

A polêmica interpretação do art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei nº 911/69, alterado pela Lei nº 10.931/2004. Como fica a purgação da mora na busca e apreensão de veículo em alienação fiduciária?

Leonardo Perseu da Silva Costa*

A lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004 em seu art. 56 alterou o procedimento da busca e apreensão em sede de alienação fiduciária de bens móveis, estatuinto novas regras procedimentais para o Dec. Lei n. 911 de 1.10.69. A previsão legal revogada, regravava a emenda da mora no parágrafo primeiro, dispondo que:

Art. 3º.....

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

Atualmente, consta da lei a seguinte determinação:

"Art. 3º.....

1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de

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

§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.

§ 3º O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar.

§ 4º A resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do § 2º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição.

A disparidade de tratamento é enorme: enquanto a norma revogada concedia a alternativa do réu contestar ou depositar os atrasados, desde que pagos 40% do valor total do contrato, a nova alteração dispõe que No prazo do § 1º, (cinco dias após executada a liminar de busca e apreensão), o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. Sem adentrarmos nos demais aspectos da agressão ao devido processo legal quanto à permissão para despojo da coisa antes da citação do réu (o que não constitui objeto destas breves anotações), é certo que a lei atual em sua apreciação estática poderia induzir, numa leitura prematura e desavisada, que devedor-fiduciário estaria obrigado a depositar o valor total do contrato para ter direito à devolução da coisa.

Surgem portanto dúvidas que já assolam o dia-a-dia dos operadores do direito: é correto entender que o réu deve depositar o montante global do financiamento, sendo impedido de consignar somente o que estava em atraso para obter novamente o veículo alienado? a permuta do termo "purgar a mora" por "pagar a integralidade da dívida pendente" excluiu a possibilidade da emenda parcial deste tipo de contrato?

Em princípio, é truísmo ressaltar que o contrato de alienação fiduciária é adesivo e envolve precípua relação de consumo. A instituição financeira (fiduciária) fornece aliena em garantia a coisa móvel ao consumidor (fiduciante) mediante condições

definidas unilateralmente e impassíveis de modificação à bem do aderente. Decerto, os Tribunais tem combatido esta anomalia na livre negociação, decidindo que, As negociações bancárias que apresentam cláusulas preestabelecidas configuram-se como contratos de adesão, visto a parte contratante não ter disponibilidade de discussão dos termos já impressos, sendo que A relação existente entre as instituições financeiras e seus clientes está sujeita às disposições do Código de Defesa do Consumidor, podendo ser revistas as cláusulas contratuais, a fim de tornar a negociação menos desigual e excessivamente onerosa para a parte hipossuficiente. (1)

Outrossim, conveniente lembrar sob o raciocínio sempre abalizado do Professor MARCOS BERNARDES DE MELO (2) que uma definição deve levar em consideração, em primeiro lugar, o gênero em que se situa o objeto a ser definido (*genus proximum*) e a diferença específica (*differentia specifica*), aqueles elementos que lhe são indispensáveis, definitivos e próprios à sua estrutura, e não contingentes que o caracterizam. Nesse norte a mera diversidade terminológica entre purgar a mora e pagar a integralidade da dívida pendente não é bastante para obstar a interpretação finalística da norma que aponta para conclusões idênticas.

Com isso, é intuitivo que pagar a integralidade da dívida pendente significa em outros termos purgar a mora somente quanto ao atrasado, pois através de tal conduta o devedor remedia a situação causada, evitando os efeitos do inadimplemento. É esta a única interpretação razoável e constitucionalmente comprometida que traduz a palavra dívida, de modo contextualizado, ou seja, no limite estrito das parcelas vencidas em aberto. Forçoso concluir que só desta forma será obedecida a função social da purgação, inerente às práticas negociais.

Pensar ao contrário traduz retrocesso com o qual não se pode compactuar.

Primeiramente, pela triste reminiscência histórica do referido Decreto Lei, bem apanhada nas sábias palavras do então Ministro da Corte Suprema e atualmente Juiz da Corte de Haia, Francisco Rezek, que certa feita admoestou:

Tal decreto é de 1º de outubro de 1969. É de quando, encontrando-se o país rompido com a ordem constitucional, decidiu-se, ante a moléstia do Presidente Costa e Silva, romper também com a ordem institucional, alijando-se o Vice-Presidente da

República. Essa obra prima da legislação brasileira traz a assinatura dos três membros da junta militar que assumiu, na época, o poder. (3)

Outrossim, como já salientou o Eminentíssimo Ministro RUY ROSADO (4), um dos modos mais eficazes para evitar o dano que decorre do descumprimento do contrato é a purga da mora. É ato socialmente útil, pois por ele se concretiza o contrato; o devedor cumpre com a sua prestação e, assim, atende ao que dele se esperava; o credor vê satisfeita a sua pretensão assim como programada, e, para ele, nada melhor do que isso. Para o devedor, é o meio que a lei lhe faculta de liberar-se dos efeitos danosos que decorrem da inadimplência, que o sujeitariam à execução forçada, multas, sanções administrativas e bancárias, divulgação do seu nome em banco de dados de devedores, restrição ao crédito, etc. (...) Nos termos do art. 6º, inc. VI, do CDC, é direito básico do consumidor a efetiva prevenção de danos patrimoniais e morais. Tenho para mim que a proibição da purga da mora é causa certa de danos decorrentes da inadimplência, de ordem patrimonial e mora. Prevenir esses danos é um princípio do CDC, porquanto não há nenhuma vantagem social em forçar a inadimplência e impedir que ela seja superada. Logo, há conflito entre o princípio que dificulta sobremaneira a posição do devedor, impedindo-o de superar a situação de inadimplência, e o enunciado que procura evitar e prevenir os danos que decorrem da frustração do contrato.

Demais disso, insta notar que mesmo na vigência da norma anterior, a qual admitia o depósito somente se pago ao menos 40% da dívida, já vinha sendo firmada jurisprudência no sentido da desconsideração da condição de limite mínimo para a purga, com base na Constituição Federal e na aplicação específica da lei de consumo que se serviria de filtro aos preceitos emanados do Dec. Lei. 911/69, prestigiando-se a utilidade da emenda da mora em prol preservação do contrato, sob a ótica acertada de que Não se mostra razoável o benefício legal concedido apenas a quem tenha pago acima de tal percentual e não aos demais, discriminação que fere o princípio da isonomia, máxime quando não se verifica qualquer prejuízo ao credor em decorrência disso. (5)- (6)

Nesse norte, não se pode perder de vista que o hodierno direito infraconstitucional trabalha com sistemas em rede (leis pontuais, feitas em caráter específico diante de determinada motivação isolada), criadores de micro-universos normativos fechados com regulamentações peculiares. Diante de tal estado de coisas cabe ao aplicador do direito dar o mínimo de lógica sistêmica a estes organismos estanques tendo por base fundante a Constituição Federal (7). Portanto há de prevalecer sobre o revelho Decreto o Código de Defesa do Consumidor que possui genética e status constitucionais (8), tratando-se de microsistema derogatório de quaisquer normas jurídicas que com ele conflitem (9).

Daí, pertinente a admoestação do arguto civilista GUSTAVO TEPEDINO (10):

Diante de leis especiais produzidas em velocidade estonteante, cada qual a responder a demandas distintas da sociedade, com linguagem própria e seguindo princípios setoriais muitas vezes específicos – exatamente por responder a exigências corporativas de grupos de pressão -, é indispensável não sucumbir ao aparente fracionamento do ordenamento. Não se pode aceitar passivamente a multiplicidade de princípios e de critérios interpretativos, formulados no âmbito dos chamados microsistemas, redigidos por técnicos setoriais que, a rigor, desconhecem o sistema normativo (...) O fracionamento implica a ruptura do sistema, causando marcante insegurança jurídica.

Somente o respeito à Constituição e a seus valores fundamentais poderá resgatar a unidade perdida, e recuperar os princípios gerais em meio ao contingente, ao emergencial ditado pelas experiências, sempre fugazes de sucessivos planos econômicos

Assentadas tais premissas, é consabido que ao Poder Judiciário cabe a função primordial de controle de constitucionalidade das leis ordinárias, sendo certo que à míngua do Supremo Tribunal Federal ser o detentor da via concentrada de tal mister, a cada Juiz compete incidentalmente e inter partes aferir a compatibilidade dos preceitos infraconstitucionais para com a Carta Magna. Justamente nos poderes conferidos ao Magistrado pelas fontes axiomáticas da Constituição Federal, exige-se mais do que nunca a postura proativa de controle efetivo da constitucionalidade das normas civis (11).

Como discorre LUIZ FLÁVIO GOMES (12):

É na postura positivista-constitucional, destarte, que o juiz moderno deve buscar inspiração para o exercício da sua nobre função. Desde logo impõe-se o abandono dos dogmas ultrapassados (bondade da lei, neutralidade do legislador, etc.). Urge, de outro lado, aceitar que a função judicial não é de pura subsunção, senão reflexiva. A possibilidade de revisão judicial da constitucionalidade das leis, da qual os juízes ingleses não abriram mão nem sequer no tempo do absolutismo, deve integrar o dia-a-

dia do magistrado brasileiro, principalmente porque entre nós vigora inclusive o sistema do controle constitucional difuso. Somos herdeiros, nesse ponto, dos primórdios do constitucionalismo norte-americano e, exatamente por isso, não podemos nos esquecer da doutrina de JOHN MARSHALL, tido como um dos maiores Justice e pai do judicial review ou controle judicial de constitucionalidade das leis, que foi institucionalizado pela primeira vez no famoso caso Marbury v. Madison, em 1803. O juiz não está desvinculado da lei. Seu ponto de partida (e muitas vezes também o de chegada) é a lei. Mas quando não existe compatibilidade vertical entre ela e a CF, é evidente que a prioridade é desta última, que ocupa posição de destaque na pirâmide jurídica. Não se trata de se compactuar com algum tipo de "ativismo judicial" (República dos Juizes) ou alternativismo extremado, senão de render homenagens à doutrina dos direitos e garantias fundamentais de todos (acusados, condenados, vítimas, sociedade etc.). Vigência da lei não é a mesma coisa que validade. O Direito só é definitivamente obrigatório quando passa pelo crivo do controle judicial. Pode ser tolerável a assepsia "política" do juiz, mas é absolutamente censurável sua neutralidade "ética", seu desapego aos valores supremos postos nos textos constitucionais e internacionais, que tem na dignidade humana o seu eixo central. O juiz não é legislador, todos sabemos, mas tampouco justifica-se, dentro do Estado Constitucional de Direito, sua ancilática posição de ser seu mero porta-voz

Todavia, nada impede que em determinados casos, ao invés de afastar-se por completo o preceito virtualmente eivado de inconstitucionalidade, prestigie-se a sua interpretação conforme a Lex Legum sem redução de texto concessiva, como meio de guardar-lhe sentidos exatos, sem afetar propriamente a disposição legislativa.

Acerca da interpretação conforme a constituição, pontifica UADI BULOS (13):

Categoria conhecida da Suprema Corte norte-americana, e sobretudo utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão, a interpretação conforme à Constituição possui o traço da flexibilidade (...) Através da exclusão das opções interpretativas consideradas contrárias ao articulado constitucional são preenchidas lacunas, corrigindo os vazios normativos inerentes à linguagem prescritiva do legislador. Permite, assim, a construção dos textos legais, perante hipóteses concretas levadas ao tribunal, através da analogia, bem como da redução, derivação e compatibilização de pontos de vista normativos, inseridos na própria Lex Legum (...) Em "matéria de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, admite-se para resguardar dos sentidos que eles podem ter por via de interpretação, o que for constitucionalmente legítimo – é a denominada interpretação conforme a Constituição(STF, Pleno Adin 1.344-1/ES, medida liminar, rel.Min.Moreira Alves,DJ1,de19-4-1996,p.12212)."

Em especificidade, aponta o mesmo autor as bases da interpretação conforme sem redução de texto:

Modalidade de decisão do Bundesverfassungsgericht, a interpretação conforme à constituição sem redução do texto possui a natureza decisória, não consistindo, meramente numa modalidade interpretativa. É plenamente aceita e utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (...) Ao revestir-se numa modalidade especial de ato decisório, encarregado de declarar a nulidade sem a redução do texto, ela poderá conceder ou excluir da norma impugnada um determinado sentido, que o torne compatível com a constituição. Neste íterim, a interpretação conforme sem redução do texto desdobra-se em dupla vertente: 1^a) a que confere ao preceito impugnado raciocínio interpretativo preservador da sua constitucionalidade; 2^a) a que exclui possíveis interpretações inconstitucionais do preceito impugnado

Coadunando à interpretação conforme sem redução do texto excludente, pondera o Constitucionalista ser aquela que exclui da norma impugnada uma interpretação que lhe poderia ensejar inconstitucionalidade

Dessarte, como forma de salvaguardar a aplicabilidade constitucional do preceito já esmiuçado, ousamos crer na possibilidade de intervenção judicial incidental para firmar-se a interpretação conforme a constituição sem redução do texto excludente, entendendo-se assim que No prazo do § 1º, (cinco dias após executada a liminar de busca e apreensão), o devedor fiduciante poderá purgar a mora, pagando a integralidade das parcelas em aberto (e não de todo o valor do contrato), segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.

Evidentemente que tal processo cognitivo partirá, como alhures disposto, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana estampado ainda no pórtico da Carta Política, ex vi de seu art. 1º III, bem como do objetivo de construção de uma sociedade justa e solidária, objetivos fundamentais da República também preconizados na lei das leis em seu art. 3º., I.

Por fim, importante frisar que em virtude do tempus regit actum (art. 6o. da LICC), nos contratos firmados anteriormente à vigência da lei n. 10.931 de 2 de agosto de 2004 será inaplicável a alteração produzida, de forma que a purgação da mora, enquanto instituto de direito material, deverá observar o regramento anterior à mudança.

Sem a pretensão de pacificar o tema, o que só se alcançará após a interpretação abalizada das Cortes de Justiça de nosso País, lançamos essas breves ponderações para início de reflexão.

NOTAS:

1TJMS - Segunda Turma Cível. Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2003.007086-9/0000-00 - Campo Grande.Relator-Exmo. Sr. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan coligido em www.tj.ms.gov.br

2 Coligido em www.juspodium.com.br em 20.10.2004.

3STF- HC 72.131-1 RJ.

4Eresp n. 129732/RJ, 2a. Seção, coligido em www.stj.gov.br. O voto foi proferido anteriormente à alteração da lei, mas pelo brilhantismo e profundidade, sua fundamentação continua totalmente aplicável à espécie.

5Turma Especial - Cível; Agravo Regimental em Agravo - N. 2002.006694-00001-00 - Campo Grande; Relator - Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran coligido em www.tj.ms.gov.br.

6 Nem se diga que o STJ ao sumular o entendimento (na vigência da lei revogada) de 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, teria sepultado o direito do fiduciário proceder a emenda, pois consabido que as súmulas não imprimem caráter de vinculação aos entendimentos dos juízes, o que só pode ser admitido nos julgados vinculantes de processos de específica competência do STF.

7A interpretação da Constituição há que ser explorada sua vertente aberta, partindo-se da técnica cognitiva de simetria e conformidade com o amplíssimo círculo de seus potenciais destinatários, pois que não são outros senão estes os exatos vivenciadores da normatização pluralística sob a qual erige-se qualquer Carta Política. Todos aqueles sobre os quais espriam-se as conseqüências dessas normas de rendimento máximo possuem legitimidade concorrente acertada no processo interpretativo constitucional. Na resolução do caso concreto o Juiz deverá levar em conta o conjunto dos diversos sentidos de apreensão da Constituição que lhe sejam apresentados pelas partes em suas particulares realidades sociais como corolário de um processo democrático justo e isonômico da pacificação da controvérsia pela dicção do direito. Nesta via, mesmo as normas ditas programáticas possuem sim eficácia na exata medida em que, ao tratarem da realidade humana, tornam-se merecedoras da extensão e aplicabilidade condizentes com seu relevo social. (Quanto ao relevante tema, ver Peter Habermas in *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.)

8O código de defesa do consumidor veio para cumprir um preceito constitucional, sendo que a sua relação jurídica se aplica a todos os contratos que geram relação de consumo, inclusive aos contratos bancários e de financiamento em alienação fiduciária. (TAPR - CIVIL - Apelação Cível - 139687400 - Curitiba - Juiz Manasses de Albuquerque - Oitava Câmara Cível - J. 04/10/99 - AC. 9554 - DJ. 22/10/99.)

9"A limitação imposta pelo §1º do art. 3º do Decreto-Lei 911/69 deve ceder lugar ao disposto no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. Sendo assim, é perfeitamente admissível a purgação da mora, independentemente de o devedor ter pago valor inferior a 40% do valor financiado". (Agravo Regimental em Agravo - N.

2003.013974-5/0001-00 - Campo Grande. Relatora-Exm^a. Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. coligido em www.tj.ms.gov.br)

10 In Temas de Direito Civil, RJ: Renovar. p. 123-4

11 A fundamentação constitucional aqui utilizada, já foi por nós suscitada no articulado "O "venire contra factum proprium" na negativa de indenização de seguro de vida ante a morte do segurado em atraso permitido. O abuso de direito e a exegese tópica do art. 763 do novo Código Civil". Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 252, 16 mar. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4859>>. Acesso em: setembro de 2004.

12 In Interceptação Telefônica "De Ofício": Inconstitucionalidade - RJ 242 - DEZ/97

13 Constituição Federal anotada, SP: Saraiva. nota 08 ao art. 5º, LXXVII, § 1º.

* Advogado Associado do Escritório Washington Almeida em São Paulo. Professor de Direito Processual Civil. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6081>> Acesso em: 21 nov. 2008.