (Lei 10.931), a atual redação do art. 66 não reproduz as regras em questão. Porém, o art. 2.º do Decreto-lei 911/1969, ainda em vigor, determina que no caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato. Em casos tais, deve o credor fiduciário aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.

Desse modo, a determinação da necessidade de venda do bem permanece, cabendo ao credor fiduciário realizar o encontro de contas entre o valor do bem dado em garantia e o saldo da dívida. Se o valor apurado na venda for superior ao da dívida, o saldo deve ser devolvido ao devedor. Se a dívida for superior ao valor apurado com a venda do bem, o devedor continua responsável pelo pagamento na qualidade de devedor quirografário. É de se notar que, pela literalidade da norma, o bem pode ser vendido independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial (art. 2.º do Decreto-lei 911/1969).

No sistema implementado pelo Decreto-lei 911/1969 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 (art. 2.º, § 2.º). A mora continua sendo automática, ou seja, independentemente de notificação ou interpelação (*ex re*), pois esta é a regra das obrigações líquidas e com prazo para vencimento (art. 397, *caput*, do CC). Aplica-se a máxima latina *dies interpellat por homine*, ou seja, *o dia do vencimento interpela a pessoa*.

Entretanto, a mora deve ser comprovada, prevendo a Súmula 72 do STJ que “a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”. Essa necessidade de sua comprovação tem por finalidade apenas a concessão de liminar no processo de busca e apreensão

do bem. É de se observar que a prova do aviso não é procedimento essencial para a verificação da mora. Se assim fosse, a mora seria configurada como pendente ou *ex persona* (art. 397, parágrafo único, do CC). Mencionando tratar a mora do devedor fiduciante uma mora automática ou *ex re*, pode ser transcrita a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Alienação fiduciária em garantia – Busca e apreensão – Âmbito da defesa – Incidência do Código de Defesa do Consumidor – Bens já integrantes do patrimônio do devedor – Taxa de juros – Capitalização mensal – Comissão de permanência – Aplicação da TR – Mora dos devedores configurada. Mora dos devedores configurada na espécie, a despeito de não admitidas a capitalização mensal dos juros e a comissão de permanência. A mora no caso constitui-se ‘*ex-re*’, decorrendo do simples vencimento do prazo (art. 2.º, § 2.º, do Decreto-lei 911, de 01.10.1969). Recurso especial conhecido, em parte, e provido” (STJ – REsp 264.126/RS – Rel. Ministro Barros Monteiro – Quarta Turma – j. 08.05.2001 – DJ 27.08.2001, p. 344).

A questão também se aclara com o teor da Súmula 245 do mesmo STJ, do ano de 2001, cujo teor é o seguinte: “A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito”. Realmente, vale repetir que o valor do débito não precisa constar da notificação, porque esta não constitui o devedor em mora, mas apenas é requisito para que seja deferida a liminar em busca e apreensão a ser proposta pelo credor.

Pois bem, como já ficou claro, caso o bem não seja entregue espontaneamente pelo devedor, poderá o credor promover a ação de busca e apreensão, de rito especial, visando à obtenção de sua posse (art. 3.º do Decreto-lei 911/1969). Destaque-se que a ação de busca e apreensão fica restrita às alienações fiduciárias realizadas pelas empresas financeiras e assemelhadas, ou seja, regidas pela Lei 4.728/1965, que cuida do mercado de capitais. Isso porque a possibilidade de busca e apreensão decorre expressamente da previsão do art. 3.º, *caput*, cuja redação original de 1969 não se alterou.

Assim, 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 (art. 3.º, *caput*). A liminar pode ser concedida mesmo sem a oitiva do devedor (*inaudita altera parte*). Concedida a liminar, o bem será, desde logo, entregue ao credor, sendo retirado da posse do devedor mesmo sem a sua manifestação.

Houve uma mudança radical do último dispositivo com a entrada em vigor da Lei 10.931/2004, no que diz respeito às consequências da ação de busca e apreensão e as defesas a serem apresentadas pelo devedor. No quadro comparativo consta esse novo tratamento dado ao instituto, confrontando a redação atual do art. 3.º, com a anterior:

Redação anterior do DL 911/1969	Nova redação do DL 911/1969, conforme a Lei 10.931/2004
Art. 3.º 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.	Art. 3.º 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
§ 1.º 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 de mora.	§ 1.º Cinco dias após executada a liminar mencionada no <i>caput</i> , consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.
§ 2.º Na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais.	§ 2.º No prazo do § 1.º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.
§ 3.º Requerida a purgação de 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.º e seu parágrafo primeiro.	§ 3.º O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar.
§ 4.º 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.	§ 4.º A resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do § 2.º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição.
5.º A sentença, de que cabe apelação, apenas, no efeito devolutivo não impedirá a venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente e consolidará a propriedade a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário. Preferida pelo credor a venda judicial, aplicar-se-á o disposto nos artigos 1.113 a 1.119 do CPC.	§ 5.º Da sentença cabe apelação apenas no efeito devolutivo.

Redação anterior do DL 911/1969	Nova redação do DL 911/1969, conforme a Lei 10.931/2004
§ 6.º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.	§ 6.º Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado.
	§ 7.º A multa mencionada no § 6.º não exclui a responsabilidade do credor fiduciário por perdas e danos.
	§ 8.º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.

No que concerne à purga da mora, o Superior Tribunal de Justiça, em abril de 2004 (portanto, antes da entrada em vigor da nova lei), editou a Súmula 284 prevendo que “A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado”.

Pela aplicação da súmula e pelo que constava da lei, a purgação da mora e a contestação se excluíam, já que se o réu requeresse a purgação da mora, não apresentaria contestação. Já se optasse pela contestação, só se poderia alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais (art. 3.º, § 2.º, na redação anterior). A constitucionalidade do dispositivo era bastante duvidosa. Isso porque prevê a Constituição Federal, em seu art. 5.º, inc. LV, o direito à ampla defesa, bem como ao contraditório, com os recursos a ele inerentes. Imagine-se uma hipótese em que havia uma nulidade absoluta a ser apontada no contrato de alienação fiduciária. Poderia o devedor alegá-la em defesa ou estaria impedido em razão da redação anterior do art. 3.º, § 2.º, do Decreto-lei 911/1969? Por óbvio que sim, ou seja, o devedor fiduciante poderia debater a questão da nulidade, essencialmente de ordem pública. Assim decidia o Superior Tribunal de Justiça ao alargar os limites da defesa do devedor:

“Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Limite à defesa oposta pelo devedor fiduciante – Art. 3.º, § 2.º, do Dec.-lei 911, de 01.10.1969. Na ação de busca e apreensão, não se acha impedido o devedor fiduciante de discutir o montante de seu débito, invocando a contrariedade à lei ou ao contrato” (STJ – REsp 329.389/RS – Rel. Ministro Barros Monteiro – Quarta Turma – j. 20.09.2001 – DJ 04.03.2002, p. 265).

“Admissível a ampla defesa outorgada ao devedor em face da necessidade de verificar-se se caracterizada ou não no caso a *mora debitoris*” (STJ – REsp 264.126/RS – Rel. Ministro Barros Monteiro – Quarta Turma – j. 08.05.2001 – DJ 27.08.2001, p. 344).

Ainda pela redação anterior, requerida a purgação de mora, tempestivamente, o juiz marcava data para o pagamento, que deveria ser feito em prazo não superior a dez dias, e, então, remetia os autos ao contador para cálculo do débito existente, na forma do art. 2.º e seu parágrafo primeiro (art. 3.º, § 3.º, na redação anterior). Isso significava que, para o cálculo do valor do débito, incluía-se não só o principal, mas também juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária, quando expressamente convencionados pelas partes.

Contestado ou não o pedido e não purgada a mora, o juiz daria sentença de plano em cinco dias, após o decurso do prazo de defesa, independentemente da avaliação do bem (art. 3.º, § 4.º, na redação anterior). A sentença poderia confirmar a liminar mantendo o bem na posse do credor ou revogá-la determinando sua devolução ao devedor. Isso aconteceria, por exemplo, se provado fosse que o devedor teria efetivamente pago todo o valor devido.

Prolatada a sentença, caberia o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, que não impedia a venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente e consolidava a propriedade a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário. Poderia o credor optar, ainda, pela venda judicial (art. 3.º, § 5.º, na redação anterior). Note-se que se a propriedade plena se consolidava com a sentença nas mãos do credor, motivos não haveria para que se impedisse a venda do bem. A pergunta que o Decreto-lei 911/1969, em sua redação anterior, não respondia era a seguinte: caso fosse dado provimento à apelação e cassada a liminar, como poderia o credor restituir o bem ao devedor se este já fora vendido?

Todas as disposições processuais sempre pareceram aos presentes autores absolutamente anacrônicas e evadas de sérios vícios, não se coadunando com os princípios da nova ordem constitucional decorrente da Carta Política e Fundamental de 1988. É interessante lembrar que a possibilidade de edição de decretos-leis pelo Poder Executivo foi abolida do ordenamento, por ser considerado mecanismo autoritário que comprometia seriamente a noção de tripartição dos poderes. Melhor dizendo, e em tom direto, o decreto-lei sempre foi um mecanismo amplamente utilizado pelas ditaduras autoritárias.

Então, com a edição da Lei 10.931/2004 ocorreu sua substituição efetiva do sistema anterior. O art. 3.º do Decreto-lei 911/1969 permaneceu com o *caput* inalterado, conforme se constata da tabela transcrita; mas todos os seus parágrafos foram substituídos por outros. O mecanismo processual passou a ser outro, com apenas uma exceção de manutenção, conforme se expõe a partir de agora.

De início, cinco dias após executada a liminar mencionada no *caput*, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio

do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária (art. 3.º, § 1.º, pela redação atual). No novo sistema, a propriedade plena se consolida cinco dias após o cumprimento da liminar concedida, ou seja, cinco dias após a apreensão do bem. Não será necessário que se espere a prolação da sentença para a consolidação da propriedade e, portanto, poderá o credor, desde que decorridos cinco dias da retomada da posse do bem, vendê-lo para terceiros.

No prazo de cinco dias, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na petição inicial da ação de busca e apreensão, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus (art. 3.º, § 2.º, pela redação atual).

Pode-se perceber que a consolidação da propriedade do bem para o credor dependerá de uma condição suspensiva: a inexistência de pagamento por parte do devedor. Caso haja pagamento, a propriedade não se consolida para o credor, mas sim passa ao devedor, que abandona a posição de mero possuidor do bem, recebendo-o livre de ônus que o gravava, no caso a propriedade fiduciária.

O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar (art. 3.º, § 3.º, pela redação atual). A norma não fala mais em purgação da mora, mas apenas em contestação. Então, nesse ponto, surgem as dúvidas: estaria proibido ao devedor o direito de purgar a mora e afastar a consolidação da propriedade para o credor? Estaria cancelada a Súmula 284 do STJ?

A resposta dos presentes autores é negativa às duas perguntas, conforme consta do Volume 2 da presente coleção (TARTUCE, Flávio. *Direito civil...*, 2007, v. 2, p. 224-225). Isso porque a inovação introduzida pela Lei 10.931/2004 não é incompatível com a interpretação pela qual, sendo a alienação decorrente de uma relação de consumo, a purgação da mora continua cabível, apesar da nova redação do art. 3.º do referido Decreto-lei. O art. 54, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor admite que os contratos de adesão tenham cláusula resolutiva, desde que a escolha caiba ao consumidor. Pelo sistema de protecionismo a favor do consumidor, conclui-se que a nova norma somente conferiu mais uma faculdade ao consumidor, no caso o devedor fiduciante, que é a de obter a extinção do contrato com a restituição do bem alienado, livre de ônus, pelo cumprimento total das obrigações assumidas. Com tais conclusões, há decisões do extinto Segundo Tribunal de Alçada de São Paulo, como as que se seguem:

“Agravo de instrumento – Alienação fiduciária – Purgação da mora. Faculdade não excluída pelas inovações introduzidas no Decreto-lei 911, de 1.º.10.1969, pela Lei 10.931, de 02.08.2004. Normas que devem ser interpretadas em conjunto com o art. 54, § 2.º, do CDC. Recurso improvido” (Segundo Tribunal de Alçada Civil – AI 869.850-0/3 – 8.ª Câm. – Rel. Juiz Antonio Carlos Vilen – j. 18.11.2004).

“Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Purgação da mora – Decreto-lei 911/1969, com a redação dada pela Lei 10.931/2004 – Contrato de adesão – Interpretação em conjunto com o artigo 54, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor – Necessidade – Admissibilidade. A purgação da mora não foi vedada pela Lei 10.931/2004, uma vez que se aplicam à matéria as normas sobre contatos de adesão nas relações de consumo contidas no Código de Defesa do Consumidor” (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – AI 883.007-00/9 – 3.ª Câm. – Rel. Des. Jesus Lofrano – j. 15.03.2005).

Todavia, a questão não é pacífica, pois no mesmo Segundo Tribunal de Alçada de São Paulo há decisões em sentido contrário:

“Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Purgação da mora – Faculdade excluída pelas inovações introduzidas no Decreto-lei 911/1969 pela Lei 10.931/2004 – Inadmissibilidade. Não há se falar em purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária em garantia, ante as modificações trazidas pela Lei 10.931/2004” (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – AI 873.712-00/6 – 8.ª Câm. – Rel. Juiz Orlando Pistoresi – j. 02.12.2004).

Portanto, é de se aguardar novos posicionamentos jurisprudenciais, particularmente do Superior Tribunal de Justiça, ficando consignada a adesão dos presentes autores à primeira linha de julgados.

Seguindo na análise das inovações, a resposta do devedor fiduciante poderá ser apresentada, ainda que ele tenha pago a dívida apresentada pelo credor na petição inicial, desde que entenda ter havido pagamento a maior e desejar a devida restituição (art. 3.º, § 4.º, pela redação atual). O que se percebe é que, aqui, adota a Lei 10.931/2004 a velha regra *solve et repete* (“paga e pede”). Desse modo, primeiro o devedor paga o que lhe é cobrado e, depois, se pagou valores maiores aos efetivamente devidos, pede a restituição. A norma jurídica está a excluir a aplicação da exceção de contrato não cumprido (*exceptio non rite adimplete contractus*), pela qual uma parte obrigacional não pode exigir que a outra cumpra com a sua prestação se não cumprir com a própria.

É importante frisar que apesar do silêncio da lei, os valores pagos a maior serão monetariamente corrigidos e acrescidos de juros, sob pena de enriquecimento sem causa, o que deve ser sempre vedado (art. 884 do CC). A disposição cria situação fácil para o credor que cobra o quanto quiser e restitui apenas o valor excedente ao crédito. Entretanto, deve-se entender que, na hipótese, pode o devedor se utilizar do disposto no art. 940 do CC que permite que seja cobrado do credor o equivalente ao valor exigido em excesso, pois se trata de situação em que o credor *pede mais do que é devido*. Se a relação jurídica estabelecida for de consumo, pode-se aplicar a disposição do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, pela qual o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Os dispositivos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor tratam de hipótese de dano presumido (dano *in re ipsa*). Em que pese a regra geral pela qual caberá à vítima a prova do dano para que tenha direito à indenização (art. 402 do CC), nas situações excepcionais em comento, caberá a reparação do devedor pelo simples ato praticado pelo credor de cobrar valores superiores aos efetivamente devidos.

Ainda pelo sistema atual, da sentença cabe apelação apenas no efeito devolutivo (art. 3.º, § 5.º, pela redação atual). Repete-se o que já dispunha o Decreto-lei 911/1969 antes da reforma ocorrida em 2004.

Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado (art. 3.º, § 6.º, pela redação atual). A disposição se revela verdadeira novidade. Como a propriedade do credor se consolidou depois de cinco dias do cumprimento da liminar, duas situações podem se verificar.

Na primeira situação, o bem apreendido continua na posse do credor e não foi alienado a terceiros. Nessa hipótese, caberá ao credor restituir o bem ao devedor. Curioso imaginar, por exemplo, que um bem apreendido em determinada data seja devolvido ao devedor meses ou anos depois, quando da prolação da sentença de improcedência. O devedor, por longo período, esteve privado da posse do bem e da possibilidade de uso, sem contar a depreciação natural sofrida pela coisa com o passar do tempo. Certamente não se pode imaginar que apenas a restituição do bem ao devedor resolve a questão e, por isso, poderá, ainda, cobrar do credor todos os prejuízos sofridos em decorrência da privação no uso da coisa, aplicando-se, por analogia, o § 7.º do art. 3.º do Decreto-lei 911/1969, que permite a cobrança de perdas e danos.

Na segunda situação, o bem apreendido já foi alienado a terceiros e, então, não poderá o juiz, em caso de improcedência da ação de busca e apreensão, determinar a devolução do bem ao devedor que perdeu os direitos sobre ele. O terceiro adquirente é considerado de boa-fé, porque efetivamente comprou o bem de quem era supostamente seu proprietário, o credor fiduciário. Entretanto, como forma de reparação dos prejuízos sofridos, a lei fixa cláusula penal equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, ou seja, o valor deverá ser acrescido da correção monetária a ser aplicada desde o momento em que se firmou o contrato até o efetivo pagamento pelo credor.

Como se trata de multa, não será necessário ao devedor prejudicado que faça a prova de qualquer prejuízo sofrido (art. 416 do CC). Mas é possível aplicar o art. 413 do CC se essa multa for excessivamente onerosa, sendo um *dever* do magistrado a redução da cláusula penal (redução *ex officio*, conforme o Enunciado n. 356 do CJP/STJ).

Ainda, a multa em questão não exclui a responsabilidade do credor fiduciário por perdas e danos (art. 3.º, § 7.º, redação atual). Deve-se frisar,

contudo, que para a cobrança das perdas e danos suplementares, será do devedor prejudicado pela busca e apreensão o ônus de prová-los (arts. 402 do CC e 333, inc. I, do CPC).

De acordo com o novo sistema, a busca e apreensão prevista no art. 3.º constitui um processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior (art. 3.º, § 8.º, redação atual). Não haverá, portanto, ação principal a ser proposta pelo autor, tendo a busca e apreensão natureza satisfativa (STJ – REsp 577.693/MG – Rel. Ministra Eliana Calmon – Segunda Turma – j. 15.09.2005 – DJ 03.10.2005, p. 174).

Questão interessante com relação ao tema é o problema do direito intertemporal, ou seja, de colisão das normas jurídicas no tempo. Surge mais uma pergunta: as disposições da Lei 10.931/2004 atingem as alienações fiduciárias celebradas antes de sua vigência? Ora, se com relação às normas de direito processual, a Lei 10.931/2004 se aplica de imediato, independentemente da data em que o negócio foi celebrado, o mesmo não ocorre com a questão da purgação da mora que é instituto de direito material. Adotando essa idéia, transcreve-se decisão do extinto Segundo Tribunal de Alçada de São Paulo:

“Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Purgação da mora – Exigência de pagamento da totalidade do contrato – Irretroatividade da Lei 10.931/2004, que alterou o Decreto-lei 911/1969 – Inadmissibilidade. A purga da mora, como instituto de direito material, deve ser regulado pela lei vigente à época da celebração do contrato, cuja execução foi retardada. As alterações de direito material ditadas ao DL 911/1969 pela Lei 10.931/2004 não se aplicam aos contratos de alienação fiduciária firmados anteriormente, sendo, portanto, descabida a exigência de pagamento da integralidade da dívida pendente (prestações vencidas e vincendas)” (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – AI 875.425-00/8 – 11.ª Câm. – Rel. Des. Clóvis Castelo – j. 21.02.2005).

Em idêntico sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu que “caso celebrado o contrato de alienação fiduciária em garantia antes da vigência da Lei 10.931/2004, deve ser permitida a purga da mora, em respeito à irretroatividade da lei, por se tratar de tema de direito material, e ao ato jurídico perfeito” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais – AI 497.352-2 – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Irmair Ferreira Campos – j. 02.06.2005).

Além da busca e apreensão da coisa, pode o devedor optar pela cobrança do crédito por meio de execução, em decorrência do previsto no art. 5.º do Decreto-lei 911/1969, cuja redação é a seguinte: “Se o credor preferir recorrer à ação executiva ou, se for o caso, ao executivo fiscal, serão penhorados, a critério do autor da ação, bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução”.

Voltando à busca e apreensão e à grande polêmica quanto ao tema, caso o bem alienado fiduciariamente não seja encontrado, poderá o credor requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito. Essa a regra do art. 4.º do Decreto-lei 911/1969. A questão da prisão

civil do devedor fiduciante está na *ordem do dia* dos Tribunais Superiores, sendo muito importante o aprofundamento da polêmica que surge.

Como é notório, por força da legislação especial e geral, o devedor assume o *status* de depositário do bem móvel objeto da alienação (arts. 1.363 do CC e 4.º do Decreto-lei 911/1969). Algumas noções elementares a respeito do contrato de depósito são necessárias para o prosseguimento de nosso estudo.

O depósito é o contrato pelo qual o depositário recebe determinado bem móvel para sua guarda até que o depositante o reclame (art. 627 do CC). Como regra, o depósito é gratuito, pois se trata de um favor que o depositário faz com relação ao depositante. Entretanto, se houver previsão expressa de remuneração do depositário ou se decorrer da profissão, o depósito será considerado oneroso (art. 628 do CC). Pela estrutura do contrato, as obrigações principais do depositário são de guarda, de conservação e de restituição da coisa depositada, com os frutos e acrescidos.

A guarda e a conservação do depositário devem ser empregadas com a mesma diligência que teria se a coisa depositada sua fosse (art. 629 do CC). Como corolário do dever de conservar, fica o depositário proibido de utilizar a coisa, sob pena de responder por perdas e danos, exceto se houver autorização expressa do depositante neste sentido (art. 640 do CC). Ilustrando, o amigo que guarda o carro depositado deve ligá-lo periodicamente para que a bateria não se descarregue, mas não poderá utilizar o carro para passeio ou viagem.

Os deveres de guarda e de conservação são deveres personalíssimos decorrentes do depósito, já que o contrato tem por base a confiança do depositante no depositário (fidúcia). Diante disso, não pode o depositário entregar a coisa para guarda de terceiros, sob pena de também responder por perdas e danos e, ainda que o depositante autorize o depositário a fazê-lo, ficará o último responsável se agiu com culpa na escolha deste terceiro (art. 640, parágrafo único, do CC).

Em razão desta breve síntese, é possível perceber que, na *alienação fiduciária em garantia*, estamos diante de situação de depósito atípico por diversos motivos que são explicados a seguir.

O primeiro deles é que, apesar de a propriedade fiduciária pertencer ao credor, cabe ao devedor, na qualidade de depositário, o pagamento de impostos e taxas incidentes sobre o bem, e também o valor da prestação condominial, no caso de bem imóvel. Nesse sentido, a Lei 9.514/1997 não deixa dúvidas, ao prever que responde o devedor fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o credor fiduciário, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse (art. 27, § 8.º, com a redação dada pela Lei 10.931/2004). Ora, se depósito típico fosse, poderia o depositário cobrar do depositante as despesas de guarda e conservação da coisa (art. 643 do CC).

O segundo motivo é que o depositário não se utiliza da coisa, via de regra, mas apenas guarda, conserva e restitui quando exigido pelo depositante (art. 640 do CC). No caso da propriedade fiduciária, o devedor tem a posse direta do bem e o utiliza normalmente, à semelhança do que se verifica em outros direitos de garantia. Aliás, o Código Civil expressamente admite o uso da coisa pelo devedor, segundo sua destinação (art. 1.363 do CC), o que independe da concordância do credor. No caso de bem imóveis, a situação é mais evidente. Se a alienação fiduciária prevista na Lei 9.514/1997 tem, entre os seus objetivos, permitir e facilitar a aquisição de bens imóveis, nenhum sentido faria o credor ficar na posse do bem ou impedir a utilização pelo devedor. O devedor é que terá a posse direta e o utilizará como lhe convier (art. 23, parágrafo único, da Lei 9.514/1997).

O terceiro ponto que demonstra o afastamento da noção de depósito com a situação criada pela alienação fiduciária é que, em regra, entre depositante e depositário há uma relação de confiança pela qual o depositante entrega seus bens ao depositário para a guarda. Na alienação fiduciária, como forma de criação de uma garantia, a confiança é elemento estranho ao contrato.

Nesse ponto, poder-se-ia indagar o leitor: o termo *fidúcia* não significa exatamente *confiança*? Realmente, o termo *fides* em latim (*fê*) remonta à idéia de confiança (*cum fides*). Entretanto, no caso da alienação fiduciária, como importante instrumento de criação de garantias reais, pouca ou nenhuma confiança se estabelece entre as partes contratantes que são verdadeiros estranhos. Inexiste na figura do depósito atípico a questão da pessoalidade inerente ao depósito tradicional, porque, repita-se, os contratantes são verdadeiros estranhos. Álvaro Villaça Azevedo, já no ano de 1993, afirmava que “resta clarividenciado o sistema de dois pesos e duas medidas dessa legislação; pois ante a perda do bem fiduciado, sem culpa do devedor-fiduciante, o credor fiduciário não sofre as conseqüências desse perdimento, recebendo seu crédito por outro meio. Todavia, sofre essa perda patrimonial o devedor-fiduciante o que jamais poderia ocorrer, dado que essa esdrúxula legislação o considera como depositário do mesmo objeto” (*Prisão civil...*, 1993, p. 108).

Conclui o mestre explicando que como é o devedor quem suporta a perda do bem, em decorrência do brocardo *res perit domino*, só pode ser ele considerado o proprietário do bem e não mero depositário como quer a lei. Em conclusão, “não existe, na alienação fiduciária em garantia, a figura do depositário, pois, em verdade, o alienante (devedor) é o proprietário, porque, desde o início negocial, sofre ele o risco da perda do objeto” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil...*, 1993, p. 109).

Mas é fato a determinação do Decreto-lei 911/1969, pela qual 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 (art. 4.º). Qual será o objetivo final da ação de depósito? O Código de Processo Civil determina que a finalidade da ação é exigir a restituição da coisa depositada (art. 901

do CPC). Pode o réu entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro ou contestar a ação (art. 902 do CPC). Em caso de procedência do pedido, o juiz expedirá mandado para entrega do bem em 24 horas ou depósito de seu equivalente em dinheiro.

Sobre a questão, é importante frisar que caso a ação de depósito tenha por objetivo a restituição de bem dado em garantia por meio da alienação fiduciária, o valor a ser depositado pelo devedor em 24 horas corresponderá ao exato valor do objeto cuja restituição se pretende, o que não se confunde com o valor da dívida garantida. Alguns julgados bem elucidam a questão:

“Alienação fiduciária em garantia – Ação de depósito – Exigência além do valor da coisa depositada – Prisão civil – Ilegalidade. Na ação de depósito, é permitido depositar-se o equivalente em dinheiro em substituição à coisa, entendendo-se daí, exatamente o valor do bem, não as parcelas acessórias, que poderão ser exigidas em ação própria, tendo em vista a natureza da ação de depósito, que se exaure com o alcance do objeto, não visando, por isto mesmo, execução do crédito total. Sujeitar o devedor ao depósito da coisa ou o equivalente em dinheiro, acrescidas de parcelas que exorbitem ao valor do bem, sob pena de prisão, é medida ilegal que merece ser coibida” (STJ – RHC 1.163/SC – Rel. Ministro Cid Flaquer Scartezini – Quinta Turma – j. 03.06.1991 – DJ 01.07.1991, p. 9.203).

“Alienação fiduciária – Depósito – Equivalência em dinheiro – Valor de mercado na data do efetivo depósito – Reconhecimento. A ação de depósito não tem natureza de ação de cobrança de dívida e com ela não se confunde. Cuida-se de ação autônoma cujo objetivo é a restituição da coisa depositada ou do seu equivalente em dinheiro” (Tribunal de Justiça de São Paulo – AI 945.671-00/3 – 35.ª Câmara – Rel. Des. Artur Marques – j. 29.08.2005).

Caso não ocorra a devolução, nem o depósito do valor em dinheiro, decretará o juiz a prisão do depositário infiel (art. 904, parágrafo único, do CPC).

Em suma, um dos possíveis resultados da ação de depósito seria a prisão do depositário infiel. Mas qual a base legal a admitir a prisão civil que é situação excepcionalíssima no sistema? O art. 652 do CC assim dispõe: “Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”. Ademais, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, inc. LXVII, determina que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Apesar da expressa previsão constitucional, os debates em torno da prisão do devedor nas hipóteses de alienação fiduciária em garantia sempre foram calorosos.

Na doutrina, Guilherme Guimarães Feliciano explica que “o Decreto 678, de 06.11.1992 promulgou entre nós a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), adotada no âmbito da

Organização dos Estados Americanos em 22.11.1969 (pouco menos que dois meses após a edição entre nós do Decreto-lei 911/1969). O Pacto entrou em vigor internacional na data de 18.07.1978 e recebeu a adesão brasileira em 25.09.1992. Em seu artigo 7.º (Direito à liberdade pessoal), item 07, estatui que ‘ninguém deve ser detido por dívida’ e ressalva que ‘este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude do inadimplemento de obrigação alimentar’. Ressalvou-se, portanto, apenas a prisão civil do alimentante inadimplente; não há autorização para a prisão do depositário infiel, e tanto menos há respaldo para a prisão de um arremedo de depositário infiel que é o devedor fiduciante, por construção artificiosa da lei infraconstitucional” (*Tratado...*, 1999, p. 398).

O problema todo que se verificava antes da edição da Emenda Constitucional 45/2004 é que a Convenção Internacional, quer tratasse de direitos humanos, quer não, quando ratificada pelo Brasil, entrava no ordenamento pátrio na qualidade de lei ordinária, ou seja, na *base da pirâmide de Kelsen*. Sendo assim, não poderia o Pacto de San José da Costa Rica derrogar o preceito constitucional que admite a prisão civil por dívida. Sobre o tema, o ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal assim se posicionava:

“A circunstância de o Brasil haver aderido ao Pacto de San José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual destinado a compelir o devedor a executar obrigação que lhe foi imposta pelo ordenamento positivo, nos casos expressamente autorizados pela própria Constituição da República. Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental” (STF – HC 78.375, de 28.01.1999).

Os julgados se sucederam permitindo a prisão do depositário infiel, mesmo nas hipóteses de alienação fiduciária, ainda que se reconhecesse que a situação seria de depósito atípico:

“Recurso extraordinário – Ação de depósito – Prisão civil do depositário infiel – Penhor agrícola – Art. 5.º, LXVII, da Constituição. Esta Corte, em inúmeros acórdãos, inclusive de seu Plenário, já firmou o entendimento de que a Constituição, em seu artigo 5.º, LXVII, empregou a expressão ‘depositário infiel’ tanto para o caso do depósito convencional quanto para os casos de depósito legal, tanto assim que considera constitucional a prisão civil do devedor-depositário na alienação fiduciária em garantia, em que o depósito integra necessariamente a estrutura da garantia representada pela propriedade fiduciária” (STF – RE 250.812/RS – Relator Min. Moreira Alves – j. 20.11.2001)

Instaurou-se uma verdadeira celeuma jurisprudencial, pois havia vários julgados, no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais Estaduais, contra a prisão civil. Nesse sentido, cumpre transcrever as ementas, sendo o primeiro julgado o precedente que gerou a polêmica:

“Alienação fiduciária – Prisão civil. Não cabe a prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária. Embargos acolhidos e providos” (STJ – EREsp 149.518/GO – Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar – Corte Especial – j. 05.05.1999 – DJ 28.02.2000, p. 29).

“*Habeas corpus* – Prisão civil – Depositário infiel – Contrato de alienação fiduciária em garantia. No contrato de alienação fiduciária em garantia, é incabível a prisão do devedor fiduciante, visto que não equiparável a depositário infiel. Precedentes. Ressalva pessoal” (STJ – HC 57.309/DF – Rel. Ministra Nancy Andrighi – Terceira Turma – j. 06.06.2006 – DJ 19.06.2006, p. 131).

“Processo civil – *Habeas corpus* – Alienação fiduciária – Automóvel – Busca e apreensão – Conversão em depósito – Prisão civil – Impossibilidade – Coisa julgada – Irrelevância – Concessão da ordem. 1. Consoante pacificado pela Corte Especial, em caso de conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, torna-se inviável a prisão civil do devedor fiduciário, porquanto as hipóteses de depósito atípico não estão inseridas na exceção constitucional restritiva de liberdade, inadmitindo-se a respectiva ampliação. Ademais, descabida, nestes casos, a equiparação do devedor à figura do depositário infiel. 2. Cumpre ressaltar também que o trânsito em julgado da decisão proferida na Ação de Depósito atípico não constitui óbice ao afastamento de constrangimento ilegal provocado pela mesma, mormente quando utilizada a via do remédio heróico. Precedentes. 3. Ordem concedida, para afastar a cominação de prisão do ora paciente, expedindo-se o necessário salvo-conduto” (STJ – HC 45.395/DF – Rel. Ministro Jorge Scartezini – Quarta Turma – j. 20.09.2005 – DJ 17.10.2005, p. 295).

“Alienação fiduciária – Prisão civil – Desconsideração do devedor como depositário infiel – Precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (Embargos de divergência em recurso especial 149.518) – Descabimento. Consolidou-se a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça que não cabe prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por obrigação fiduciária, mesmo na vigência do Decreto-lei 911/1969, na sua redação originária” (Tribunal de Justiça de São Paulo – HC 894.464-00/0 – 26.ª Câmara – Rel. Des. Norival Oliva – j. 06.06.2005).

“Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Conversão em depósito – Prisão civil – Depósito – Descaracterização – Descabimento – Exegese do Decreto-lei 911/1969, com as alterações impostas pela Lei 10.931/2004 – Prisão civil. Alienação fiduciária cujo objetivo não é a entrega do bem para ulterior devolução, mas a constituição de garantia do pagamento das prestações decorrentes de empréstimo bancário. Interpretação literal e restritiva do

que não pode ser admitida. Alterações na redação do Decreto-lei 911/1969 pela Lei 10.931/2004 que descaracterizam a existência de depósito. Recurso improvido, excluída de ofício a cominação de prisão civil” (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – Ap. c/ Rev. 685.076-00/3 – 8.ª Câm. – Rel. Des. Antonio Carlos Villen – j. 27.01.2005).

De volta à doutrina, posicionando-se contrariamente às decisões do Supremo Tribunal Federal, de maneira contundente explicava Odete Novais Carneiro Queiroz que “os tratados vieram a integrar a própria Carta Política do país e reforçaram a antinomia já criada entre o preceito do inciso LXVII do art. 5.º, Constituição Federal e os princípios de direito natural integrantes da *ratio* da Carta Maior, de direito supralegal por ela positivado. Assim estaria desvigorado o art. 1.287 do CCB/1916 – lei civil que cominava a prisão civil, desde 1988. Isso porque, se há um princípio – o da dignidade do ser humano –, portanto princípio de direito natural ou supralegal (vale relembrar, já positivado em 1988, pelo art. 1.º, III, da Constituição Federal), a norma constitucional constante do inciso LXVII do art. 5.º, indo de encontro ao princípio mencionado, torna-se inquinada do vício da inconstitucionalidade, no que tange à prisão do depositário infiel, na esteira do pensamento de Otto Bachof” (*Prisão civil...*, 2004, p. 134).

A questão se complicou enormemente com a Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou um § 3.º ao art. 5.º da Carta cujo teor é o seguinte: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Pela nova ordem, os tratados referentes aos direitos humanos equivalem à emenda constitucional. Assim sendo, se admitirmos que o Pacto de San José foi ratificado posteriormente à Constituição Federal, concluiríamos que o art. 5.º, inciso LXVII, teria sido parcialmente revogado no tocante à prisão do depositário infiel. O problema que se coloca é que o Pacto de San José foi ratificado pelo Brasil antes da vigência da Emenda Constitucional 45. A norma constitucional atingiria os tratados internacionais celebrados antes de sua vigência, ou seja, a Emenda Constitucional 45 produziria efeitos retroativos? Como já apontado no Volume 3 da presente coleção, a resposta é positiva, pois se deve entender que a Emenda Constitucional em questão se aplica aos tratados anteriores, pois seria ilógico concluir ao contrário, já que os tratados mais importantes sobre o tema já foram editados e ratificados pelos países democráticos, caso do nosso (TARTUCE, Flávio. *Direito civil...*, 2007, v. 3, p. 454-457).

Antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional e da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o art. 652 do CC já era criticado por doutrinadores de Direito Internacional Público, caso de Valério de Oliveira Mazzuoli, sendo suas as seguintes palavras:

“Sem embargo, entretanto, como vimos, a norma do art. 652 do novo Código Civil, será, desde a sua entrada em vigor (em janeiro de 2003), absolutamente inconstitucional, violadora que será do preceito do art. 5.º, LXVII, da Carta da República, modificada em sua segunda parte (*‘rectius’*: inaplicável a sua Segunda partes) pelo Pacto de San José da Costa Rica, de modo que o Decreto-lei 911/1969, mesmo com o ingresso desse novo diploma civil em vigor, continuará equiparando o devedor do contrato de alienação fiduciária a algo que continua a não existir, perpetuando-se como uma norma eternamente vazia no que toca à imposição a esse devedor da medida coativa da prisão. Somente esta saída é que resta na resolução desse futuro problema que, brevemente, virá à tona. O problema, aqui, como se vê, deixa de ser mero conflito de leis no tempo, para dar lugar a verdadeiro conflito entre leis internas e a Constituição” (*Prisão...*, 2002, p. 180).

Deve-se concluir, em reforço, que os tratados internacionais anteriores à EC 45/2004 não necessitam de aprovação pelo Congresso Nacional. Flávia Piovesan entende que os tratados internacionais de direitos humanos, a partir da sua ratificação, já têm força constitucional quanto ao aspecto material. “Contudo, para que os tratados de direitos humanos obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância do *quorum* qualificado” (*Reforma...*, 2005, p. 48). Sintetizando as palavras da professora da PUC/SP, “todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2.º do art. 5.º da CF/1988 (‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’). Concluímos que realmente o art. 652 do CC está eivado de inconstitucionalidade, já que a prisão civil não é admitida por um tratado internacional de Direitos Humanos do qual o nosso País é signatário, e que tem força constitucional.

Argumento contrário a esse poderia sustentar que a prisão civil por dívidas prevista no art. 5.º, inc. LXVII, da CF/1988 constitui cláusula pétrea. Realmente é um ótimo argumento, sendo evidente a presença de uma antinomia entre dois preceitos constitucionais, já que os tratados internacionais de direitos humanos, caso do Pacto de San José, também têm força constitucional.

No caso em questão, pode ser invocado o critério cronológico para apontar que prevalece o teor do Pacto de San José (que também “entra” no referido art. 5.º da CF/1988). Vale lembrar que essa entrada definitiva como cláusula pétrea, no aspecto material, ocorreu recentemente, com a entrada em vigor da EC 45/2004.

Outro caminho é fazer uma ponderação ou pesagem entre os direitos fundamentais em conflito, quais sejam o direito do credor de pedir a prisão do devedor com base no art. 5.º, LXVII, da CF/1988 *versus* o direito do devedor de não ser preso com fundamento no Pacto de San José (art. 5.º, § 3.º, da CF/1988). A ponderação será feita de forma contrária à prisão, entrando em cena o *princípio dos princípios*, aquele que visa proteger a dignidade

da pessoa humana (art. 1.º, inc. III, da CF/1988). Também trilhando esse caminho, a prisão deve ser afastada.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, recentemente, entendeu que não cabe a prisão do depositário infiel, no depósito convencional e voluntário, pelas mesmas razões que foram aqui apontadas:

“Agravado de instrumento – Ação de execução – Penhora de imóvel – Depositário – Alienação de área. Descabida a vinculação do depósito do valor obtido, com a venda de parte do bem penhorado, com a possibilidade de prisão civil do depositário, ainda que infiel, uma vez que esta não mais vigora no ordenamento jurídico nacional, limitando-se a mesma apenas aos casos de inadimplência da obrigação alimentícia. EC 45 – Pacto de San José da Costa Rica. Deram provimento ao agravo de instrumento. Unânime” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Agravo de Instrumento 70014986525 – Décima Sétima Câmara Cível – Tribunal de Justiça do RS – Relator: Alexandre Mussoi Moreira – j. 28.09.2006).

Do corpo do julgado, pode-se extrair o seguinte trecho que confirma toda a tese esposada: “De acordo com o citado § 3.º, do art. 5.º, da CF/1988, a Convenção continua em vigor, com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional, não se podendo olvidar que o § 1.º do art. 5.º, peremptoriamente, dispõe que ‘(...) as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. Assim, com a redação dada pela EC 45 ao § 3.º do art. 5.º, o Pacto de San José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional” (destacamos). O que se percebe é que foi adotado o entendimento pelo qual as normas que protegem a pessoa humana, previstas na Constituição Federal de 1988, têm aplicação imediata entre os particulares (*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*).

Mas, realmente, a decisão que revolucionou a matéria foi prolatada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, no dia 22 de novembro de 2006. Pela primeira vez, os ministros do STF, por maioria já consolidada de sete votos, entenderam ser inconstitucional a prisão do depositário no caso de alienação fiduciária em garantia, regida pelo Decreto-lei 911/1969 (STF, RE 466.343-1/SP). No voto que acabou prevalecendo, o Ministro Gilmar Mendes conclui que “A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos”.

Mais recentemente, em 12 de março de 2008, foi proferido o oitavo voto, do Ministro Celso de Mello, também contra a prisão do depositário

infiel. Assim constou do *Informativo* n. 498, do Supremo Tribunal Federal, de março de 2008: “O Min. Celso de Mello observou, ainda, que o alcance das exceções constitucionais à cláusula geral que veda a prisão civil por dívida poderia sofrer mutações, decorrentes da atividade desenvolvida pelo próprio legislador comum, de formulações adotadas em sede de convenções ou tratados internacionais, ou ditadas por juízes e Tribunais, no processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado, salientando, nessa parte, o papel de fundamental importância que a interpretação judicial desempenha, notadamente na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos da sociedade contemporânea. Reconheceu, por fim, a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive os que versam o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) impliquem supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pela própria Constituição” (STF, RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.03.2008).

Porém, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito pediu vista. Cumpre esclarecer que o Ministro Celso de Mello alterou radicalmente o seu entendimento anterior, aqui já esposado. De qualquer forma, mesmo não tendo sido encerrado o julgamento, já havia decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, concluindo pela impossibilidade da prisão, até que aquele julgamento seja encerrado:

“*Habeas Corpus*. 1. No caso concreto foi ajuizada Ação de execução sob o número 612/2000 perante a 3.ª Vara Cível de Santa Bárbara D’Oeste/SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE 466.343/SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula 691/STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC 68.584/SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF – a qual já conta com sete votos – ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar” (STF

Felizmente, a questão se estabilizou. A infeliz prisão civil na alienação fiduciária em garantia de bem móvel parece ter sido, até que enfim, banida da nossa realidade jurídica. E não poderia ser diferente, pois a prisão civil somente se justifica nos casos que envolvem o não pagamento dos alimentos. Para concluir, é de se lembrar as circunstâncias de imposição do Decreto-lei 911/1969, regulamentando o AI-5 e legitimando o Estado de exceção que imperava em nosso País.

9.4 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS. REGRAS PREVISTAS NA LEI 9.514/1997

Encerrando o presente capítulo e também a obra, comentaremos sobre a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, particularmente as regras previstas na Lei 9.514/1997. Essa lei dispõe sobre o Sistema Financeiro de Habitação, tratando do instituto entre os seus arts. 22 a 33. A norma também sofreu alterações pelas Leis 10.931/2004 (*Lei do Pacto Imobiliário*) e 11.481, de 31 de maio de 2007.

O art. 22 da Lei 9.514/1997 conceitua a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel como sendo “o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”. O conceito está de acordo com a estrutura do instituto, antes demonstrada. A norma é clara ao prever que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel, pois pago o preço, geralmente de um financiamento, o devedor fiduciante consolida a propriedade em seu nome (art. 25 da Lei 9.514/1997).

Como já exposto, a Lei 11.481/2007 introduziu um § 1.º ao art. 22 da lei aqui estudada prevendo que a alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no Sistema de Financiamento Imobiliário. Ato contínuo, além da propriedade plena, podem ser objeto de alienação fiduciária em garantia:

- I – os bens enfiteúticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;
- II – o direito de uso especial para fins de moradia;
- III – o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;
- IV – a propriedade superficiária.

Nos casos envolvendo o direito real de uso e a propriedade superficiária, o direito de garantia fica limitado à duração da concessão ou do direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado (art. 22, § 2.º, da Lei 9.514/1997, também introduzido pela Lei 11.481/2007).

Voltando à estrutura da alienação fiduciária, e repetindo, há um desmembramento da posse: o dever fiduciante é possuidor direto; credor fiduciário é possuidor indireto (art. 23, parágrafo único, da Lei 9.514/1997). O art. 23 da Lei 9.514/1997 prevê que esta propriedade fiduciária será constituída mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título. Isso para gerar efeitos como verdadeiro direito real de garantia.

A exemplo do que consta do Código Civil e do Decreto-lei 911/1969, o art. 24 da Lei 9.514/1997 prevê os requisitos do instrumento ou contrato que serve de título ao negócio fiduciário, a saber:

- a) o valor do principal da dívida;
- b) o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;
- c) a taxa de juros e os encargos incidentes;
- d) a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;
- e) a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;
- f) a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
- g) a cláusula dispondo sobre os procedimentos do leilão judicial previsto no art. 27 da mesma lei.

Como já mencionado, com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos do art. 25, *caput*, da lei, a propriedade fiduciária do imóvel. Ocorrendo o pagamento, no prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato (art. 25, § 1.º, da Lei 9.514/1997). Sendo apresentado esse termo de quitação, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária (art. 25, § 2.º, da Lei 9.514/1997).

Seguindo, conforme o art. 26 da Lei 9.514/1997, vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. Os parágrafos do dispositivo regulamentam essa consolidação.

Em primeiro lugar, o devedor fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do credor fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de 15 dias, a prestação vencida e as que vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais e legais (art. 26, § 1.º, da Lei 9.514/1997). O próprio

instrumento do negócio definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação (art. 26, § 2.º, da Lei 9.514/1997). Essa intimação será feita pessoalmente ao devedor fiduciante, ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis ou por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento (art. 26, § 3.º, da Lei 9.514/1997). Eventualmente, se o devedor fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído se encontrar em local incerto e não sabido, o oficial certificará o fato.

Em casos tais, cabe ao oficial do competente Registro de Imóveis promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou em outro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária (art. 26, § 4.º, da Lei 9.514/1997). Sendo purgada a mora no Registro de Imóveis, volta a valer a alienação fiduciária, com todos os seus efeitos jurídicos (art. 26, § 5.º, da Lei 9.514/1997). Ocorrendo essa purgação, nos moldes do art. 401, II, do CC, o oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes, entregará ao credor fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação (art. 26, § 6.º, da Lei 9.514/1997).

O § 7.º do art. 26 foi alterado pela Lei 10.931/2004. O dispositivo anterior previa que, decorrido o prazo de 15 dias, sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis promoveria à vista da prova do pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* pelo credor fiduciário, o registro, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome deste último. A nova redação fala em *averbação*, expressão que está de acordo com a melhor técnica registral. Além disso, faz menção ao pagamento de eventual laudêmio, valor percentual devido ao proprietário no caso de transmissão da enfiteuse. Espanta-nos essa última previsão, já que o Código Civil em vigor não só banuiu a enfiteuse como proibiu a cobrança de laudêmio em qualquer caso (art. 2.038 do CC/2002).

Finalizando os procedimentos quanto à consolidação da propriedade, prevê o § 8.º do art. 26, também incluído pela Lei 10.931/2004, que o devedor fiduciante pode, com a anuência do credor fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27 desta lei.

De acordo com esse último diploma legal, uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o credor fiduciário, no prazo de 30 dias, contados da data do registro da consolidação, promoverá leilão público para a alienação do imóvel (art. 27, *caput*, da Lei 9.514/1997). Se, no primeiro leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, será realizado o segundo leilão, nos 15 dias seguintes (art. 27, § 1.º, da Lei 9.514/1997). Nesse segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da

tributos, e das contribuições condominiais (art. 27, § 2.º, da Lei 9.514/1997). Essa última previsão é que será criticada, tendo em vista o sistema vigente de Direito Civil, baseado nos princípios da eticidade e da socialidade.

Para fins desse leilão, a lei considera como *dívida* o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data da sua realização, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais. Considera como *despesas* a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação, bem como as necessárias à realização do leilão público, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro. É o que consta do § 3.º do art. 27 da Lei 9.514/1997, dispositivo de caráter esclarecedor e prático.

Ainda quanto ao leilão, nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel, o credor fiduciário entregará ao devedor fiduciante a importância que sobrar considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos, fato esse que importará em recíproca quitação (art. 27, § 4.º, da Lei 9.514/1997). Entretanto, se no segundo leilão o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida e dos encargos contratuais, considerar-se-á extinta a dívida, estando o credor fiduciário dispensado do encargo de devolver quantias, por razões óbvias (art. 27, § 5.º, da Lei 9.514/1997). Nesse caso, o credor fiduciário, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor fiduciante quitação da dívida, mediante termo próprio (art. 27, § 6.º, da Lei 9.514/1997).

Na excepcionalidade de estar o imóvel locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de 30 dias para a desocupação, salvo se tiver havido concordância por escrito do credor fiduciário, devendo a denúncia, nesse último caso, ser realizada no prazo de 90 dias a contar da data da consolidação da propriedade a favor do último. Essa condição deve constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. Essa é a previsão do § 7.º do art. 27 da Lei 9.514/1997, incluída pela Lei 10.931/2004, e que traz como conteúdo o dever de informação, relacionado com a boa-fé objetiva, pela previsão de destaque da cláusula negocial.

Finalmente, prevê o § 8.º do art. 27 da Lei 9.514/1997 que responde o devedor fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o credor fiduciário, até a data em que o último vier a ser imitado na posse. Esse comando legal também foi incluído pela recente Lei 10.931/2004.

Analizadas todas as formalidades exigidas quanto à consolidação do imóvel em nome do credor fiduciário e ao leilão extrajudicial, duas questões podem ser aqui formuladas: O leilão extrajudicial previsto na Lei 9.514/1997 é inconstitucional? Os procedimentos previstos na lei ferem o princípio da

A suposta inconstitucionalidade do dispositivo estaria presente pelo fato de o leilão extrajudicial ferir as garantias do contraditório e da ampla defesa, protegidos como cláusulas pétreas no art. 5.º, LV, da Constituição Federal. Isso porque o leilão independe de ação judicial, ocorrendo de forma administrativa, perante o Registro de Imóveis. Na verdade, entendemos que é forçoso demais entender pela inconstitucionalidade, *a priori*. Ora, conforme vem decidindo a jurisprudência, havendo abusos, o devedor fiduciante poderá questionar judicialmente o procedimento administrativo previsto na lei específica, assegurando-se o acesso à justiça e o contraditório:

“Alienação fiduciária – Bem imóvel – Reintegração de posse – Liminar – Consolidação da propriedade (artigos 26 e 30 da Lei 9.514/1997) – Constitucionalidade – Reconhecimento. Observando-se, com rigor, os artigos 22 a 30 da Lei 9.514/1997 e consolidada a propriedade fiduciária em nome do credor, assegura-lhe a lei o direito à concessão liminar da reintegração de posse do imóvel, que deverá ser desocupado no prazo de sessenta dias. A previsão de leilão extrajudicial e consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor por ato do registrador imobiliário não afronta a Constituição Federal, já que o acesso ao Judiciário, a ampla defesa e o contraditório continuam assegurados ao devedor que se sentir prejudicado” (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – AI 880.879-00/2 – 5.ª Câmara – Rel. Des. Pereira Calças – j. 27.01.2005). No mesmo sentido, do mesmo tribunal: AI 843.474-00/2 – 5.ª Câmara – Rel. Juiz Luis de Carvalho – j. 14.04.2004 e AI 843.474-00/2 – 5.ª Câmara – Rel. Juiz Luis de Carvalho – j. 14.04.2004.

“Alienação fiduciária – Revisão contratual. É certo facultar-se ao credor fiduciário, verificada a inadimplência do devedor-fiduciante, vender, em leilão público, o bem imóvel objeto do contrato; contudo, se se exigir depósito judicial de parte do valor da dívida, nessa hipótese, para o caso de sair-se vencido da demanda contra ele aforada. Decisão Reformada. Recurso parcialmente provido” (Tribunal de Justiça de São Paulo – Agravo de Instrumento 891371-0/0 – São Paulo – 25.ª Câmara de Direito Privado – Relator: Marcondes D’Angelo – j. 02.06.2005, v.u.).

Fazendo um paralelo legislativo, entender que o procedimento administrativo constante da Lei 9.514/1997 é inconstitucional é o mesmo que entender que a Lei de Arbitragem também o é, pois esta lei estaria afastando a garantia constitucional do acesso à justiça, uma vez que prevê o afastamento de controvérsia pelo Poder Judiciário quando as partes convencionarem que a questão envolvendo o contrato ou a obrigação será decidida por árbitros de sua confiança. E, como é notório, o Supremo Tribunal Federal já entendeu pela constitucionalidade da Lei 9.307/1996, até porque a arbitragem constitui um dos mais efetivos modos alternativos de solução de conflitos (STF – AgR. 5.206/SE – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 30.04.2004). Em uma análise prática, pode-se até afirmar que, finalmente, a arbitragem “*pegou*” no Brasil.

Na doutrina atual, surge entendimento pelo qual o leilão extrajudicial aqui comentado está de acordo com a função social da propriedade. Isso porque a facilidade do credor fiduciário em receber o seu crédito e o leilão como meio coercitivo seriam fatores de incentivo para novos investimentos na construção civil, incrementando o acesso à moradia. Esse é o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que apontam que esses fatores podem gerar a diminuição dos juros nesses negócios jurídicos (*Direitos reais...*, 2006, p. 387).

Ainda temos de refletir sobre esse último argumento. Isso porque é até comum que as alienações fiduciárias em garantia para as aquisições futuras de imóveis tragam como conteúdo desproporções negociais, situações de onerosidade excessiva. Vale dizer que como a moradia envolve questão de premente necessidade, pela previsão do art. 6.º da CF/1988, muitas vezes está configurada a lesão, vício subjetivo, nos termos do art. 157 do CC em vigor. Presente esse vício do negócio jurídico, justifica-se a anulação do negócio (arts. 171, II, e 178, II, do CC), ou mesmo a sua revisão (art. 157, § 2.º).

Apesar dessa divergência, concordamos com os últimos doutrinadores citados quando levantam a inconstitucionalidade do § 2.º do art. 27 da Lei 9.514/1997. Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a inconstitucionalidade está presente, pois o dispositivo, ao prever que no segundo leilão a coisa seja vendida pelo maior lance oferecido e desde que esse lance cubra o valor do débito, possibilita que o devedor perca a coisa, bem como tudo o que foi pago, sem ter condições de discutir judicialmente o fato de ser privado da propriedade. O exemplo dos jovens civilistas é bem didático: “Assim, se A pagou R\$ 50.000,00 de um débito total de R\$ 70.000,00, quando o seu imóvel for a leilão, nada impede que no segundo leilão seja a coisa vendida por apenas R\$ 20.000,00. Neste caso A não só perderá o imóvel, como tudo o que pagou. Há ofensa ao devido processo legal, pois a pessoa será privada do direito de propriedade sem a garantia constitucional do processo e da presença do Estado-juiz. Sempre devemos lembrar que o trinômio vida/liberdade/propriedade é genericamente garantido pelo *due process of law*” (*Direitos reais...*, 2006, p. 387).

Apesar dessa nossa concordância, pretendemos aqui propor uma análise do dispositivo, à luz da socialidade, quem sabe até para salvar o seu teor.

Opinamos que o art. 27, § 2.º, da Lei 9.514/1997 seja compreendido nos moldes de que esse novo lance não pode ser muito inferior ao valor da coisa que garante a dívida. Não sendo assim, estará configurada a onerosidade excessiva do negócio jurídico a fundamentar a sua revisão, ou mesmo a sua anulação. Para esse argumento, pode-se citar o já mencionado art. 157 do CC em vigor, que se refere à lesão como vício do negócio jurídico.

Outro argumento que pode ser utilizado é que o comando legal da Lei 9.514/1997 está incentivando o enriquecimento sem causa, particular-

mente do terceiro, que arremata o bem e que pode ficar com a coisa por valor muito inferior ao seu valor real. Vale lembrar que o locupletamento sem razão é vedado expressamente pelos arts. 884 a 886 da atual codificação privada.

Concluindo, presente uma grande diferença entre o valor do lance e o valor do bem, ou mesmo do valor já pago, caberá ao devedor fiduciante o direito de impedir o leilão no âmbito judicial. Essa nossa conclusão, baseada na socialidade, até salva o dispositivo. Não sendo assim, deve-se mesmo reconhecer a sua inconstitucionalidade, ou seja, que esse não tem aplicação, conforme apontam os autores retro citados. Encerrando quanto ao tema, respondendo as duas indagações antes formuladas: o leilão extrajudicial previsto na Lei 9.514/1997 não é inconstitucional. Todavia, o disposto no art. 27, § 2.º, no mínimo, fere o princípio da socialidade.

Superado esse ponto, a lei específica da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis autoriza a cessão do crédito objeto da alienação fiduciária (art. 28). Em situação tal, a cessão implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia. Além disso, o devedor fiduciante também poderá, com anuência expressa do credor fiduciário, transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações (art. 29). Há, portanto, nos dois casos a *cessão da posição contratual* ou *cessão de contrato*.

Em tais hipóteses, é assegurada ao credor fiduciário, seu cessionário ou sucessores, e também ao adquirente do imóvel por força do público leilão extrajudicial, a ação de reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, a consolidação da propriedade em seu nome (art. 30 da Lei 9.514/1997).

Segundo o art. 31 da mesma norma, o fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária. A hipótese é de sub-rogação legal ou automática, nos termos do art. 346, inc. III, do CC.

Por outro lado, na hipótese de insolvência do devedor fiduciante, fica assegurada ao credor fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente (art. 32 da Lei 9.514/1997).

Por fim, o art. 33 da lei especial prevê que se aplicam à propriedade fiduciária, no que couber, as disposições dos arts. 647 e 648 do CC. A menção é ao Código Civil de 1916 e às normas que tratavam do compáscuo, ou seja, do condomínio de pastagens. Entretanto, as normas foram revogadas pelo Código Civil de 2002 e não merecem mais aplicação.

RESUMO ESQUEMÁTICO

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

CONCEITO: Negócio jurídico pelo qual o devedor fiduciante aliena o bem adquirido a um terceiro, o credor fiduciário, que paga o preço ao alienante originário. Constata-se que o credor fiduciário é o proprietário da coisa, tendo, ainda, um direito real sobre a coisa que lhe é própria. Com o pagamento de todos os valores devidos, o devedor fiduciante adquire a propriedade, o que traz a conclusão de que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel.

NATUREZA JURÍDICA: Trata-se de um direito real de garantia sobre coisa própria, que pode ser um bem móvel ou imóvel. A propriedade fiduciária é modalidade de propriedade resolúvel.

TRATAMENTO LEGISLATIVO:

- Código Civil de 2002, arts. 1.361 a 1.368-A (o último introduzido pela Lei 10.931/2004);
- Decreto-lei 911/1969 (Bens móveis), com as devidas alterações pela Lei 10.931/2004. Possibilidade de ação de busca e apreensão da coisa alienada por parte do credor fiduciário contra o devedor fiduciante;
- Lei 9.514/1997. Com as devidas alterações pela Lei 11.481/2007. Possibilidade de leilão extrajudicial do bem.

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS E O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL:

Em casos envolvendo a alienação fiduciária em garantia de bens móveis, a jurisprudência do STJ tem entendido pela impossibilidade da medida de busca e apreensão se o contrato tiver sido quase todo cumprido. Trata-se de aplicação da *tese do adimplemento substancial*, conforme o Enunciado 361 do CJF/STJ: "O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475". Dos julgados, destaca-se o seguinte: "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 469.577/SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 25.03.2003, DJ 05.05.2003, p. 310).

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS E A QUESTÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE:

A prisão civil do depositário infiel consta expressamente do art. 5.º, inc. LXVII, da CF/1988 e do art. 652 do CC/2002.

A possibilidade jurídica dessa prisão civil já vinha dividindo a jurisprudência do STJ (contra a prisão) e do STF (a favor da prisão), e se complicou enormemente com a Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou um § 3.º ao art. 5.º da Carta Fundamental, cujo teor é o seguinte: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Pela nova ordem, os tratados referentes aos direitos humanos equivalem à emenda constitucional, desde que aprovados de acordo com o procedimento previsto. Assim sendo, se admitirmos que o Pacto de San José foi ratificado posteriormente à Constituição Federal,