A PROIBIÇÃO DA EMENDA DA MORA NA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO REGULADA PELO DECRETO-LEI Nº 911/69. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 10.931/2004. INAPLICABILIDADE ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO.

**Marco Antonio Ibrahim
Desembargador TJRJ**

No que se refere à emenda da mora e antecipação do vencimento da dívida em contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária, tem sido recorrente a subsunção dos critérios de interpretação do Decreto-Lei nº 911/69 aos princípios protetivos do Código de Defesa do Consumidor. Tão logo passou a vigor a Lei nº 8.078/90, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, interpretando o disposto no art. 54 da lei, neste sentido:

“Também não é despiciendo ponderar que na recente Lei 8.078/90, relativa à proteção do consumidor, nos contratos de adesão, a cláusula resolutória é admitida – art. 54, § 2º – desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor (salvo nos pactos de consórcio), ou seja, ao consumidor cabe exercer a opção de, ao invés da resolução do contrato em que incorreu em inadimplemento ou mau adimplemento, postular o cumprimento da avença pondo-se em dia com suas obrigações, e efetuando, portanto, a purgação da mora em que incidira.” (Recurso Especial 9.219, 4ª Turma do STJ, de 19.06.1991, Rel. Min. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *in* ADCOAS, 134135/91.)

Por outro lado, o art. 7º do CDC dispõe que, em relação aos direitos básicos do consumidor, pode o Magistrado se valer do juízo de equidade, daí porque se afigura lícito reconhecer que o devedor em mora tem direito a emendá-la, considerando-se abusiva (e, portanto, não escrita) a cláusula que disponha sobre o vencimento antecipado da dívida em caso de atraso no pagamento, dès que, assim, por via reflexa, estaria sendo obstaculizado o direito de purga da mora.

Com a purga da mora não há nenhum prejuízo para o credor que, além do principal, recebe todos os encargos financeiros, ressarcido, ainda, das custas processuais e honorários de advogado. Entretanto, para o devedor que já pagou parte do preço, o impedimento à purgação da mora equivale à perda do bem, restando-lhe a risível garantia de receber o saldo que eventualmente existir após a alienação extrajudicial do veículo.

Desde os primórdios do Direito Romano, a reparação da mora surgiu como medida de equidade para evitar as graves conseqüências sofridas pelo devedor. Como anotou o Ministro RUY ROSADO AGUIAR JÚNIOR:

“... a simples mora não é causa de resolução, e isso porque a própria lei somente permite ao credor enjeitar a prestação, ofertada após o vencimento e a constituição da mora, se essa prestação se tornar inútil” (art. 126, parágrafo único do C. Civil). {*in* Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução), Rio de Janeiro, Aide ed., 1991, p. 120}.

Em nota de rodapé (236), acrescenta o autor que, apesar de algumas opiniões em contrário, a maioria da doutrina estrangeira concorda com a insuficiência da mora para a resolução,

...exigindo que ela afete de maneira grave o interesse do credor.

O próprio Código Civil de 2002 consolidou o entendimento doutrinário que vigorava no sistema anterior, ao estabelecer no parágrafo único do artigo 395 que o credor só pode enjoitar a prestação, devido à mora, se essa se tornar inútil. Ora, a ninguém ocorre que o pagamento de uma, ou mais, prestações em atraso em contrato de financiamento seja inútil para o Banco ou instituição financeira.

Com a edição da Lei nº 10.931/2004 operou-se profunda alteração no regime da ação de busca e apreensão de bens adquiridos através de contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária. Dentre as modificações introduzidas por esta lei, avulta de importância a nova redação dada ao artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, cujo § 2º aboliu a faculdade de emenda da mora por parte do devedor fiduciante que, segundo a atual disciplina, só poderá desconstituir a liminar de busca e apreensão pagando a integralidade da dívida.

“Art 3º 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.

§ 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. *(Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)*

§ 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. *(Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)*”

Não há qualquer dúvida de que o legislador ab-rogou a possibilidade de emenda da mora por parte do devedor quando se referiu ao pagamento da integralidade da dívida como condição para a restituição do bem apreendido. Por força da lei, aliás, a mora foi equiparada ao inadimplemento para efeitos de resolução do contrato. Assim, dada a redação do caput do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 911/69, que permite ao credor a venda do bem alienado fiduciariamente a terceiros para a satisfação do crédito, há quem considere confiscatória e inconstitucional, tanto a regra legal que determina o vencimento antecipado da dívida, quanto a que decreta a perda do bem adquirido pelo devedor.

“Princípios são os fundamentos das normas.”

Na faina de interpretação da lei, entretanto, deve-se presumir que o legislador não edita normas inconstitucionais, sendo, pois, cabível a exegese de que as modificações

introduzidas pela Lei nº 10.931/2004 simplesmente não se aplicam às relações de consumo. De outra forma, estar-se-ia admitindo que o legislador editou norma inconstitucional porque o art. 170 da Constituição Federal de 1988 traz norma expressa segundo a qual a Ordem Econômica tem por fim assegurar a justiça social observando, entre outros princípios, a defesa do consumidor.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, forte nas lições dos renomados constitucionalistas VEZIO CRISAFULLI e UGO NATOLI, revela, com sua habitual didática, conclusões em relação à eficácia imediata, direta e vinculante das normas programáticas constitucionais, asseverando que as mesmas

“I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II – condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem...” (in **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, pág.146/147) – sem grifos no original

Ora, a Lei nº 10.931/2004, ao suprimir a emenda da mora, destoa da norma constitucional que impõe, como princípio, a defesa do consumidor que, aqui, é dramaticamente tolhida e, mesmo, desconsiderada. Além disso, a norma é intuitivamente dissonante dos princípios e direitos básicos revelados pelo Código de Defesa do Consumidor. Princípios não são normas. Princípios são mais; são os fundamentos das normas.

E qual deve ser a atitude do intérprete diante de tais circunstâncias? JOSÉ AFONSO, incorporando a doutrina do citado VEZIO CRISAFULLI, no seu *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio* (pág.60) responde:

“Das normas programáticas em geral derivam vínculos para o legislador, para o administrador e para o juiz ... Mas não só o legislador está obrigado a agir de acordo com os ditames programáticos. Com eles, “é o Estado mesmo, como sujeito unitário, que se autolimita, obrigando-se, para com a coletividade, a perseguir certos fins e, portanto, a assumir a proteção de certos interesses”. (ob.cit., pág.156)

Afirma-se, por isso, que as disposições draconianas da nova lei somente são aplicáveis àqueles contratos em que não haja relação de consumo porque, em relação a estes, deve-se entender a não incidência de certas disposições, a exemplo daquela que suprimiu a faculdade de emenda da mora, bem assim a que autoriza o vencimento antecipado da dívida.

Tratando-se, como se trata, de contrato de adesão, ainda mais se justifica a ingerência dos princípios consumeristas na interpretação da Lei nº 10.931/2004, bem assim do contrato firmado entre as partes, sem perder de vista a razoabilidade dos critérios alvitados na nova lei. Basta imaginar que no contrato de aquisição de um veículo pelo prazo de 60 meses o mero atraso no pagamento da 1ª ou 2ª prestação mensal acarreta, na prática, a perda do bem financiado porque dificilmente o devedor terá condições de quitar a integralidade da dívida na forma do § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, com a redação dada pela Lei nº 10.931/2004.

Vale registrar que tais contratos têm servido de mola propulsora da produção industrial do país e se destinam à aquisição de veículos e maquinários que, muitas vezes, são a fonte de sustento dos devedores. Convém observar, por fim, que a admissibilidade da emenda da mora em contratos de financiamento com cláusula de alienação fiduciária firmados mesmo após a edição da Lei nº 10.931/2004 parece ser uma decorrência natural dos princípios reitores da função social e econômica do contrato.

Neste sentido, a doutrina de MELHIM NAMEM CHALHUB

Na nova redação, o Decreto-lei nº 911/69 é omissivo quanto à purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas, dispondo o § 2º do art. 3º que “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.

...

A omissão, entretanto, não afasta a possibilidade de purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas, sobretudo considerando-se a estrutura e a função do contrato de financiamento para aquisição de bens de consumo duráveis e a prioridade que o direito confere à manutenção do contrato.

Com efeito, a par da prioridade que se confere à manutenção do contrato, até mesmo em caso de onerosidade excessiva (Código Civil, art. 479), a mora em contratos dessa espécie enseja a possibilidade de purgação, circunstância que faz convalescer o contrato, só se admitindo a resolução depois de esgotadas todas as oportunidades de emenda da mora. (*in* **Negócio Fiduciário**, 3ª edição, 2006, Editora Renovar, p. 204/212)

Do ponto de vista jurisprudencial, há precedentes no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, bastando mera consulta ao sítio www.tj.rj.gov.br para se verificar que é majoritária a tese no sentido de se admitir a emenda da mora nestes casos.

CONCLUSÃO

Dessa arte, resta claro que, havendo relação de consumo, o devedor em contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária tem o direito de emendar a mora, devendo o Juiz autorizar o depósito sempre que regularmente requerido.

Fonte: Revista de Direito nº 77-2008

Disponibilizado no Banco do Conhecimento em 24 de agosto de 2010.