

DISCUSSÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS NA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

Aline Candido Costa, Juíza de Direito
do Estado de Sergipe

RESUMO: Analisa a possibilidade de discussão de cláusulas contratuais em ação de busca e apreensão. Aborda a matéria, destacando jurisprudência relacionada com o tema, antes e a partir da edição da Lei nº 10.931/2004.

PALAVRAS-CHAVE: Busca e apreensão; Discussão; Contrato.

ABSTRACT: Analysis the possibility of discussion of contract clauses in apprehend and arrested action. Boards the question, detailing the jurisprudence related whit the theme, before and since the ediction of the law 10.931/2004.

KEYWORDS: Apprehend and arrested; Discussion; Contract.

A possibilidade de discussão de cláusulas contratuais na ação de busca e apreensão é tema corrente de discussão entre os doutrinadores.

A corrente majoritária, inclusive jurisprudencial, admite tal possibilidade, com fundamento nos princípios do contraditório, ampla defesa e da instrumentalidade das formas.

Deve-se analisar a essência do contrato de alienação fiduciária em garantia. A partir desse estudo, perceber-se-á que a legislação atinente à matéria, qual seja, o Decreto-Lei n.º 911/69, permite referida discussão, ratificada por diversas decisões que tratam do assunto.

Notar-se-á, primeiramente, que o que se busca é tão-somente a permissibilidade de que ao devedor seja exigido o cumprimento de obrigação pactuada, desde que respeitado texto expresso de lei e que não seja exigido o cumprimento de cláusulas abusivas.

Em relação a posicionamento diverso, algumas considerações serão feitas, que demonstrarão o apego a formalismos que prejudicam e impedem o devedor de adimplir dívida justa e legalmente recepcionada pelo ordenamento jurídico.

É importante destacar que a purga da mora pelo devedor viabiliza a apreciação de suas alegações, em sede de resposta à ação de busca e apreensão, quanto à existência de onerosidade do contrato e de nulidade das cláusulas.

A alienação fiduciária em garantia¹ é um negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição do bem. Comprovada a mora, antecipa-se o vencimento das prestações vincendas, e o credor pode utilizar processo autônomo de busca e apreensão, a qual será concedida liminarmente, desde que presentes os requisitos legais.

Após a execução da liminar, o réu será citado para contestar a ação, podendo purgar a mora.

É sabido que pode o devedor propor ação revisional de contrato para discussão das cláusulas contratuais abusivas ou contrárias à lei, antes ou depois de proposta pelo credor a ação de busca e apreensão.

Resta analisar a possibilidade de discutir-se em sede de ação de busca e apreensão a abusividade de cláusulas contratuais e matéria atinente à contrariedade a texto expresso de lei, ou se é necessário que o devedor proponha ação própria de revisão de contrato.

Como observa Moreira Alves², “em tese, a alienação fiduciária proporcionava garantia eficaz ao credor, porque, transferindo-se-lhe a propriedade resolúvel da coisa móvel que era do devedor, ficava aquele a salvo de credores cujo privilégio se antepunha até às garantias reais disciplinadas no Código Civil; e, se não fosse pago o débito, tinha o credor a faculdade de vender a coisa, pagar-se e restituir o saldo, acaso existente, ao devedor”.

Não restam dúvidas de que a ação de busca e apreensão regulamentada pelo Decreto-Lei nº 911/69 visa a resguardar interesse do credor, que fora lesado ante o não pagamento de dívida pelo

¹ GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Editora Revista dos Tribunais, 1970, p.18.

² ALVES, José Carlo Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. Editora Saraiva, 1ª ed., São Paulo, 1973.

devedor, ao qual é imposta a obrigação de dar a coisa objeto da garantia fiduciária que integra a relação jurídica concretizada entre ambos.

A legislação que rege a ação de busca e apreensão, qual seja, o Decreto-Lei nº 911/69 sofreu alterações pela Lei nº 10.931/04. Confira a nova redação dos §§ 2º, 3º e 4º, do art.3º, *in verbis*:

§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 nº 10.931, de 2004).

§3º. O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004).

§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. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004).

Após leitura do § 4º acima destacado, resta analisar se o referido diploma legal passou a permitir a discussão de cláusulas contratuais em sede de ação de busca e apreensão, em razão da previsão de que 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. Esse pagamento a maior, como adiante se destacará, efetivamente, pode ser fundamentado na existência de cláusulas abusivas e ilegais, e na necessidade de sua revisão judicial.

Antes mesmo da edição da referida lei, que expressamente passou a admitir a ampla discussão sobre cláusulas contratuais, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já entendia ser possível a revisão das cláusulas contratuais abusivas na ação de busca e apreensão, impugnadas em sede de contestação.

É bem verdade que a opção do legislador passou a regular entendimento já defendido pelo STJ, conforme acima destacado, valorizando-se a celeridade processual e a ampla defesa. Neste contexto, importante destacar que esta traduz a liberdade inerente ao indivíduo,

no Estado Democrático, de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas, manifestando-se amplamente sobre o objeto da ação. Neste aspecto, mostra-se evidente a correlação entre a Ampla Defesa e o Princípio do Contraditório, não sendo concebível falar-se em um sem pressupor a existência do outro, razão pela qual o inciso LV, do art.5.º da Constituição Federal coloca-os em um só dispositivo.

A ampla defesa abre espaço para que o litigante exerça, sem qualquer restrição, seu direito de defesa, permitindo que o julgador, em contato direto com as alegações de ambas as partes, possa prolatar uma decisão mais justa, fundada na realidade que lhe é trazida. É um interesse público, mais que uma garantia constitucional, pois o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda democrático.

Neste contexto, pode ser objeto de defesa na ação de busca e apreensão toda e qualquer matéria atinente à exigência abusiva do credor, em detrimento da lei e do contrato, garantindo ao réu a amplitude do direito de defesa. É totalmente justificável admitir como matéria de defesa a alegação de excesso de valores cobrados, em desacordo com as cláusulas contratuais, ou fundados em disposições ilegais, vez que o credor não está sequer obrigado a apresentar demonstrativo atualizado do débito com a inicial, bastando fazer prova da mora ou do inadimplemento do devedor, mediante notificação extrajudicial, para obter a liminar de busca e apreensão do bem, consoante regulamentação do referido diploma legal.

A despeito da enorme facilidade conferida ao credor fiduciário na obtenção do provimento liminar de busca e apreensão, não deve ser admitida cobrança exacerbada e injustificada do suposto débito, sem destaque para os critérios de atualização da dívida.

Portanto, antes do pronunciamento jurisdicional deve ser facultada às partes ampla produção probatória, mormente prova técnica financeiro-contábil, se for o caso, a fim de se apurar o correto *quantum debeat*, o qual deve estar obrigatoriamente fincado em critérios e bases contratuais admitidas pelo Direito.

Não se deve limitar a defesa do devedor quando a exigência da credora for ilegal consubstanciada em cláusulas estipuladoras de encargos abusivos; não há como proibir-se a apreciação da legalidade do contrato em que se funda o direito do credor. Assim, se a exigência formulada na ação de busca e apreensão é ilegal ou não prevista no

contrato, o devedor pode lançar na sua contestação a defesa que tiver, a qual necessariamente deverá ser devidamente apreciada.

Deve-se admitir, portanto, a ampla defesa do devedor no âmbito da ação de busca e apreensão decorrente de contrato de alienação fiduciária, ampliando-se a discussão a partir do questionamento a respeito de possível abusividade contratual, apontando-se de imediato os supostos vícios. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - MATÉRIA DE DEFESA - ARTIGO 3º, § 2º, DO DECRETO-LEI 911/69 - LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS - PRECEDENTES. I - Determina o art.3º, §2º, do Decreto 911/69 que na contestação da ação de busca e apreensão só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais. É que não se trata ainda de cobrança, não se podendo falar em excessos das cláusulas contratuais que, por sua vez, somente serão impugnáveis em momento oportuno, não no âmbito restrito da ação de busca e apreensão que visa, unicamente, consolidar a propriedade nas mãos do legítimo dono. II - Todavia, em casos de pedido manifestamente ilegal ou nitidamente em confronto com o contrato, a defesa do réu poderá ser estendida, apontando-se de imediato tais vícios, pena de desvirtuamento do instituto. Assim entendeu o aresto recorrido ao limitar a taxa de juros em 12% ao ano. III (...) (REsp **250639**/MG, Relator(a) Ministro WALDEMAR ZVEITER, 3ª TURMA, DJ 05.03.2001, p.158

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Ação de busca e apreensão. Defesa. Nulidade de cláusula. - Na ação de busca e apreensão, o limite à contestação previsto no art.3º, §2º, do DL nº 911D 64 é para os casos em que o autor formula pedido nos termos do contrato e da lei, mas não impede ao réu alegar, em sua defesa, contrariedade à lei ou ao contrato.

Recurso conhecido e provido. (REsp 244.813D DF, Relator(a) Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, unânime, DJU 22.05.2000)
PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE **BUSCA E APREENSÃO**. CONTESTAÇÃO QUE IMPUGNA A LEGALIDADE DE **CLÁUSULAS** CONTRATUAIS, SOB ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. **POSSIBILIDADE** DE DISCUSSÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA AÇÃO. I. Possível a discussão, no âmbito da defesa apresentada na ação de **busca e apreensão**, da legalidade das cláusulas contratuais que deram origem ao débito. II. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 595503/PR, Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4ª TURMA, DJ 12.09.2005, p.336);

Ora, se a ausência da mora elide a busca e apreensão, e a ausência da mora pode ser constatada pela cobrança abusiva de juros, por que não permitir que o devedor possa alegar tal matéria na ação de busca e apreensão? Neste sentido, novamente destaque para a jurisprudência do STJ:

Relação prejudicial entre a ação de revisão de contrato anteriormente ajuizada e a subsequente ação de busca e apreensão. Art.265, IV, “a”, do Código de Processo Civil. Precedentes da Corte. 1. Entre a ação de revisão de contrato e a de busca e apreensão posteriormente ajuizada existe relação prejudicial que justifica a suspensão do último processo nos termos do art.265, IV, “a”, do Código de Processo Civil. É que perdurando a jurisprudência da Corte sobre a ausência da mora diante da cobrança de encargos abusivos, a ação de revisão é prejudicial no tocante à busca e apreensão que pressupõe a mora. (REsp 648240/SP RECURSO ESPECIAL 2004/0042728-0, Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO

MENEZES DIREITO, 3ª TURMA, j. 25/09/2006, DJ 26/02/2007, p.582)

Contudo, há que ser feita uma ressalva ao devedor que deixa para alegar a abusividade de cláusulas contratuais na ação de busca e apreensão, ao invés de antecipar-se à iniciativa do credor e propor a ação de revisão contratual. É que no procedimento regido pelo Decreto-lei n.º 911/69, depois das alterações introduzidas pela Lei n.º 10.931/2004, confere-se ao devedor a faculdade de postular revisão contratual, em sede de contestação, somente se purgada a mora e de acordo com o valor apresentado pelo credor fiduciário.

Não efetuada a purga da mora, inviabiliza-se a apreciação das alegações quanto à existência de onerosidade do contrato e de nulidade das cláusulas. Caso contrário, estar-se-ia privilegiando-se o devedor que aguardou a iniciativa do credor em cobrar a sua dívida para só então alegar que não a pagou porque não concordava com o valor cobrado.

Portanto, o devedor fiduciário deve proceder a quitação judicial, observando rigorosamente os valores apresentados pelo credor, conforme memória de cálculo atualizado que deve acompanhar a petição inicial.

Caso seja efetuado o pagamento a menor, por entender o devedor ser exorbitante ou indevida a quantia postulada na exordial, perderá a oportunidade que lhe é facultada, incidindo em preclusão consumativa. Nesses casos, o juiz deve rejeitar, de plano, o depósito efetuado. Não é outro o entendimento de Joel Dias Figueira Júnior³.

Exigindo-se a purgação da mora pelo valor integral apresentado pelo credor fiduciário por expressa disposição legal, é de se ver que o §4º do art.3º do aludido diploma legal dispõe que “§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”. É o ônus suportado pelo devedor por não ter proposto

³ Ação de Busca e Apreensão em Propriedade Fiduciária. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2005, p.150.

ação revisional de contrato antes da propositura da ação de busca e apreensão pelo credor.

Como prevê o §2º do art.3º do Decreto-lei n.º 911/69, na contestação, para que não seja deferida a busca e apreensão liminarmente, à parte ré restam dois caminhos, quais sejam, alegar o pagamento do débito vencido ou cumprimento das obrigações contratuais. No particular, o colendo STJ assim já se pronunciou, *verbis*:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL.
RECURSO ESPECIAL. BUSCA E
APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.
CARACTERIZAÇÃO DA MORA.
PRECEDENTES. COMPROVAÇÃO DA
MORA. VALIDADE DA NOTIFICAÇÃO.
REQUISITO PARA CONCESSÃO DE
LIMINAR.

- Ainda que haja possibilidade de o réu alegar, na ação de busca e apreensão, a nulidade das cláusulas do contrato garantido com a alienação fiduciária, ou mesmo seja possível rever, de ofício, cláusulas contratuais consideradas abusivas, para anulá-las, com base no art.51, IV do CDC, a jurisprudência da 2.ª Seção do STJ é pacífica no sentido de que na alienação fiduciária a mora constitui-se “ex re”, isto é, decorre automaticamente do vencimento do prazo para pagamento, por isso não cabe qualquer inquirição a respeito do montante ou origem da dívida para a aferição da configuração da mora.

- Na alienação fiduciária, comprova-se a mora do devedor pelo protesto do título, se houver, ou pela notificação extrajudicial feita por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, que é considerada válida se entregue no endereço do domicílio do devedor, ainda que não seja entregue pessoalmente a ele.

- A busca e apreensão deve ser concedida liminarmente se comprovada a mora do devedor fiduciante.

Recurso especial provido Recurso especial provido.” (REsp 810.717/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17.08.2006, DJ 04.09.2006 p. 270)

Portanto, inexistindo a purga da mora pelo devedor, inviabiliza-se a apreciação de suas alegações, em sede de resposta à ação de busca e apreensão, quanto à existência de onerosidade do contrato e de nulidade das cláusulas, não podendo o magistrado emitir pronunciamento judicial em relação a essas questões.

É importante destacar que há entendimento diverso, como o de Marcelo Cintra Zarif⁴, que defende a limitação imposta pelo Decreto-Lei nº 911/69 à discussão da relação jurídica principal no âmbito da ação de busca e apreensão. Destaca que:

Prevê, também, o decreto-lei que a contestação deve limitar-se à alegação do pagamento do débito vencido ou ao cumprimento das obrigações contratuais. Não prevalece, no entanto, o entendimento que sugere a interpretação restrita da lei. É que, em primeiro lugar, o dispositivo afronta a Constituição Federal e o princípio do acesso à Justiça, que não é garantia exclusiva do autor, mas também do réu, que tem direito de ver discutida a matéria pertinente ao processo, que é de ordem pública e que, por isso mesmo, pode ser conhecida de ofício pelo juiz, pode também ser deduzida em preliminar de contestação, o que justifica o alargamento de seu âmbito.

O sentido da disposição legal diz respeito a não poderem ser discutidas no bojo da contestação questões que dependem de demanda própria a ser ajuizada pelo réu, como vícios pertinentes ao contrato de financiamento ou aspectos dos valores que podem estar sendo cobrados pelo autor.

⁴ ZARIF, Marcelo Cintra. *Procedimentos Especiais Cíveis*. Coordenadores: Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Júnior. Legislação Extravagante. Editora Saraiva, 2003, p.1419/1422.

Como descabe reconvenção nessa ação, consoante observações abaixo, não se poderia também na defesa apresentar essas alegações.

Conforme acima destacado, desde que o réu purgue a mora, viabilizada está a apreciação de suas alegações, em sede de resposta à ação de busca e apreensão, ainda que digam respeito à existência de onerosidade do contrato e de nulidade das cláusulas, não existindo qualquer óbice para tal permissibilidade. A jurisprudência vem consolidando tal entendimento:

É possível discutir o montante do crédito em ação de busca e apreensão, como matéria de defesa. É entendimento da Câmara que a taxa de juros está limitada a 12% a/a. A cobrança de comissão de permanência a uma taxa variável, pela evidente potestatividade, não pode ser admitida ainda que não-cumulada com a correção monetária (Ap 197.053.275, 4.9.97, 5ª CC TARS, Relator(a) Juiz BORGES FORTES, *JTARS* 104/283)

Destaque-se que na decisão acima destacada foram analisadas a taxa de juros, seu limite, a possibilidade de cobrança de comissão de permanência, entre outros, permitindo-se uma discussão ampla acerca do tema.

Quando se entende que na ação de busca e apreensão é possibilitado ao devedor a discussão ampla de matéria atinente às cláusulas contratuais, com a ressalva acima feita em relação à purgação da mora, busca-se a aplicação mais efetiva do princípio da instrumentalidade das formas. Neste contexto, Moacyr Amaral Santos⁵ cita este mesmo princípio, mencionando-o com clareza suficiente a identificar sua essência:

Por este princípio, a forma se destina a alcançar um fim. Essa é a razão pela qual a lei regula

⁵ *Primeiras Linhas de Processo Civil*. Editora Saraiva. 16ª edição, 2º volume.

expressamente a forma em muitos casos. Mas, não obstante expressa e não obstante violada, a finalidade em vista pela lei pode ter sido alcançada. Para a lei isso é o bastante, não havendo razão para anular-se o ato.

A passagem transcrita acima significa exatamente que importa ao Direito, enquanto instrumento de justiça, fazer exatamente justiça, torná-la efetiva, alcançar o fim a que se destina, sendo o meio, a forma, o instrumento para tanto. O art.244 do Código de Processo Civil dispõe que:

Quando a lei prescrever determinada forma, sem a cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Neste sentido, destacam-se também muitos entendimentos da doutrina e da jurisprudência, quando é analisada a dimensão de outros procedimentos especiais, como o previsto à ação de consignação em pagamento, na medida em que também se permite a discussão de cláusulas contratuais. Destaque para a jurisprudência abaixo destacada:

Embora parte da doutrina e da jurisprudência pregue a inviabilidade de revisão de cláusulas contratuais em sede de ação de consignação em pagamento, o caso concreto recomenda, diante do tempo decorrido, seja ultrapassado o entrave jurídico e aplicado o princípio da instrumentalidade, uma vez que, em termos práticos, o objetivo do autor pode ser alcançado nesta ação. (Ap 814581-00/6, 16.12.03, 10ª C 2ª TACSP, Relator(a) Juíza ROSA MARIA A NERY, RJ/318/136)

Ante tudo que fora acima destacado, não restam dúvidas de que no procedimento processual regido pelo Decreto-Lei n.º 911/69, depois das alterações introduzidas pela Lei 10.931/04, confere-se ao devedor a faculdade de postular revisão contratual, em sede de contestação,

somente se purgada a mora e de acordo com o valor apresentado pelo credor fiduciário, já que a nova redação dos §§ 2º e 4º do art.3º do Decreto-Lei 911/69, concede ao devedor fiduciante, ao realizar o pagamento integral da dívida pendente, a possibilidade de pleitear na resposta a restituição do valor que considerar excessivamente cobrado.

A partir do estudo apresentado, percebe-se que é possível a discussão, em sede de resposta à ação de busca e apreensão, da existência de onerosidade do contrato firmado entre as partes e de nulidade de suas cláusulas.

Essa conclusão tem seu fundamento a partir do estudo apresentado sobre o texto do Decreto-Lei nº 911/69, que trata da matéria, da doutrina e da própria jurisprudência.

Logo, percebe-se que referida possibilidade busca a atenção exigida pela própria Constituição Federal aos princípios do contraditório, ampla defesa e instrumentalidade.

Esses princípios são claramente entendidos e respeitados quando se analisa o fim maior do ordenamento jurídico, que é a pacificação de conflitos, que devem ser analisados em toda a sua dimensão e elementos, sejam eles favoráveis, neste caso específico, ao credor ou ao devedor.

Como apresentado no texto, permitir-se que tal discussão seja levada a efeito pelo devedor, quando sem sua defesa traz argumentações relativas à relação contratual pactuada com o credor, na verdade, permite ao próprio magistrado que prolate uma decisão efetivamente justa, à qual não se podou a análise de quaisquer dos aspectos relativos ao litígio.

Deste modo, conclui-se que é possível serem analisadas as questões alegadas pelo devedor, no que diz respeito às cláusulas contratuais abusivas e contrárias a texto expresso de lei.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlo Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. Editora Saraiva. 1ª edição. São Paulo, 1973.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Editora Malheiros. São Paulo, 2001.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. Revista dos Tribunais, 1970, p.18.

REIS, Dagma Paulino dos. *Manual temático de direito*. Del Rey Editora. Belo Horizonte, 2007.

ZARIF, Marcelo Cintra. *Procedimentos especiais cíveis*. Coordenadores: Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Júnior. Legislação Extravagante. Editora Saraiva, 2003, p.1419/1422.

<http://www.stj.gov.br/>