

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendeu-se aos pressupostos gerais de recorribilidade. Os documentos de folhas 15, 16 e 99-verso evidenciam a regularidade da representação processual e do preparo. Quanto à oportunidade, o acórdão relativo aos embargos de declaração teve notícia veiculada no Diário de 10 de agosto de 2002, sábado (folha 84), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 26 imediato, segunda-feira (folha 86), no prazo assinado em lei.

O processo foi liberado, para inclusão no calendário de julgamentos, em 3 de novembro de 2004, exatos três meses após a vigência da Lei 10.931/2004, que alterou o artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/1969, suprimindo a questionada limitação – constante no § 2º – da defesa. A mudança não implica prejuízo ao exame do extraordinário, considerados atos processuais realizados sob o regramento então em vigor.

Em jogo faz-se a harmonia, ou não, com a Constituição Federal, do artigo 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/1969 – na redação vigente em 12 de março de 2002, quando da formalização do pronunciamento recorrido –, no que, ao disciplinar o direito de proprietário fiduciário ou credor requerer, contra devedor ou terceiro, a busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente – podendo ser deferida liminarmente a providência, uma vez comprovada mora ou inadimplemento –, limitava a impugnação ao pedido inicial à alegação de pagamento do débito vencido ou ao cumprimento das obrigações contratuais.

Vê-se, desde logo, que se discute o acesso ao Judiciário, considerada a amplitude da defesa. É que o mencionado Decreto-Lei encerra a possibilidade de, apreendido o bem, vir o denominado proprietário fiduciário ou credor a vendê-lo, independentemente de leilão, hasta pública e até mesmo avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo se, no contrato, na maioria das vezes de adesão, pactuar-se em sentido diverso. A proibição contida no Diploma diz respeito à viabilidade de o chamado proprietário fiduciário ou credor ficar com o bem. Confira-se com o artigo 2º, valendo ter presente o caráter definitivo da ação de busca e apreensão, no que o § 8º do artigo 3º a revela como a constituir processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.

O Tribunal de origem, segundo consignado no relatório, entendeu não haver a Constituição de 1988 recepcionado o preceito legal limitador da impugnação pelo devedor. Afetei o processo ao Pleno, em virtude da repercussão da matéria, dos valores envolvidos e, até aqui, dos enfoques sobre a harmonia do Decreto-Lei, na parte objeto deste extraordinário – considerada a redação vigente até a alteração promovida pela Lei nº 10.931/2004 –, com os ditames constitucionais.

É de conferir-se, à Carta da República, concretude, no que alça à estatura de garantia constitucional o acesso do cidadão ao Judiciário, afastando, de início, prevalência da lei do mais forte, da justiça privada, presentes as circunstâncias em jogo. O inciso XXXV do artigo 5º, ao dispor que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, sinaliza o acesso amplo àqueles que se sintam prejudicados, no tocante a esta ou àquela pretensão. Conjugue-se mais, em interpretação sistemática, com essa garantia, aquela a versar que ninguém será privado da liberdade ou de bens sem o devido processo legal – inciso LIV. Vale dizer, a perda, quer da liberdade, quer de bens, pressupõe a anterior defesa em sentido amplo, podendo o interessado veicular fatos e argumentos jurídicos, à luz do arcabouço normativo. Completa-se o círculo com a previsão pedagógica do inciso LV, concernente ao direito, no âmbito de processo judicial ou administrativo, ao contraditório e à defesa – querida como ampla, e não restrita. Meios e recursos, tal como definidos na Constituição Federal, não podem diminuir o campo alusivo à defesa.

Pois bem, sabe-se que o Decreto-Lei nº 911/1969, com o propósito de estimular a poupança, o crescimento econômico, deu ênfase incomum à proteção do credor, chegando mesmo a ter o devedor não como titular do bem adquirido e financiado, mas simples possuidor direto e, então, por ficção jurídica, depositário. Fez-se patente a preocupação maior do constituinte de 1988 com o cidadão. Para assim concluir-se, basta considerar que, pela primeira vez na República, dispositivos acerca de direitos e garantias sociais precederam aqueles atinentes à estrutura do Estado. Tratou-se, de forma singular, do consumidor, entendido este da maneira mais abrangente possível, em face dos bens da vida em sociedade, das mercadorias e dos serviços. Eis os dispositivos constitucionais que versam a proteção do consumidor – artigos 5º, inciso XXXII, 24, inciso VIII, 37, § 3º, 150, § 5º, 170, inciso V, da Carta da República e 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Se assim é, e ninguém ousa infirmar, forçoso é concluir-se pela insubsistência da redação originária do § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/1969, no que, relativamente à ação cujas consequências são das mais drásticas – alienação privada do bem, destinando-se o valor ao pagamento do saldo devedor –, não coabita o teto dos novos ares constitucionais.

A controvérsia revelada neste processo é emblemática, no que envolvida determinação de proceder-se à prova pericial. Na inicial, buscou-se, com amparo no Decreto-Lei, o reconhecimento da propriedade do Banco autor sobre o bem, ante o não pagamento do saldo devedor do financiamento. Então, na defesa, apontou-se que o débito de R\$ 20.300,00 se transformara, da data do financiamento, 8 de janeiro de 1997, até 17 de novembro de 2000, na cifra de R\$ 72.638,95, a representar acréscimo de 266,5%. Ora, desaguando a ação na tomada do bem, na perda do que o ato normativo, em ficção jurídica, repita-se, consigna como simples posse, impossível seria fechar a porta ao questionamento da legitimidade do valor cobrado. Bem andaram o Juízo e o Tribunal de Alçada de Minas Gerais ao refutarem a supremacia, em contrariedade à Constituição Federal em vigor, do mencionado diploma legal, formalizado por Junta Militar a partir de atribuições conferidas pelo artigo 1º do Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Os extravagantes instrumentos serviram aos ministros militares, a substituírem-se ao Congresso Nacional, na disciplina da alienação fiduciária. Daí o acerto da decisão do Juízo ao viabilizar a prova pericial. De valor histórico, portanto, considerado o conteúdo – que alerta –, o acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, presentes os votos do Relator convocado, juiz Delmival Almeida Campos, e do segundo vogal, juiz Alberto Vilas Boas, que transcrevo para fins de documentação:

O SR. JUIZ DELMIVAL ALMEIDA CAMPOS:

Conheço do recurso manifestado, por oportuno, tempestivo e regularmente preparado.

BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A, ingressou em juízo com ação de busca e apreensão, com pedido de liminar, sendo esta devidamente cumprida. Efetivou-se ainda, a regular citação da agravada.

O presente agravo foi interposto em face da decisão que determinou a realização de perícia contábil nos autos.

Os argumentos do recorrente, em resumo, fundam-se no fato de que “... a prova pericial não é somente desnecessária, mas, sim,

manifestamente incabível, posto que a matéria de defesa passível de discussão no âmbito estreito da ação de busca e apreensão repele a produção de prova pericial contábil.” (Fls. 04); que “... a produção de prova pericial é impertinente no procedimento da ação de busca e apreensão fundada no Decreto-lei nº. 911/69, posto que a matéria de defesa adstringe-se à demonstração do pagamento ou do cumprimento das obrigações contratuais.” (Fls. 05).

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, para determinar a reforma do r. despacho, indeferindo a realização de prova pericial, determinando-se a prolação de sentença pelo Juiz de primeiro grau (fls. 11).

Às fls. 44/49-TA, as agravadas apresentaram contraminuta, pleiteando a manutenção da sentença recorrida.

PRELIMINAR INSTALADA DE OFÍCIO - INCONSTITUCIONALIDADE DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO DECRETO-LEI 911/69.

Após demorada reflexão, em que procurei conferir ao Decreto-lei 911/69 uma interpretação que mais se aproximasse do ideal de justiça e que não frustrasse o cidadão em obter do Estado uma prestação comprometida com uma política jurisdicional que contribua para evitar o massacre econômico do mais fraco, mesmo porque ao Judiciário, afinal, cabe participar, com independência nessa transformação que se iniciou na década passada, no sistema jurídico brasileiro e que resultará, certamente, na estrita observância de princípios constitucionais pétreos, impostos pelo constituinte originário e na retomada da ordem jurídica a seus melhores dias, cassados os excessos e privilégios equivocadamente criados pela jurisprudência com base em legislação ordinária anterior à CARTA, *data maxima venia*, em favor de instituições que já dispõem de força de pressão formidável e suficiente, em detrimento de todos os setores da produção e consumo, submetidos à sua ganância e cupidez.

Estou convencido de que as normas constritivas expressas no malsinado Decreto-lei 911/69 não foram recepcionadas pela CARTA POLÍTICA de 1988, padecendo, por isso, do vício da inconstitucionalidade, uma vez que as normas legais, especialmente aquelas que identificam restrições odiosas e impertinentes, não podem ser instituídas apenas e exclusivamente em favor de uma das partes, justamente a mais forte, sobretudo num contrato típico de adesão.

Estou, pois, a exemplo do que já decidi quando relatei a Apelação Cível n. 348.830-8, da Comarca de Uberlândia, reiterando minha adesão à corrente jurisprudencial que entende ser inconstitucional o Decreto-lei 911/69, convencido estou de que o Judiciário deve ter, nos dias atuais, uma visão global do universo social em que atua, não mais se admitindo magistrado dissociado dessa realidade, mesmo porque os problemas e as soluções não podem mais ser vistos sob a ótica do

individualismo de épocas pretéritas, como bem assinala o Prof. THEODOR VIEHWEG, da Universidade Gutenberg Mainz, em sua obra exemplar, “Tópica e Jurisprudência” – Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo – V. 1, Edição do Ministério da Justiça, Departamento de Imprensa Nacional, 1979, Brasília, DF.

De se acrescentar que as garantias constitucionais devem ser viabilizadas. Não meramente formais. Daí por que não podem mais ser aplicadas pelo julgador as normas do malsinado Decreto-lei 911/69, mesmo porque o Juiz já pode rever contratos, eliminar cláusulas atentatórias ao equilíbrio contratual e declarar-lhes a nulidade, tal como se vê das normas cogentes do instrumento moderno a que se denominou Código de Defesa do Consumidor, que nas relações de consumo se impõe, hoje, como de obrigatória observância, o princípio da equidade e do equilíbrio contratual, obrigando-se, inclusive a consideração do princípio da confiança e da boa-fé, este instrumento, sim, compatível com os princípios constitucionais vigentes garantidores do direito à igualdade jurídica e da ampla defesa.

Não pode persistir, pois, em nosso direito, dmv, como reminiscência de épocas pristinas e arcaicas, encarceramento por inadimplência de obrigação civil, tal como a preconizada pelo malsinado Decreto-lei 911/69, ao instituir que a proteção ao crédito passou a contar com o nefando instrumento de prisão. No direito romano pré-clássico, onde a escravidão era instituto jurídico, dentre as suas causas, do grupo *juris civilis*, figurava esse arremedo de nossos dias, a do devedor insolvente perder a liberdade, tal como preconizado no malsinado Dec-lei. Já não se pode, a partir do seu ingresso no mundo jurídico nacional, em 1969, desconsiderar-se a vetusta e salutar regra de que a Execução recai sobre o patrimônio do devedor, e não sobre a sua pessoa, não podendo prosperar a interpretação dos que aceitam a incidência de constrangimento sobre a “pessoa”, como política de proteção ao crédito, tal como ressuscitada pela exegese que se tem dado ao decreto indigitado.

Posto isto, entendo serem INCONSTITUCIONAIS os dispositivos do Decreto-lei nº 911/69, fulcro e base da ação de busca e apreensão transformada em ação de depósito, pelos motivos retro expostos. Reconheço a inépcia da petição inicial, por impossibilidade jurídica do pedido, julgando extinto o processo de origem, sem enfrentamento do mérito, com fundamento no art. 267, VI, combinado com o artigo 295, I, parágrafo único, III, ambos do CPC.

Condeno o autor/agravado ao pagamento das custas processuais, inclusive as deste recurso, e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos da Súmula 14 do STJ

[...]

O SR. JUIZ ALBERTO VILAS BOAS:

Conheço do recurso.

O agravante aforou ação de busca e apreensão contra o agravado, objetivando reaver veículo automotor vinculado a contrato de alienação fiduciária, sendo certo que o julgador concedeu a liminar de busca e apreensão que restou devidamente cumprida.

Posteriormente, o magistrado determinou a produção de prova pericial para apurar a evolução do débito do agravado, decisão da qual se recorre, sob o fundamento de que a mesma se mostra incabível, diante do estreito âmbito de matéria passível de defesa em ação de busca e apreensão.

Todavia, conforme já me manifestei anteriormente, o processo deve ser julgado extinto sem análise do mérito em face da não-recepção do rito procedimental do Decreto-lei nº 911/69 pelo atual modelo constitucional.

A introdução de um novo modelo constitucional implica na necessidade de serem revistos os conceitos jurídicos estabelecidos na legislação infraconstitucional produzida sob os influxos da Carta Política revogada.

Sabe-se que a produção normativa estatal sofre notável influência do ambiente histórico e político na qual é gerada, e, dessa forma, é natural que as leis ou decretos-leis constituam reflexo dos objetivos nos quais se estrutura o Estado.

No entanto, na medida em que há ruptura com o modelo constitucional autoritário – porque não oriundo das legítimas aspirações da sociedade civil – abre-se espaço para que um formal compromisso com o Estado Democrático de Direito seja conscientemente assumido entre todos os segmentos do povo.

Daí por que a promulgação de um novo texto constitucional e a natural especificação de um conjunto de garantias a serem usufruídas pelos cidadãos fazem com que seja implementado um “processo racionalizador de controle do Estado”.

Assim, o papel das garantias fundamentais assume relevo inegável, não somente para regular as relações entre cidadão e Estado, mas, também, para conter os eventuais excessos advindos de atos legislativos que objetivam sobrepor os interesses econômicos ou patrimoniais de uma determinada classe em detrimento da outra.

Daí a doutrina transmitir a idéia de que existem princípios constitucionais conformadores, ou seja, há disposições fundamentais que se irradiam:

“... sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.” (Maurício Antônio Ribeiro Lopes, Princípios políticos do Direito Penal, RT, 2a edição, 1999, p. 115/116).

Por exercer função fundamentadora da ordem jurídica, observa-se que os princípios possuem natureza, derogatória e diretiva, pois as normas que se:

“... contraponham aos núcleos de erradiação normativa assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade (no caso de eficácia diretiva) e/ou na sua vigência (na hipótese de eficácia derogatória).” (Autor e obra citados, p. 116).

Assim, é visível que, por meio da interpretação, os princípios cumprem relevante função consistente em orientar o encontro das soluções jurídicas dos casos submetidos ao crivo da autoridade judiciária, especialmente porque se constituem em “verdadeiros vetores de sentido jurídico às demais normas, em face dos fatos e atos que exijam compreensão normativa” (autor e obra citados, p. 117).

Em conseqüência, torna-se palpável que a violação de um princípio ofende o sistema de comandos existente no bojo da Carta Política, porquanto esta não se constitui na mera e ocasional reunião de regras jurídicas avulsas, mas sim em documento designado pela harmonia e que consubstancia as premissas básicas do ordenamento jurídico estatal a serviço da coletividade.

Estas sumárias considerações são feitas para que fique enfatizada a absoluta incongruência que há entre o modelo procedimental estabelecido pelo Decreto-lei nº 911/69 e a cláusula constitucional do *devido processo legal*, consoante restou assinalado no voto do Juiz Edgard Penna Amorim.

O inadimplemento do devedor – que pode encontrar justificação em motivos vários – não pode ser considerado uma penalidade autônoma a reduzir-lhe – senão anular-lhe – as chances de defesa quando a ação de busca e apreensão lhe é direcionada pelo credor fiduciário.

O curto lapso de tempo para contestar, aliado à imposição de limites à peça de defesa demonstram que a ação de busca e apreensão somente serve para que, formalmente, haja a justificação para a retomado do bem pela via judicial.

A lei cria, na realidade, um simulacro de processo e estabelece regras unicamente para a satisfação dos interesses do credor, sem que ao devedor seja concedida oportunidade mais ampla para impugnar a pretensão de retomado do bem.

Assim, ao limitar a contestação ao “pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais” e ao restringir a purgação da mora somente quando “já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado”, é notória a intenção de eliminar drasticamente as chances de uma defesa que a Constituição Federal exige que seja ampla.

Ainda, estabelece-se uma liminar de cunho eminentemente satisfativo e, se seu conteúdo outorgar lastro para a sentença favorável

ao credor, este poderá realizar a venda extrajudicial do bem mesmo que pendente o trânsito em julgado da sentença.

A prova da mora, por meio de simples notificação extrajudicial, é o bastante para a obtenção de uma liminar em face da qual não se precisa fazer prova razoável do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

A questão torna-se mais relevante na medida em que, por determinação do legislador constituinte, o Estado obrigou-se a editar regras protetivas do consumidor, haja vista que o contrato de alienação fiduciária projeta claramente uma relação de consumo.

Por conseguinte, não é lícito conviver com um modelo restritivo do direito de defesa quando se sabe, pela experiência adquirida no âmbito judiciário, que os pactos relativos à alienação fiduciária contemplam cláusulas abusivas e ofensivas à relação de equilíbrio e igualdade que se espera existir entre fornecedor e consumidor.

Sem dúvida, a Constituição brasileira fez precisa opção política pelo garantismo em que não se concebe a imposição – ou a recepção – de manifestações legislativas que estabelecem ritos procedimentais ofensivos ao devido processo legal e que venham a estimular a ofensa ao direito de propriedade sem a necessária outorga ao cidadão de meios amplos para resistir à pretensão do credor.

Dessarte, é importante considerar que as normas constitucionais não podem ser acolhidas como:

“... simples princípios programáticos, meras diretrizes dirigidas ao legislador ordinário que este podia afeiçoar a sua vontade, suposto que fosse formada pelo processo constitucionalmente previsto.” (Jorge Figueiredo Dias, *in*, Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, RT, 1999, p. 165).

É evidente que existem regras constitucionalmente vinculadas ao processo civil que devem ser interpretadas de modo a permitir que este se estruture de forma equilibrada e calcado na cooperação entre o Estado e as partes.

Consoante anteriormente afirmado, o postulado do devido processo legal é de especial importância no dimensionamento das garantias das partes e da jurisdição, pois, como acentua Ada Pellegrini Grinover – em trabalho afeto ao processo penal, mas que assume cunho universal – não existem apenas direitos subjetivos públicos no que tange às vantagens outorgadas às partes, mas a garantia “do justo processo, segundo a ótica de tipo publicista que dá relevância ao interesse geral na justiça da decisão.” (As garantias constitucionais do processo, *in*, *Novas tendências do direito processual*, Forense Universitária, p. 1).

O conteúdo da citada cláusula do devido processo legal engloba as garantias das partes – haja vista que estas devem dispor da condição de sustentarem suas posições e produzir prova que possa

influenciar no convencimento do juiz -, e é garantia da jurisdição, pois a efetiva atuação das partes contribui para a regularidade do processo, a imparcialidade do juiz e a justiça das decisões que este profere.

A regularidade do processo e a justiça das decisões judiciais exigem que ocorra nítida interação entre a defesa e o contraditório, pois se este desdobra-se em:

“... dois momentos – a informação e a possibilidade de reação -, não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício de defesa.” (Ada Pellegrini Grinover, artigo citado, p. 4).

Ação e defesa constituem vetores constantes que proporcionarão a existência de um processo justo no qual, mediante cooperação das partes, encontrar-se-á a solução mais adequada à solução do conflito de interesses entre autor e réu.

Por isso que avulta de importância a preservação da regra da igualdade entre as partes, pois os ofícios afetos ao autor e ao réu devem ser designados pelo equilíbrio de situações e o juiz desenvolve papel importante na medida em que, preservada a equidistância, estimule:

“... a efetiva participação das partes no contraditório, e, conseqüentemente, sua colaboração e cooperação no justo processo.” (Ada Pellegrini Grinover, obra citada, p. 7).

A defesa, portanto, não pode ser desenhada em face dos interesses titularizados pelo credor, mas sim de modo a proporcionar amplo contraditório sobre todas as questões de fato e de direito que sejam de importância à correta solução do conflito de interesses.

O rito procedimental não pode ser criado somente para dar legitimidade a pretensão do credor fiduciário em reaver o bem, porquanto o direito de defesa atua, verdadeiramente:

“... como condição de regularidade do procedimento, na ótica do interesse público à atuação do contraditório; defesa, em última análise, como fator legitimante da própria jurisdição” (Ada Pellegrini Grinover, obra citada, p. 8).

A forma procedimental, portanto, estabelecida pelo Decreto-lei nº 911/69 não atende aos reclamos da atual Carta Política, e, quando aplicada de forma literal traduz, antes de tudo, um indevido processo legal e não um processo de partes que detenham as condições formais e materiais de tutela de seus interesses em situação de igualdade.

Diante destas considerações, declaro a não-recepção do Decreto-lei nº 911/69 e julgo extinto o processo principal, sem análise do mérito em face da impossibilidade jurídica do pedido.

Custas recursais pela agravante.

Reconhecendo a erronia da decisão proferida no agravo de instrumento nº 224.815-8, desprovendo-o e não dando trânsito a recurso extraordinário, evoluo, como cumpre a todo e qualquer juiz fazer, tão logo convencido de assistir razão à tese inicialmente afastada.

Conheço do extraordinário e o desprovejo, assentando incompatível, com a Constituição Federal, a redação originária do § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/1969.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/09/2020 00:00