

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULOS EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

FRANCISCO ROBSON DE SOUZA MEDEIROS¹
LUCIANA FLAVIA NUNES CASIMIRO²

RESUMO

Analisa-se com base instrumental dogmática, o Decreto-lei 911/69 que trata da ação de busca e apreensão e alienação fiduciária, e suas alterações implementadas pela Lei 10.931/2004, onde não se permite mais ao devedor a purgação de mora, mas sim o pagamento da integralidade da dívida. Portanto, considerando a importância do tema, por meio deste artigo, pretende-se demonstrar a importância da Ação de Busca e Apreensão e Alienação Fiduciária, com relevância nos seus aspectos históricos, sociais e processuais do ordenamento jurídico processual vigente.

Palavras-chave: Busca e Apreensão. Alienação Fiduciária. Decreto Lei 911/69. Lei 10.931/2004. Purgação de mora. Depositário infiel.

ABSTRACT

Analyses are based instrumental dogmatic, Decree-Law 911/69 which is the work of search and seizure and liens, as amended by Law 10.931/2004 implemented, where no longer allows the debtor to purge lives, but but the payment of the entire debt. Therefore, considering the importance of the issue, through this article, intends to demonstrate the importance of Search and Seizure Action and Fiduciary, with relevance in its historical, social and procedures of procedural law in force.

Keywords: Search and seizure. Fiduciary. Decree Law 911/69. LAW 10.931/2004. Purge mora. Unfaithful.

¹ Discente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. E-mail: robsonmedeiros@farn.br

² Docente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. E-mail: casimiroLuciana@yahoo.com.br

1.0 INTRODUÇÃO

A Presente pesquisa tem como objetivo estudar a Ação de BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULOS EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA, em todos os seus aspectos tendo em vista a presente ação ser regida pelo decreto de lei 911/69.

Com efeito, iremos abordar as alterações introduzidas no presente decreto objeto deste artigo, implementadas com a criação da lei 10.931/2004, onde não se permite mais ao devedor fiduciário o direito de purgação de mora, tendo o mesmo que pagar a integralidade da dívida conforme determina a lei.

Faz mister informar, que ação de BUSCA E APREENSÃO é uma ação autônoma não se permitindo a discussão de cláusulas contratuais na mesma, tendo que se discutir os juros em ação própria, ou seja, REVISIONAL, conforme iremos demonstrar no decorrer deste trabalho.

Iremos abordar também, a questão do DEPOSITÁRIO INFIEL, que ocorre quando o devedor fiduciário vende o bem alienado objeto da ação de busca e apreensão, sendo a mesma convertida em ação de depósito.

Portanto, após o estudo sobre o referido tema espero chegar a uma conclusão bastante relevante não só do ponto de vista social, econômico, mas, principalmente processual analisando a ação de BUSCA E APREENSÃO de veículos nos termos da legislação em vigor.

2.0. ALCANCE INICIAL DA EXPRESSÃO BUSCA E APREENSÃO

A busca e apreensão contemplada pelo Dec.-lei 911/69, consoante registra a própria Exposição de Motivos daquele diploma legal, medida autônoma e exaustiva, cujo desate põe fim ao litígio.

Por ser a ação de busca e apreensão uma ação autônoma, não se permite na mesma a discussão de cláusulas contratuais, devendo tal pretensão ser buscada em uma ação REVISIONAL.

O artigo 115 do Código Civil considera lícitas todas as condições que a lei expressamente não vedar e anuncia, genericamente, em sua segunda parte, que **“entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes”**.

2.1. Natureza Jurídica

Determinar a natureza jurídica de um instituto é estabelecer o seu enquadramento dentro de uma das categorias dogmáticas admitidas no sistema jurídico de um país.

No tocante à AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO, o exame de sua natureza jurídica sob a perspectiva do direito processual nos direciona para o texto do Decreto-lei nº 911/69, onde o próprio legislador cuidou de delimitar a matéria quando afirma, no art. 3º, § 8º, a autonomia da medida e sua independência em relação a qualquer outro procedimento.

Vista como ação autônoma, desde logo se aniquila qualquer possibilidade de vinculação da ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária em garantia com a ação cautelar de busca e apreensão prevista nos arts. 839 e seguintes do CPC.

Com efeito, estabelecida pelo legislador de maneira expressa como ação autônoma, não se vislumbra dúvida ou discussão sobre busca e apreensão preparatória ou incidental, nominada ou inominada, assim como também não tem campo de atuação qualquer discussão sobre a dupla instrumentalidade do processo cautelar, já que de cautelar não se cuida quando falamos da AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO objeto deste estudo.

A Mas, apesar da previsão expressa no art. 3º, § 8º, do Decreto-lei nº 911/69, afirmando que a busca e apreensão constitui “processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior, deveria o legislador, a nosso ver, ter emprestado outra redação ao dispositivo, da seguinte forma: “processo autônomo e independente de qualquer processo posterior”, uma vez que da forma como colocada demonstra a possibilidade de confusão entre os conceitos de processo e procedimento.

Como ação autônoma de conhecimento, classifica-se a ação de busca e apreensão como ação constitutiva, mais precisamente constitutiva negativa, porquanto a sentença rescindir o contrato de alienação fiduciária, resolverá a propriedade e consolidará o credor fiduciário como possuidor pleno e exclusivo da garantia, confirmando os efeitos da tutela antecipada antes conferida *initio litis*, daí surgindo seus efeitos projetados para o campo do direito material.

Ao se definir a classificação da ação de busca e apreensão com base na eficácia do provimento jurisdicional, em ação constitutiva, deve-se ter presente que anteriormente é a preponderância dos elementos (carga ou força) que comanda essa classificação, ou seja, trata-se, em rigor, de ação “preponderantemente constitutiva”.

2.2 Pressupostos processuais

Agasalhando a ideia de processo como procedimento em contraditório, e estando a relação jurídica processual dentro do procedimento, sustenta-se que a relação processual forma-se entre as partes e o juiz em ângulo (relação triangular): autor, juiz, réu.

A relação processual inicia-se já com o liame entre autor e juiz. Aperfeiçoa-se com a citação do réu, engendrando assim a angulação da relação processual (autor, juiz e réu).

Como qualquer fenômeno jurídico, também o processo está sujeito à existência de certos elementos para a sua formação. Sendo progressiva a relação processual, são os pressupostos processuais que estabelecem condições para o alcance de sua finalidade, qual seja, o provimento final.

O Código de Processo Civil não revela quais os pressupostos processuais. Tal tarefa ficou a encargo da doutrina.

Diante das diversas opiniões autorizadas da doutrina nacional acerca dos pressupostos processuais, elege-se a de Moacyr Amaral Santos para balizar o presente estudo, voltado, repita-se, a uma análise direcionada dos pressupostos processuais da ação de busca e apreensão.

Distintos das condições da ação, estas a serem abordadas adiante, são os pressupostos processuais conceituados como “requisitos necessários à regularidade e existência da relação processual, isto é, pressuposto de um processo válido”. Antes de o juiz decidir sobre o mérito da pretensão, terá que verificar se coexistem os pressupostos processuais, isto é, se o processo é válido.

Decidindo pela invalidade do processo, o juiz põe termo a este, sem entrar no exame do direito de ação, e, muito menos, da pretensão.

Os pressupostos processuais, dentro da classificação da doutrina indicada, se apresentam sob dois aspectos, uns como *requisitos subjetivos*, outros como *requisitos objetivos*. Os requisitos subjetivos dizem respeito aos sujeitos principais da relação processual, juiz e partes. Quanto aos requisitos objetivos referem-se à relação processual.

Trazendo os ditames da classificação adotada para o campo de atuação da AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO decorrente de alienação fiduciária em garantia, tema objeto deste estudo, não nos afigura a existência de pressupostos processuais específicos em relação a esta ação, aplicando-se, via de consequência, a doutrina geral de regência do sistema.

Entretanto, sem embargo de nossa posição, cabe o registro da opinião de Paulo Restiffe Neto, para quem a constituição em mora do devedor fiduciante (art. 2º do Decreto-lei

nº 911/69) tem o contorno de pressuposto processual específico para a ação de busca e apreensão.

2.3. Condições da ação

A natureza jurídica da ação é, em opinião corrente na doutrina, a de um direito subjetivo a uma sentença de mérito, que poderá em tese ser favorável ou desfavorável ao autor, mas somente proferida desde que se atenda às denominadas condições para o exercício do direito de ação. Esse o vetor que impulsiona a teoria da abstração da ação.

Nesta senda, a ausência tanto dos pressupostos processuais como de qual-quer das condições da ação acaba por constituir óbice legítimo ao acesso à justiça pela via jurisdicional.

A ação de busca e apreensão, assim como as demais ações albergadas pelo ordenamento processual, sujeitam-se às seguintes condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir ou interesse processual (necessidade e adequação da prestação jurisdicional) e legitimidade de parte (*legitimado ad causam*).

Apenas como nota, no tocante à possibilidade jurídica do pedido há divergência na doutrina sobre sua classificação como condição da ação ou como matéria de mérito, na medida em que sua classificação sob o rótulo de condição da ação encontra-se vazada no fato de que a pretensão se encontre prevista, ao menos em tese, no ordenamento jurídico. A respeito de tal divergência, permanece a impossibilidade jurídica no ordenamento jurídico nacional, trazendo-se como conhecido exemplo a impossibilidade de se cobrar, via exercício do direito de ação, uma dívida de jogo, exatamente porque a lei brasileira o veda expressamente (Código Civil, art. 814).

Sem embargo desta discussão doutrinária em torno da possibilidade jurídica do pedido, e trazendo o debate para o foco principal de abordagem deste estudo, um importante vetor para a análise das condições da ação, no tocante à AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO, centra-se na questão tangente à mora do devedor fiduciante.

A respeito, o art. 2º, § 2º do Decreto-lei nº 911/69 estabelece que: *a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.*

Da dicção do art. 2º duas conclusões se abstraem, quais sejam: a mora decorre do

vencimento da obrigação assumida pelo devedor fiduciante; enquanto a comprovação da mora deve se operar pelos modos traçados no dispositivo (carta registrada ou protesto de título emitido com vinculação ao contrato de mútuo a que se refere a garantia fiduciária).

Dessa forma, ligada ao interesse processual, em nossa opinião a prova da mora afigura-se como um requisito a ser atendido conjuntamente com esta condição da ação (interesse de agir) e não uma condição específica para a ação de busca e apreensão, tampouco se confundindo com pressuposto processual, como dito linhas acima.

Chega-se assim, de forma direta e objetiva, à conclusão no sentido de que a mora do devedor fiduciante e sua comprovação integram o interesse processual (condição da ação) da ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária em garantia.

Alentadas tais considerações e à guisa de finalização deste item, deve-se ter presente, a todo momento e em qualquer processo, que o limite para a distinção entre condições da ação e exame do mérito vem determinado pela profundidade da cognição. Isso significa dizer que um avanço no exame da pretensão implica alcance do mérito da demanda, e se houve esse avanço é porque as condições da ação (e os pressupostos processuais) foram detectadas satisfatoriamente pelo julgador.

3.0 REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL

Os requisitos formais da peça inicial do processo, como todas as formalidades em direito, representam segurança jurídica. A preocupação da lei é, na verdade, com o conteúdo do ato, de sorte a garantir as pessoas contra demandas mal caracterizadas e contra arbítrios.

A necessidade de atendimento ao disposto nos arts. 282 e 283 do CPC é de regra, imperiosa na petição inicial da ação de busca e apreensão, que, no mais, deverá conter a forma escrita, estar expressa em vernáculo e assinada (CPC, art. 169) pelo advogado, que deve nela fazer constar seu endereço (CPC, art. 39,1).

Mas é o atendimento ao disposto no art. 283 do CPC que em especial nos interessa, porquanto, tratando-se de ação de busca e apreensão, há dois documentos indispensáveis à sua propositura, por força do contido no Decreto-lei nº 911/69, que são os seguintes: (a) a apresentação do contrato escrito firmado entre o devedor fiduciante e o credor fiduciário; (b) a comprovação da mora do devedor fiduciante.

Ausentes tais documentos, aplica-se o disposto no art. 284 do CPC, podendo chegar-se, inclusive, ao indeferimento da petição inicial (CPC, art. 295, VI).

Com o advento da Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004, que conferiu nova redação aos parágrafos do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, um novo requisito passou a integrar a petição inicial da AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO, qual seja, a indicação precisa do valor da dívida, bem como a forma utilizada pelo credor fiduciário para alcançar esse valor.

A indicação clara e precisa sobre o valor da dívida e sua forma de apuração deve ser feita em semelhança (apenas para efeitos comparativos) ao que ocorre no processo de execução por quantia certa (CPC, art. 614, II). Essa necessidade decorre da possibilidade de purgação da mora conferida ao réu (devedor fiduciante), sendo o valor da dívida, tal como declinado na petição inicial, o parâmetro para eventual emenda da mora. Não mais se admite, ao menos em regra, a remessa dos autos ao contador quando houver requerimento para purgação da mora, tal como antes previsto no revogado § 3º do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69 (hoje com outra redação).

Trata-se, portanto, de relevantíssima novidade inserida na nova redação do § 2º do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69. Sua inobservância ensejará a aplicação do disposto no art. 284 do Código de Processo Civil, com a consequência já indicada acima (indeferimento da petição inicial, CPC, 295, VI).

O rol de inovações trazidas pela Lei nº 10.931/04 encontra-se abordado mais detidamente em capítulo próprio deste trabalho.

Em regra, a competência para a ação de busca e apreensão tem como comando definidor o art. 94 do CPC. Trata-se, em verdade, de ação fundada em direito real sobre coisa móvel, com o que a aplicação deste dispositivo do CPC dá ao réu (devedor fiduciante) a vantagem de ser demandado em seu próprio domicílio. Entretanto, os contratos de mútuo com garantia fiduciária possuem, em sua grande maioria, cláusulas de eleição de foro.

Por ser a competência territorial relativa, admite a lei sua prorrogação voluntária expressa, mediante cláusula contratual em que se pactua o foro competente para dirimir litígios vinculados ao contrato onde se instituiu o foro de eleição.

A questão possui três contornos distintos.

Com o advento da Lei nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), a eleição de foro em contrato de adesão, que verse relação de consumo, passou a ser interpretada como cláusula nula de pleno direito. Assim, se o contrato de mútuo com garantia fiduciária for concebido como fornecimento de serviços, e, conseqüentemente, adstrito às normas da Lei Consumerista, nula será a eleição de foro.

Em situação contrária, ou seja, não se admitindo a incidência das regras da Lei nº

8.078/90 aos contratos de mútuo com garantia fiduciária, a previsão contratual é válida, vinculando os contraentes, como também seus herdeiros e sucessores.

Como terceira situação, deve-se colocar em destaque a razoabilidade do foro eleito, de maneira a não impossibilitar o acesso à justiça.

Mas, de qualquer sorte, deve-se reconhecer que o tema é tormentoso na jurisprudência.

Assim, dos três contornos apresentados, moldamos nossa conclusão no senti-do de prevalência da cláusula eletiva de foro, vista a questão no sentido de, tanto quanto possível, prevalecer o contrato.

A cláusula de eleição de foro deve ser reputada válida quando não contraria a ordem pública e se não há prova de que a vontade do contratante aderente foi captada viciosamente. Têm elas (as partes) liberdade para eleger o foro onde re-solverão suas eventuais pendências.

Dessa forma, conclui-se pela validade da eleição de foro em contrato de adesão, porque:

O art. 111 do Código de Processo Civil faculta a modificação de competência em razão do território, mediante eleição de foro;
As disposições do Código do Consumidor não se aplicam indiscriminadamente aos contratos de alienação fiduciária (JTA 164/407) na medida em que as relações entre as partes se perfazem em um contrato de abertura de crédito em dinheiro, com a garantia da alienação fiduciária de um bem, em geral adquirido de terceiro;
Por fim, a invalidade da eleição de foro somente poderá ser conhecida se oposta tempestivamente a respectiva exceção de incompetência relativa, tendo como fundamento o fato de a eleição de foro poder vetar o acesso à justiça à parte demandada, o que ocorre em regra quando nos contratos de adesão são eleitos foros de capitais do país, com relação a pessoas domiciliadas em cidades distantes a essas capitais, sempre analisada a questão, evidentemente, à luz do caso concreto.

LEGITIMAÇÃO

Consigne-se, de proêmio, que a legitimidade para a causa (*legitimatío ad causam*), tanto ativa como passiva, não se confunde com a legitimidade para o processo (*legitimatío ad processum*).

Enquanto a legitimidade para a causa, tanto para o pólo ativo quanto para o pólo passivo, refere-se a uma determinada demanda, a legitimidade para o processo refere-se a qualquer processo. Esta cabe, em geral, às pessoas naturais capazes.

Assim, uma pessoa, desde que capaz, tem legitimidade para o processo, isto é, pode agir em juízo, praticando atos válidos em *qualquer processo*. Mas esta pessoa só terá legitimidade para *uma determinada ação* se for titular do direito ajuizado.

Estabelecida a diferenciação entre a ilegitimidade como condição da ação e a ilegitimidade como pressuposto processual, destaca-se que a ilegitimidade que gera o indeferimento da petição inicial é a *ad causam* (CPC, art. 295, II), uma vez que a outra (ilegitimidade *ad processum*) vem denominada pelo Código de Processo Civil, em seu art. 13, de incapacidade processual.

Importante observar, doravante já tratando apenas de incapacidade *ad causam*, que o juiz somente deverá indeferir a petição inicial pela ausência desta condição da ação quando a parte for manifestamente ilegítima, isso porque, havendo dúvida no espírito do juiz, a petição inicial deverá ser deferida, ficando a decisão sobre a ocorrência ou não de legitimidade postergada para o momento do julgamento conforme o estado do processo (CPC, arts. 329 a 331).

Entrementes, mesmo com a prolação de juízo positivo de admissibilidade da petição inicial, o que na ação de busca e apreensão tem o efeito imediato de seguir-se uma decisão judicial que determine a busca e apreensão liminar da garantia fiduciária, esse deferimento não criará preclusão para o juiz para quem a decisão preliminar sobre a ocorrência de legitimidade para a causa, como qualquer outra condição da ação, poderá ser revista em qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, art. 267, § 3º).

Conclui-se, portanto, como cediço, que qualquer das condições da ação, assim como também os pressupostos processuais, são chamados de objeções processuais exatamente porque são passíveis de reconhecimento pelo órgão jurisdicional independentemente de alegação da parte.

Legitimidade ativa

A legitimação ativa revela-se a partir da relação de direito material subjacente, sendo conferida na ação de busca e apreensão, via de consequência, ao proprietário fiduciário ou credor.

Confere-se legitimação ativa à pessoa (jurídica) que figurar originariamente no contrato de alienação fiduciária como financiador, posição reservada às instituições financeiras legalmente autorizadas a operar no mercado de capitais pelo Banco Central do

Brasil e ainda ao fiador ou terceiro interessado que tenha pago a dívida, ou seja, que tenha liquidado toda a dívida perante o credor, tomando o lugar deste por sub-rogação no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária.

Legitimidade passiva

A legitimação, como dito anteriormente, deve ser definida em função dos elementos fornecidos pelo direito material, afigurando-se a legitimação passiva como a sujeição do réu aos efeitos jurídicos processuais (coisa julgada) e materiais [a propositura de uma ação decorre da existência de uma crise em determinada relação de direito material]. da sentença proferida no processo.

Com a solução definitiva da controvérsia, independente do vencedor, o efeito material da sentença será o de eliminar a crise até então existente na relação de direito material.

Esse será o reflexo direto do princípio da inevitabilidade da jurisdição, pelo qual as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais, sendo uma emanção do próprio poder estatal soberano, impõem-se por si mesmas, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto para aceitarem os resultados do processo, ou seja, os termos da sentença.

Na ação de busca e apreensão sob exame, a pertinência subjetiva passiva é, sem regra, do devedor fiduciante.

4.0. BUSCA E APREENSÃO CONTRA TERCEIRO

A redação do *caput* do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69 tem gerado divergências de interpretações quanto à possibilidade ou não de aforamento de ação de busca e apreensão contra (em face de) terceiro.

Entretanto, por fundamentos encontrados na relação jurídica de direito material e no próprio Decreto-lei nº 911/69, afigura-se como legitimado passivo para a ação de busca e apreensão apenas o devedor fiduciante. Em uma palavra: o fato de um terceiro simplesmente estar na posse direta do bem não lhe confere legitimidade passiva para figurar como réu na ação de busca e apreensão.

Funda-se nossa opinião em pensamento assentado na seguinte premissa: para a compreensão e aferição da legitimidade das partes (ativa e passiva) é pre-ciso que se

estabeleça um vínculo entre: o autor da ação (credor fiduciário); a pretensão trazida em juízo; e o réu (devedor fiduciante). Essa nos pa-rece ser a construção dogmática perfilhada pelo direito processual.

Acresça-se ainda, a nosso ver, um outro vetor que justifica a condição de legitimado passivo tão-somente ao devedor ou devedores fiduciários e que está na natureza jurídica da ação de busca e apreensão.

Isso porque, se a sentença a ser proferida desconstituirá a relação jurídica entre credor fiduciário e devedor fiduciante, este (devedor fiduciante) deverá obrigatoriamente integrar a relação processual, em razão dos limites subjetivos da coisa julgada.

5.0 FUNDAMENTOS FÁTICOS E JURÍDICOS

Dentre os requisitos da petição inicial elencados pelo art. 282 do Código de Processo Civil, descreve seu inciso III “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”, a que a doutrina denomina de causa de pedir.

Não se confundem, a par da exposição sobre causa de pedir, os conceitos de Fundamento jurídico com o de fundamento legal. O traço essencial dessa diferenciação é o seguinte: fundamento jurídico corresponde à qualificação jurídica ou enquadramento jurídico do fato, e fundamento legal é a referência da lei ou artigo de lei invocado.

A exposição da causa de pedir remota (fatos) e causa de pedir próxima (ressonância jurídica destes fatos) tem campo de relevo na medida em que para o órgão do Poder Judiciário proferir uma sentença (provimento jurisdicional) é necessário que o ato inaugural do processo esteja particularizado por determinados acontecimentos emergentes da dinâmica social e dos quais possa ser extraída uma consequência jurídica.

Tais acontecimentos, trazidos para o plano da ação de busca e apreensão, podem ser assim definidos:

a) como causa de pedir remota (fatos), o credor fiduciário deverá descrever (e provar) a contratação do mútuo com garantia fiduciária, a regular constituição da garantia real e, fundamentalmente, a comprovação da mora do devedor fiduciante;

b) como causa de pedir próxima (fundamentos jurídicos ou ressonância jurídica da causa remota), tal se afigura pêlos efeitos da mora, em consonância com as disposições do Decreto-lei nº 911/69, que regula a ação de busca e apreensão decorrente de alienação

fiduciária em garantia.

DAS PROVAS

Na ação de busca e apreensão, a prova é, em regra, documental e como tal deve o credor fiduciário (autor) produzi-la com a propositura da ação, até mesmo para efeito do requerimento de concessão de medida liminar *initio litis*, de que cuida o art. 3º do Decreto-lei nº 911/69.

Assim, quanto à prova documental a ser produzida pelo demandante, devem os documentos ser anexados à inicial, integrando-a, instruindo-a. A hipótese não é de indicação, mas de produção.

Essa prova documental afigura-se como elemento instrumental para que o autor influa na convicção do juiz sobre os fatos que afirma, quais sejam, a consti-tuição da garantia fiduciária, o inadimplemento das obrigações do devedor fiduciante e a comprovação da mora deste.

Alusivamente às demais provas incidentes nos estreitos limites do procedimento, que, embora de contornos sumários, têm cognição ampla dentro da esfera jurídica do objeto da demanda, devem ao menos ser indicadas com a petição inicial.

A regra dos arts. 283 e 284 do Código de Processo Civil, combinados com os dispositivos legais supratranscritos, em especial os dispositivos do Decreto-lei nº 911/69, refletem, inequivocamente, o dever processual do credor fiduciário em apresentar com sua petição inicial documentos tidos como indispensáveis, sob pena de indeferimento não da medida liminar de busca e apreensão, mas da própria petição inicial (CPC, art. 295, VI). “Trata-se, examinando a questão por outro ângulo, da necessidade de atendimento a um requisito extrínseco da petição inicial.”

E esses documentos são: o contrato de alienação fiduciária, que preencha os requisitos legais indicados e que se encontre devidamente registrado em Títulos e Documentos (ou em se tratando de veículos feita a anotação no respectivo certificado), para que possua eficácia contra terceiros, podendo a constituição da garantia fiduciária se operar no corpo do próprio contrato principal (de mútuo ou mesmo uma cédula de crédito bancário); a comprovação da mora do devedor fiduciante.

Do deferimento da medida liminar

Dispõe o *caput* do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69 que “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*”.

Em corolário a este dispositivo extrai-se da doutrina o conceito de prova legal como sendo a prova que, uma vez produzida, já encontra na própria lei a respectiva valoração (é uma valoração totalmente atribuída pelo próprio legislador), bem como suas conseqüências, que se impõem ao juiz.

Desta forma, como resultado da prova legal, há o estabelecimento absoluto e uma verdade formal, dentro do seguinte esquema sistemático:

a prova legal é disciplinada por normas imperativas;
como conseqüência da supressão da liberdade de escolha de meios de prova pelos litigantes, há também supressão de toda e qualquer valoração judicial, exceto no que respeite a existência e idoneidade (regularidade formal) da prova;
assim, o julgador fica rigorosamente adstrito a, uma vez apresentada a prova legal e desde que a mesma tenha sido tida por válida, ter como verdadeiro determinado fato, ou seja, haverá de lhe reconhecer a eficácia respectiva.

Da análise do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, em conjunto com o conceito de prova legal, chega-se então ao fundamento para a necessidade da concessão *initio litis* da medida liminar de busca e apreensão, desde que comprovada a mora do devedor fiduciante. Há na hipótese um estabelecimento de parâmetros, um direcionamento do exame do material probatório, qual seja a prova regular da constituição da propriedade fiduciária e a mora do devedor fiduciante. Esse critério nos informa que a regra do livre convencimento motivado (ou persuasão racional), contida no art. 131 do Código de Processo Civil, não é absoluta.

Nesse sentido, uma vez atendidos os pressupostos legais, configura-se a liminar como um direito do credor fiduciário.

Existe, na verdade, um direcionamento do magistrado para a formação de seu juízo de delibação. Esse juízo consiste na valoração dos fatos (relação fiduciária) e do direito (reflexos dessa relação fiduciária), com a certificação da probabilidade de êxito na causa (mora do devedor fiduciante), no que podem influir a natureza do fato (comprovação da mora) e a espécie da prova (prova pré-constituída).

Exatamente sob esses fundamentos e dentro dessa linha de pensamento é que deve se situar a fundamentação da decisão concessiva de liminar de busca e apreensão, de que cuida o Decreto-lei nº 911/69.

Justificam-se as conclusões aqui alcançadas uma vez que, na situação específica que se aborda (concessão da liminar frente ao atendimento de requisitos predeterminados, quais sejam, prova da propriedade fiduciária e da mora do devedor fiduciante), o Decreto-lei nº 911/69 apresenta-se como um limitador do livre convencimento do magistrado.

Citação do réu

O requerimento para citação do réu reflete medida na qual o demandante torna expressa sua vontade de propor a demanda. E através deste requerimento que o autor pede que se dê ciência ao adversário para, querendo, comparecer e defender-se.

Em corolário a esse pensamento, não se perca de vista o fato de ser a ação proposta contra o Estado e não contra o réu, tornando-se assim a citação ato judicial e não do autor.

Ocorre que o procedimento descrito pelo Decreto-lei nº 911/69, à primeira vista, poderia gerar dúvida acerca da necessidade ou não de formulação de requerimento para citação do réu, porquanto a citação só tem lugar neste procedimento especial, frise-se, após a efetivação da apreensão liminar da garantia fiduciária.

PEDIDO

Definido o pedido como o conteúdo da demanda, a pretensão processual, o objeto litigioso do processo, o mérito da causa, antes de se proceder ao exame dos pedidos mediato e imediato na ação de busca e apreensão, optamos por delimitar a modalidade (figura) de fidúcia objeto do estudo (natureza fiduciária), notadamente em razão do enfoque processual conferido ao tema.

O direito positivo brasileiro contempla cinco figuras de natureza fiduciária, a saber:

a) a alienação fiduciária de bens móveis (Lei nº 4.728/65 e Decreto-lei nº 911/69 e Lei nº 10.406/02) e de bens imóveis (Lei nº 9.514/97).

Na venda com reserva de domínio, o vendedor, sendo proprietário de determinado bem, contrata sua venda ao adquirente-devedor, mas a transmissão da propriedade fica suspensa, dependendo do pagamento do preço; já na alienação fiduciária é o devedor que, sendo proprietário da coisa, nessa condição contrata sua transmissão ao credor.

VALOR DA CAUSA

Deve o valor da causa ser focado como um requisito da petição inicial (CPC, 282,V). Como tal, nos parece inegável que a ação de busca e apreensão objeto do estudo tem nascedouro em relação de direito material consubstanciada à m contrato escrito, incidindo, a partir daí, o critério descrito no inciso V do art. 259 do CPC para fixação do valor da causa.

CPC, art 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:

V - quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato.

Enfrentada, de maneira direta e pontual, a questão do valor da causa e alcançada a respeito uma conclusão, há ainda um outro ponto a ser focado e que consiste na confusão por vezes perpetrada entre valor da causa e valor da dívida garantida pela propriedade fiduciária.

Sem qualquer menoscabo a outras opiniões sobre o tema, sustenta-se no presente trabalho que não há vinculação entre o valor da causa (que deve ser o valor do contrato) na ação de busca e apreensão e o valor da dívida decorrente do contrato de mútuo com garantia fiduciária, e de onde emergiu a mora do devedor fiduciante.

Como regra, a ação de busca e apreensão não tem em seu objeto (pedidos mediato e imediato) a discussão sobre o valor da dívida do devedor fiduciante, salvo, evidentemente, na hipótese de pedido de purgação da mora por este formulado.

Esta ação não se presta à cobrança de dívida, até porque, salvo na excepcional hipótese de requerimento para purgação da mora, sobre a qual nos ocuparemos adiante, somente após a retomada e venda do bem objeto da garantia fiduciária é que irá o credor apurar o saldo devedor, para dele abater o valor obtido com a venda do bem retomado. Nesse momento, duas situações poderão advir: em havendo saldo devedor remanescente, poderá o credor fiduciário

se valer da ação monitoria para sua cobrança; em havendo saldo credor remanescente, deverá o credor fiduciário imediatamente proceder à sua devolução ao devedor fiduciante. Note-se, por derradeiro, que a venda do bem retomado poderá se realizar judicial ou extrajudicialmente, a critério do credor. Se realizada extrajudicialmente, como a esmagadora maioria dos casos, deverá ser transparente, de forma que o devedor tenha como se certificar de que o valor obtido na venda foi um valor justo.

JUÍZO POSITIVO DE ADMISSIBILIDADE DA PETIÇÃO INICIAL

Em razão do disposto no art. 3º, *caput*, do Decreto-lei nº 911/69, o pronunciamento de juízo positivo de admissibilidade da petição inicial na ação de busca e apreensão enseja, necessariamente, a concessão de medida liminar, de caráter satisfativo e, portanto, com contornos de antecipação dos efeitos da tutela sentencial.

Outro raciocínio significa alteração no procedimento especial previsto no Decreto-lei nº 911/69, o que não se permite ao operador do direito, em especial ao juiz. Parte-se da premissa de devido processo legal como o previsto em lei, e como tal deve ser aplicado.

Na ação de busca e apreensão, o deferimento da petição inicial dissociado da concessão de medida liminar enseja a configuração de *error in procedendo*, porquanto referida decisão estará fadada de absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para sua prolação.

A busca e apreensão do bem é condição de procedimentalidade, não se instaurando legalmente o processo caso ela não se faça.

Ao deferimento da liminar segue-se a determinação de citação, ato processual que deverá ser realizado após a apreensão da garantia fiduciária, em decorrência da especialidade do procedimento da ação de busca e apreensão.

Importante o registro, neste momento, que as novas disposições do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, implementadas pelo art. 56 da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, não alteraram o entendimento antes já manifestado e relativo ao momento de realização do ato citatório na ação de busca e apreensão. Frise-se que nesta ação a citação ocorre imediatamente após o cumprimento da liminar de apreensão da garantia fiduciária. Outro raciocínio significaria dar ciência prévia ao réu sobre a liminar, o que frustraria por completo seu cumprimento.

Processo Civil. Vale dizer, produzirá todos os efeitos processuais (prevenção,

integração da relação processual - *actum trium personarum*, inadmissibilidade de modificação do pedido e da causa de pedir) e materiais (litigiosidade da coisa, interrupção da prescrição) decorrentes de uma citação válida.

Assim, admitida a petição inicial, deferida a medida liminar de busca e apreensão e determinada a citação do réu, segue-se a expedição simultânea de dois mandados, um de busca e apreensão onde o bem a ser futuramente apreendido será descrito, de maneira a possibilitar a lavratura de um auto circunstanciado, e outro específico para citação, com as advertências do art. 285 do CPC.

Todas essas providências iniciais (deferimento da liminar, determinação de citação e expedição simultânea de mandados de busca e apreensão e citação) encontram-se inseridas no que se pode denominar de fase postulatória da ação de busca e apreensão. Ainda dentro dessa mesma fase se inserem as medidas existentes em favor do réu (devedor fiduciante), contestação, exceções e requerimento para purgação da mora.

Tais considerações são lançadas para destacar a relevância do juízo positivo de admissibilidade da petição inicial da ação de busca e apreensão, já que tal juízo se dá exatamente dentro da fase postulatória do procedimento, ou seja, dentro da fase onde é feito, consoante já afirmado linhas acima, o primeiro e um dos mais relevantes juízos de admissibilidade do julgamento do mérito da causa.

Juízo negativo de admissibilidade da petição inicial

O processo é um fato típico complexo, de formação sucessiva. Fato típico por ser um modo de agir ou de proceder prefixado na lei, que qualifica, entre muitas, uma única forma de atuar como relevante para produzir consequências jurídicas processuais. Complexo, por incluir o fato típico processo uma série de atos jurídicos processuais, cada qual deles, por sua vez, um fato típico processual, ou seja, um ato cuja configuração está predeterminada na lei e à qual se vincula sua eficácia.

Assim, a petição inicial como ato processual típico, uma vez afastado do modelo legal, deve ser indeferida, posto tratar-se de ato defeituoso que obstará o fim específico a que se propõe, qual seja a instauração de um processo regular que atinja sua finalidade instrumental aniquilando, em uma visão de fundo, a crise de direito material ensejadora do conflito de interesses originador da ação.

A falta de atendimento ao disposto nos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil,

examinados em concurso com as disposições do Decreto-lei nº 911/69, tem como consequência a aplicação da regra de regência geral do sistema, constante do art. 295 do Estatuto Processual e seus respectivos incisos, com o consequente indeferimento da petição inicial.

Assim, como efeito do juízo negativo de admissibilidade da petição inicial tem-se a extinção do processo, em regra, sem julgamento do mérito (art. 267,1) constituindo-se coisa julgada formal, e, por exceção, casos de prescrição e decadência, com julgamento do mérito (art. 295, IV combinado com o art. 269, IV) ensejando a constituição de coisa julgada material, já que nesta hipótese o indeferimento fundou-se em razão de mérito.

Sob o ponto de vista da natureza jurídica da decisão proferida quando da análise da petição inicial, conclui-se que a decisão que a admite possui natureza interlocutória, daí a admissibilidade de recurso de agravo de instrumento contra essa decisão (interlocutória). Por outro lado, a decisão que não admite a petição inicial põe fim ao processo (art. 267, inciso I), sendo portanto admissível o recurso de apelação contra a decisão (sentença) que indefere a petição inicial.

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL DE MÉRITO

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza de *execução lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. E tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito.

Nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional, acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão, sendo o “*tempo um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas*”.

A função da tutela antecipatória é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva. A necessidade dessa efetividade é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela.

Antecipar os efeitos da tutela e antecipar os efeitos do provimento (sentença) que no futuro se espera. Vista a questão por aspectos práticos, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concederá a tutela definitiva e sua decisão (antecipação de tutela) terá equivalência com a procedência da demanda, com uma fundamental diferença que é exatamente a provisoriedade.

Pois bem, examinando-se daqui em diante o instituto da tutela antecipada sob o foco de luz da ação de busca e apreensão, nota-se que a antecipação dos efeitos da tutela final requerida nesta ação situa-se, por força do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, no limiar do procedimento.

Não necessitando de justificação prévia sim guarda com este similitude no aspecto da provisoriedade, porquanto a medida liminar concedida na ação de busca e apreensão pode ser revogada no correr do procedimento.

De outra parte, frente a especialidade do” procedimento da ação sob estudo a concessão da antecipação de tutela deve ocorrer no primeiro momento em que couber ao juiz examinar os autos, não possuindo lugar no célere procedimento da ação de busca e apreensão o diferimento da apreciação do pedido de antecipação de tutela após o oferecimento de resposta do réu.

Apesar da vinculação existente entre o juízo de admissibilidade da petição inicial e a concessão de medida liminar de apreensão da garantia fiduciária, tal conclusão não significa retirar da decisão que a defere o dever de fundamentação, por força do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal

Interessante anotar que o juiz, ao decidir sobre o pedido de liminar (antecipação de tutela), pronuncia-se antes, ao menos em parte, sobre a mesma matéria que será objeto da sentença.

Destaque-se, como diferença básica entre a antecipação de tutela (tutela satisfativa) e a tutela cautelar, que a antecipação dos efeitos da sentença não é tutela cautelar porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, mas tem por objetivo assegurar, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado, que no caso da ação de busca e apreensão é a retomada da posse direta da garantia fiduciária.

Feitas essas considerações acerca da antecipação da tutela jurisdicional, cumpre-nos agora examinar seus efeitos à luz das inovações trazidas pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, em especial em face do disposto na nova redação do § 1º do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69:

“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 certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.”

O exame cuidadoso desse dispositivo, com sua nova roupagem, nos permite concluir que houve uma ampliação significativa dos efeitos da antecipação da tutela jurisdicional, de forma tal que o que antes o credor fiduciário alcançaria somente quando da prolação de sentença de mérito (que era exatamente a con-solidação da propriedade e posse plena) passou agora a integrar os efeitos da an-tecipação de tutela, concedida *initio litis* e *inaudita altera parte*.

Portanto, frente à nova disposição do art. 3^Q, em especial de seu § 1^a, uma vez executada a decisão que conceder a tutela antecipada e desde que decorridos cinco dias, operar-se-á a consolidação da propriedade e posse plena do bem apreendido em mãos do credor fiduciário, sem que para tanto seja necessária uma nova intervenção judicial. A consolidação passa a ser efeito naturalmente decorrente da apreensão liminar.

Com essa nova disposição do § 1º do art. 3² do Decreto-lei nº 911/69, passou a lei a conferir ao credor fiduciário a possibilidade de alcançar, no plano do direito material, "eficácia" para a decisão proferida em seu favor antes mesmo da formação da coisa julgada, acelerando sobremaneira a efetividade das decisões judiciais proferidas no limiar do procedimento da ação de busca e apreensão.

E essa efetividade (ou mesmo efetivação da tutela antecipada) trazida pela nova redação dos parágrafos do art. 3- do Decreto-lei nº 911/69 leva em conta a natureza do direito material, cujas peculiaridades acabam por exigir a adoção de um procedimento que gere uma tutela jurisdicional mais efetiva, o que se possibilita dentro da ciência do processo através da construção de procedimentos diferenciados decorrentes da cornbirmçãode diversas formas de cognição.

Dada a relevância^iessa modificação legislativa e considerando sua importante repercussão no plano do direito material, sobre ela nos debruçaremos voltando os olhos fundamentalmente para seu exame à luz da garantia constitucional do devido processo legal. Nessa perspectiva, a técnica processual assume grande relevo, uma vez que para a exata compreensão dessa modalidade de tutela jurisdicional de direitos é imprescindível o manejo das técnicas de cognição.

Não basta um olhar focado única e tão-somente na tutela dos direitos, fazendo-se necessário um exame das técnicas para obtenção dessa tutela. Vale dizer que falar em devido processo legal implica necessária e obrigatoriamente discutir a questão da constitucionalidade das novas disposições do art. 3- do Decreto-lei nº 911/69, tomando em conta uma adequada

estruturação da técnica processual. E tal se deve exatamente porque, para um exame do "processo legal", deve o operador do direito atender às construções entorno da ciência que permitam o exercício do direito à jurisdição através do processo, e isso significa enfrentar a realidade inquestionável de nossos dias, em que as exigências do mundo contemporâneo cada vez menos podem esperar o alcançar da coisa julgada material para a realização dos direitos.

Assim, para descortinar essa nova, célere e avançada redação do § 1º do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, é essencial que retomemos as técnicas de cognição para a tutela dos direitos, sendo esse exame um antecedente necessário para a exata compreensão dessa mudança legislativa à luz dos consectários relacionados ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e ao direito à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), e que nos levarão concluir pela constitucionalidade dessa nova disposição legal, conforme exposta a seguir.

EXECUÇÃO DA MEDIDA LIMINAR

Seguindo o presente estudo a linha de evolução do procedimento da ação de busca e apreensão, chega-se ao momento de exame da execução da medida liminar deferida *initio litis*.

Seu cumprimento ocorrerá por mandado, ou por carta (precatória e/ou rogatória - CPC, 202), incidindo, em ambas as hipóteses, as regras dos arts. 172 173 e 241 todos do Código de Processo Civil.

Do mandado de busca e apreensão (aplicando-se o mesmo à hipótese de apreensão através de carta precatória e carta rogatória) constará: a indicação do lugar onde o bem objeto da busca e apreensão poderá ser encontrado; a descrição completa, tanto quanto possível, da garantia fiduciária; e a assinatura do juiz, diferentemente do que exige a lei, por exemplo, no mandado de citação - no qual pode constar a assinatura do escrivão desde que declarada a circunstância de que este o subscreve por ordem do juiz - o mandado de busca e apreensão deverá ser assinado pelo próprio magistrado, dada a natureza restritiva do direito que cerca tal providência.

A apreensão do bem, efetuada liminarmente, deverá ser realizada por dois oficiais de justiça através de auto circunstanciado, com estrita descrição do estado atual da *res* e de todas as circunstâncias verificadas no momento da apreensão, seguindo-se a nomeação de depositário, que assumirá o compromisso de seu encargo.

Ao contrário do que ocorre com a diligência da penhora (CPC, art. 660), o ‘mandado de busca e apreensão expedido já deve conter a ordem de arrombamento, se necessário. E que a diligência poderia frustrar-se, se houver de ser suspensa para a obtenção da ordem.

E, embora não exista previsão legal expressa, é evidente que os oficiais de justiça poderão solicitar o auxílio da força pública, se houver resistência, e lavra-rão o respectivo auto, inclusive realizando prisões se o caso. Ocorrendo a prisão do detentor da coisa em razão de sua resistência, uma via dos autos será entregue ao escrivão do processo e, a outra, à autoridade policial, a quem entregarão o preso (art. 663).

O arrombamento das portas e o ingresso dos oficiais de justiça, acompanhados de duas testemunhas e em cumprimento ao mandado judicial, constituem exceção ao princípio da inviolabilidade do lar, assegurado pelo inciso XI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, como já o era o § 10 do art. 150 da Carta de 1967.

CONVERSÃO DO PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO EM AÇÃO DE DEPÓSITO

Em que pese o objeto central do estudo cingir-se ao contexto processual da ação de busca e apreensão, não se pode deixar de consignar a possibilidade de conversão prevista no art. 4º do Decreto-lei nº 911/69, segundo o 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, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil”.

A ação de depósito de que se trata que tem na busca e apreensão negativa seu antecedente lógico pressupõe que o credor tenha lançado mão da ação de busca e apreensão (Decreto-lei nº 911/69, art. 3º) e não tenha logrado sucesso na apreensão em razão de não ser a garantia fiduciária encontrada nas mãos do devedor fiduciante.

Com a alteração do Decreto-Lei nº 911/69, introduzida pela Lei nº 6.071, o processo de Busca e Apreensão poderá ser transformado em AÇÃO DE DEPÓSITO nos próprios autos, independentemente de qualquer outra formalidade, uma vez que os pleitos do autor já se encontram definidos e individualizados na inicial.

Referida ação (de depósito) cabe exclusivamente contra o devedor fiduciante e jamais contra os avalistas, fiadores ou terceiros interessados, porque estes, não tendo a posse direta

do bem na qualidade de depositário, não poderiam mesmo tornar-se infiéis depositários.

No tocante aos requisitos formais, a petição inicial da ação de depósito deve atender aos requisitos do art. 282 do CPC, observando ainda o disposto no art. 902 e parágrafos do CPC.

Sua instauração reflete, em verdade, uma transformação objetiva da relação processual inicialmente instaurada na ação de busca e apreensão, sendo importante assinalar que referida transformação ocorre sem qualquer possibilidade de comando do réu.

Justifica-se a afirmação supra em razão da oportunidade de formulação do pedido de conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito. Como o réu somente será citado na ação de busca e apreensão após a apreensão da garantia, se referida garantia fiduciária não foi localizada em seu poder é evidente que apreensão não houve. Sem apreensão não há citação nesse procedimento especial.

Incorrida a citação não incidem os limites objetivos à alteração do pedido, preconizados no art. 264 do Código de Processo Civil, facultando-se a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito.

Requerida a conversão, nos próprios autos se processará a nova ação (a de depósito), procedendo-se a citação do réu para entregar o bem, depositá-lo em juízo ou lhe consignar o equivalente em dinheiro. O objeto da ação de depósito será a restituição da coisa alienada fiduciariamente.

Altera-se, assim, a natureza da tutela perseguida pelo autor (credor fiduciário), por força da alteração de sua pretensão processual (pedido). Na ação de busca e apreensão, o credor fiduciário visa à apreensão do bem objeto da garantia, ao passo que na ação de depósito o credor fiduciário visa compelir o devedor fiduciante a lhe restituir o bem ou seu equivalente em dinheiro. A possibilidade de apreensão do bem na ação de depósito existe de forma incidental, não sendo o objeto principal da lide. Em uma visão de fundo, ambas as ações giram entorno do bem objeto da garantia, mas objetivam alcançá-lo sob regimes jurídico-processuais diferentes.

Pondere-se ainda que, enquanto na ação de busca e apreensão a tutela perseguida, com já dito neste estudo, pode ser classificada como constitutiva (mais precisamente constitutiva negativa), porquanto a sentença a ser proferida rescindir o contrato de alienação fiduciária, resolvendo a propriedade resolúvel, possuindo também força mandamental e executiva *lato sensu*, a tutela jurisdicional na ação de depósito, se procedente o pedido, será executiva *lato sensu*, uma vez que o comando da sentença proferida na ação de depósito será cumprido por mandado, sem a necessidade de instauração de processo de execução autônomo.

Apreensão do bem na ação de depósito

Embora a ação de depósito, como já dito, possua natureza jurídica distinta da ação de busca e apreensão, não é raro ocorrer à localização da garantia fiduciária, no curso da ação de depósito.

Ocorrendo a localização do bem pelo devedor fiduciante, o problema tem fácil solução. Basta o devedor fiduciante entregar o bem ao credor ou depositá-lo em juízo, para ver-se livre do dever de restituição e, conseqüentemente, da ameaça de prisão por infidelidade depositária.

Por outro lado, se a localização da garantia fiduciária, no curso da ação de depósito, ocorrer pelo credor, terá este a faculdade de promover a busca e apreensão.

Todavia, a via processual para esta busca e apreensão pelo credor, quando em curso uma ação de depósito, sofrerá variações por força de três situações.

A *uma*, se a ação de depósito encontra-se ainda em fase de conhecimento e o credor lograr localizar a garantia fiduciária, poderá requerer incidentalmente, mas nos próprios autos, ao juiz da causa a expedição de mandado de busca e apreensão. Nesta hipótese, em ocorrendo a apreensão, o autor (credor fiduciário) alcançará o objeto mediato da ação, que é o direito de reaver a coisa.

O processo, neste caso, deverá ser extinto com julgamento do mérito (CPC, art. 269). Não, obviamente, para condenar o réu a entrega da coisa, uma vez que a garantia já está em poder do credor, mas para consolidar nas mãos deste a propriedade e posse plena e exclusiva do bem apreendido. Vale dizer, a sentença na ação de depósito, nesta hipótese, terá os mesmos efeitos de uma sentença de procedência do pedido proferida em ação de busca e apreensão.

Note-se que para a situação aqui tratada (apreensão do bem no curso da ação de depósito ainda não sentenciada), a consolidação da propriedade e posse plena do bem apreendido ocorrerá somente quando da prolação de sentença, não se operando aqui os efeitos preconizados na nova redação do § 1º do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69. É que a aplicação desse dispositivo tem lugar somente no procedimento especial da ação de busca e apreensão, enquanto a apreensão relatada neste exemplo se operou no curso da ação de depósito, também de procedimento especial, mas regulado pelo disposto nos arts. 901 a 906 do Código de

Processo Civil, dispositivos esses que não contemplam previsão semelhante à do § 1º do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69.

Citação na ação de busca e apreensão

A citação na ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária em garantia, realizada neste procedimento especial somente após a constrição judicial consistente na busca e apreensão far-se-á por qualquer das formas descritas no art. 221 do CPC (pelo correio, por oficial de justiça, por edital)

Sucede que juntamente com a expedição inicial do mandado de busca e apreensão, em cumprimento aos comandos da medida liminar deferida *initio litis*, segue-se a expedição do mandado de citação, uma vez que o ato processual de citação deverá ser realizado tão logo seja consumado o ato processual anterior, qual seja, a busca e apreensão da garantia fiduciária.

Note-se, no tocante à citação, que a Lei nº 10.931/04, ao modificar a redação dos parágrafos do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, acabou por omitir nas novas disposições a referência antes existente relativa ao ato citatório, em especial ao momento de sua realização. Todavia, apesar da omissão da legislação quando do estabelecimento dos novos contornos para o procedimento da ação de busca e apreensão ora sob enfoque, de todo razoável admitir-se que esse ato processual de chamamento do réu ajuízo deve ocorrer imediatamente após o cumprimento da medida liminar, tal como era previsto na revogada redação do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69. Essa redação anterior tinha uma razão de ser, *que em nada se modificou com a mudança legislativa*. Vale dizer que a citação deverá ocorrer após o cumprimento da ordem judicial de apreensão da garantia fiduciária, sob pena de frustrar-se o próprio ato de buscar e apreender se o réu (devedor fiduciante) tiver ciência da liminar antes de seu cumprimento. Como a própria liminar é concedida *inaudita altera parte* não se justificaria a citação prévia do réu.

Assim, após a realização da apreensão, o objetivo será a citação do réu. Re-ferido objetivo deve ser perseguido com rapidez e economia de atos processuais, de forma a estabelecer uma necessária proporção entre fins e meios.

REQUERIMENTO PARA PURGAÇÃO DA MORA

- O prazo para emenda da mora (de 5 dias) coincide, propositalmente, com o prazo para a consolidação da propriedade (também de 5 dias), previsto no § 1º do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, e essa coincidência existe exatamente porque, em havendo purgação da mora, nos valores declinados na petição inicial, o devedor fiduciante exerce seu direito até então eventual de readquirir a propriedade do bem;
- Exatamente pelo disposto no inciso iv, logo acima, é que o devedor fiduciante deverá depositar em juízo o valor declinado pelo credor na petição inicial, conferindo-lhe a lei o direito de discordar desses valores, na forma disposta no § 4º do mesmo art. 3º do Decreto-lei nº 911/69;
- O valor suficiente para a purgação da mora será o da totalidade da dívida; e, por fim;
- O prazo de cinco dias, contados da citação, para o requerimento de purgação da mora em juízo é preclusivo, não podendo o réu se valer de tal direito após o decurso do prazo conferido no Decreto-lei nº 911/69.

Consoante previsão legal inserta no § 3º do Art. 2º do DL 911/69, combinado com o Art. 1.425, III do Código Civil e Cláusula Resolutiva expressamente prevista no Contrato de financiamento.

“Nas dívidas que devem ser pagas em prestações, é princípio aceito que a falta de pagamento de uma destas acarreta o imediato vencimento das demais. A exigibilidade das prestações ainda não vencidas foi expressamente prevista na lei que disciplina a alienação fiduciária em garantia”. (ORLANDO GOMES - “Alienação Fiduciária em Garantia”, 5ª Ed. RT, p. 103).

Devemos lembrar ainda, que para o referido pagamento, além de serem observadas as cláusulas contratuais, quanto aos encargos e taxas a serem aplicados no cálculo do valor, deve-se ser inserido nesse cálculo, os preceitos do art. 389 do Código Civil Brasileiro, as custas decorrentes da mora, e os honorários Advocatícios.

“Art. 389 – Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

Os Juízes e Tribunais, em suas decisões têm decidido como pagamento da integralidade da dívida pendente apenas as parcela vencidas, conforme jurisprudência do TJ/RN, que segue abaixo:

EMENTA: DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

PURGAÇÃO DA MORA. DECRETO-LEI 911/69 COM AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 10.931/04. DESNECESSIDADE DA OBRIGAÇÃO DO DEVEDOR DE PAGAR A INTEGRALIDADE DA DÍVIDA. POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO APENAS DAS PARCELAS EM ATRASO. PRECEDENTES DO TJRN. SENTENÇA MANTIDA. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO.

SENTENÇA

Vencidas todas as fases do procedimento, contestada ou não a ação, chega-se ao julgamento do processo.

A sentença é o ato culminante do processo de conhecimento. A instância se desenrola através do procedimento justamente para preparar *o judicium*, momento em que o Estado entrega a prestação jurisdicional dizendo da procedência ou improcedência do pedido.

O juízo tem na sentença o ato processual em que a jurisdição se realiza para definir a vontade concreta da lei, pois a sentença, como disse Vincenzo Cavallo é “o ato mediante o qual se individualiza o Direito”. Na verdade a sentença, como instante jurisdicional básico da relação processual de cognição, é o ato de composição da lide em que o preceito normativo abstrato, imposto pela ordem jurídica, se transforma em preceito específico.

Segundo Arruda Alvim,

“a sentença é ato intelectual de índole, ou com estrutura, preponderantemente lógica (formal e material), que pressupõe apuração dos fatos e identificação da norma, através da qual o Estado-Juiz se manifesta, concretizando imperativamente a vontade do legislador, traduzida ou expressada pela lei”.

O próprio Código de Processo Civil, em seu art. 162, § 1º, ao tratar dos pronunciamentos do juiz previa que: “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Alterado pela Lei nº 11.232/05, o art. 162, § 1º, do CPC passou a dispor que “sentença é o ato do juiz que implica algumas das situações previstas nos arts. 267 e 269” do CPC.

CONCLUSÃO

Concluindo o presente trabalho, consegui identificar que a lei 10.931/2004, que alterou

§2º, do artigo 3º do decreto-lei 911/69, o devedor somente terá o direito de no prazo de 5 dias da efetivação da liminar, pagar integralmente a dívida pendente, ou seja, o total do valor financiado. Neste caso, o bem será devolvido ao requerido, livre do ônus da alienação fiduciária, mas, os juízes e tribunais vêm decidindo pelo deferimento da purgação de mora tendo em vista a boa-fé do devedor fiduciário.

No que diz respeito à conversão da ação de BUSCA E APREENSÃO em ação de DEPÓSITO, já é entendimento pacificado no STJ que não cabe mais prisão civil do depositário infiel, como ocorria anteriormente, bem como se o financiado tiver pago 40(quarenta), por cento do bem financiado teria o direito a purgação de mora, mas, foi alterado após a criação da lei 10.931/2004.

É de se destacar que o pedido purgação de mora na ação de BUSCA E APREENSÃO deferida pelo menos por 90% dos juízes e confirmado pelos tribunais superiores, apenas das parcelas vencidas e não das parcelas vencidas e vincendas conforme determina a lei, vem travando duras batalhas judiciais.

Enfim, de um lado os bancos e financeiras, com a fama de utilizarem juros e taxas abusivas nos contratos de financiamento, de outro lado os financiados que em muitas vezes financiam veículos concorda com as cláusulas do presente contrato de financiamento no ato de sua assinatura, depois de estar inadimplente muitas vezes em varias parcelas do financiamento, se acham no direito de alegarem juros e taxas abusivas.

Faz mister informar, que muitos financiados não pagam sequer a 1º parcela do contrato de financiamento em dia, atrasa diversas parcelas vende o veículo objeto do presente contrato e muitas vezes fica por isso mesmo, pois ninguém vai obrigar ao mesmo a dizer onde está o veiculo, deixando o banco em prejuízo sem poder recuperar o seu credito.

Portanto, a melhor interpretação do decreto de lei 911/69 com as alterações trazidas pela lei 10.931/2004, não nos deixa dúvida de que, a única possibilidade do devedor fiduciante reaver o bem objeto do contrato de alienação fiduciária seria efetuar o pagamento não apenas das parcelas em atraso, mas também das parcelas vincendas, acrescidas, logicamente, dos já conhecidos juros e encargos bancários, a lei claramente excluiu a figura da purgação da mora. Assim, o pagamento a que se refere o mencionado dispositivo, deve ser da integralidade da dívida pendente, daí não haver dúvidas que integralidade da dívida pendente, nada mais é do que as parcelas vencidas e vincendas, acrescidas de todos os encargos decorrentes de sua condição de inadimplente.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Calil Marcio. Ação de Busca e Apreensão e Alienação fiduciária. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BITTAR, Eduardo. Metodologia da Pesquisa Jurídica. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em xxv novembro de 2011.

_____.decreto-lei 911/69. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/lei911/69>. Acesso em xx maio de 2011.

DINIZ, HELENA MARIA. Código civil anotado. 15º edição. São Paulo: Saraiva 2010

_____.Lei 10.931/2004 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L10.931/2004>. Acesso em xx maio de 2011.

GOMES, Orlando. Alienação Fiduciária. 5º ed. revista dos tribunais, 1975.

GONZAGA, **VAIR**. Alienação Fiduciária. ed. Campinas: Peritas, 1997.

LEONCIO, Julio. Prática contra os abusos dos bancos. 1º ed.. São Paulo: Imperium, 2011.

NEGRÃO, THEOTONIO. Código de Processo Civil. 42º Ed. São Paulo: Saraiva 2010.